

Revue

de planification fiscale et financière

- Critère de détermination de la résidence des fiducies
au Canada : le centre de gestion et de contrôle
Marie-Pierre Allard et Karine Manzerolle 245
- La réforme du régime des droits miniers au Québec
Lucie Chouinard et Francis Vallières 277
- Le duc et le jardinier
Chantal Jacquier 325
- Dissolution d'une société de personnes :
éléments essentiels et astuces
Jenny Contant 409

Revue

de planification fiscale
et financière

Cette publication doit être citée : (2012), vol. 32, n° 2
*Revue de planification fiscale
et financière*

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

Veuillez adresser toute correspondance à :

APFF

1100, boul. René-Lévesque Ouest, bureau 660

Montréal (Québec) H3B 4N4

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

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

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

© 2012, Association de planification fiscale et financière

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

ISSN 1924-9837

Dépôt légal, 3^e trimestre 2012

Bibliothèque nationale du Québec

Bibliothèque nationale du Canada

COMITÉ DE LA REVUE

PRÉSIDENTE :

Chantal Jacquier, avocate, LL. M.

COORDONNATRICE :

Diane Gagnon, avocate

Directrice de l'édition – APFF

MEMBRES :

Marie-Pierre Allard, avocate,
M. Fisc.

Université de Sherbrooke

France Bordeleau, CPA, CGA,
M. Fisc.

Banque Nationale Groupe Financier

Kathleen Comeau, M. Fisc.

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

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

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

Michel Ostiguy, avocat, M. Fisc.

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

Dave Santerre, CPA, CA,
LL.M. fisc.

PwC

Julie Hélène Tremblay, avocate,
M. Fisc.

Dufour Charbonneau Brunet & Associés inc.
Comptables agréés

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

HEC Montréal

MEMBRE D'OFFICE :

Maurice Mongrain, avocat

Président-directeur général – APFF

POLITIQUE ÉDITORIALE

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

Les textes soumis pour une éventuelle publication dans la *Revue* ne doivent pas avoir été publiés ailleurs ni être soumis à un autre éditeur, sauf exception et selon entente entre l'APFF et un autre éditeur. Ils doivent être non seulement inédits mais aussi d'une grande rigueur. Ils sont soumis à titre gracieux au bénéfice de l'APFF. Tout texte soumis doit être rédigé en français. Il ne doit normalement pas dépasser 17 500 mots (environ 35 pages). Il est recommandé de suivre le guide de présentation des textes de l'APFF.

Les textes soumis font l'objet d'une double lecture à l'aveugle; l'identité de l'auteur n'est pas connue des réviseurs au moment de l'évaluation. Bien que certains réviseurs *ad hoc* puissent aussi être consultés, les réviseurs sont généralement choisis parmi les membres du comité de la *Revue*.

Un texte 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 le président du comité, sur l'avis des réviseurs;
- 3) refusé.

L'auteur dont le texte est accepté pour publication doit soumettre un résumé de 200 à 300 mots en français et en anglais (précis/*abstract*).

Les textes acceptés sont ensuite revus et corrigés par le service d'édition de l'APFF conformément aux normes de présentation de l'APFF pour leur publication dans la *Revue*.

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

SOMMAIRE DE LA REVUE

Vol. 32, n° 2 • 2012

- **Critère de détermination de la résidence des fiduciaires
au Canada : le centre de gestion et de contrôle**
Marie-Pierre Allard et Karine Manzerolle 245

 - **La réforme du régime des droits miniers au Québec**
Lucie Chouinard et Francis Vallières 277

 - **Le duc et le jardinier**
Chantal Jacquier 325

 - **Dissolution d'une société de personnes :
éléments essentiels et astuces**
Jenny Contant 409
-

CRITÈRE DE DÉTERMINATION DE LA RÉSIDENCE DES FIDUCIES AU CANADA : LE CENTRE DE GESTION ET DE CONTRÔLE



Marie-Pierre Allard

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



Karine Manzerolle

LL. B., D.D.N.
KPMG s.r.l./s.e.n.c.r.l.

PRÉCIS

En avril 2012, la Cour suprême du Canada a rendu un arrêt fort attendu dans l'affaire *Fundy Settlement c. Canada* (aussi connue sous le nom de *Garron*) concernant le critère applicable pour déterminer la résidence d'une fiducie aux fins fiscales. La Cour suprême a confirmé la décision de la Cour d'appel fédérale et a adopté le critère du centre de gestion et de contrôle, soit le critère applicable à la résidence des sociétés. Il s'agit d'un changement majeur puisque depuis 30 ans, le critère généralement appliqué était celui de la résidence des fiduciaires. Ce changement aura un impact important sur le statut de nombreuses fiducies actuellement considérées comme non résidentes. Cet article présente l'état du droit antérieur à l'affaire *Fundy*, c'est-à-dire le jugement *Thibodeau* de la Cour fédérale, section de première instance, ainsi que la position administrative de l'Agence du revenu du Canada à cet égard. Puis, il analyse la décision de chacune des instances dans l'affaire *Fundy*.

ABSTRACT

In April 2012, the Supreme Court of Canada released an important decision in *Fundy Settlement c. Canada* (also known as *Garron*) regarding the test for residency of a trust for tax purposes. The Supreme Court confirmed the Federal Court of Appeal's decision and adopted the central management and control test –the test for residency of a corporation. This is a major change from the existing law: for 30 years, the test that was generally applied for determining the residency of a trust was the residence of the trustees. This change will have a great impact on many trusts presently found not to be resident in Canada. This paper explains that the law before the *Fundy* case was based on the *Thibodeau* decision rendered by the Federal Court, Trial Division, and examines what was the administrative position of the Canada Revenue Agency in that respect. It then analyses the decisions at every court level in the *Fundy* case.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	249
1. L'ÉTAT DU DROIT ANTÉRIEUR À L'AFFAIRE <i>FUNDY</i>	250
1.1. LE JUGEMENT <i>THIBODEAU</i>	250
1.2. LA POSITION ADMINISTRATIVE	256
2. L'AFFAIRE <i>FUNDY</i>	261
2.1. LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT	261
2.2. LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE	268
2.3. LA COUR SUPRÊME DU CANADA.....	271
CONCLUSION	275

INTRODUCTION*

Contrairement à la résidence des particuliers et des sociétés, qui a fait l'objet d'une pléthore de décisions judiciaires, de positions administratives et de commentaires au Canada depuis près d'un siècle, la résidence des fiducies a fait couler très peu d'encre, avant 2009. Le seul jugement canadien sur cette question, *Fiducie de la famille Thibodeau c. Canada*¹, datait de 1978. Il semblait avoir établi que la résidence des fiducies correspondait à la résidence des fiduciaires, et personne ne paraissait mettre en doute ce principe. En outre, comme nous le verrons, la position administrative n'était pas très claire au sujet du critère applicable pour déterminer la résidence d'une fiducie.

En septembre 2009, la Cour canadienne de l'impôt a rendu une décision plutôt inattendue dans l'affaire *Fiducie familiale Garron c. La Reine*². La juge Woods décidait alors d'écarter le critère de la résidence des fiduciaires retenu dans le jugement *Thibodeau* pour adopter le critère applicable à la résidence des sociétés, à savoir le centre de gestion et de contrôle. La juge a estimé que selon la preuve présentée en l'espèce, le pouvoir de gestion et de contrôle n'était pas réellement exercé par le fiduciaire résident de la Barbade et que les fiducies étaient donc résidentes du Canada, où le pouvoir de gestion et de contrôle était en fait exercé par les bénéficiaires. Compte tenu des montants élevés en jeu³ ainsi que des conséquences que cette décision de la Cour canadienne de l'impôt pourrait avoir sur la détermination du lieu de résidence de l'ensemble des fiducies au Canada, la décision a été portée en appel en Cour d'appel fédérale⁴, puis en Cour suprême du Canada⁵. Celles-ci l'ont toutes deux confirmée.

* Les auteures remercient la Chaire de recherche en fiscalité et en finances publiques de l'Université de Sherbrooke ainsi que son titulaire, le professeur Gilles Larin, Ph. D.

¹ 78 D.T.C. 6376, [1978] A.C.F. n° 607 (C.F. 1^{re} inst.) (« *Thibodeau* »), références subséquentes aux paragraphes dans A.C.F.

² 2009 CCI 450 (« *Fundy CCI* »).

³ Pour les deux fiducies en cause dans cette affaire, soit la fiducie *Fundy* et la fiducie *Summersby*, le revenu imposable visé par les cotisations était respectivement de 160 M\$ et de 145 M\$.

⁴ *Fundy Settlement c. Canada*, 2010 CAF 309 (« *Fundy CAF* »).

⁵ *Fundy Settlement c. Canada*, 2012 CSC 14 (« *Fundy CSC* »).

Ainsi, dans son arrêt du 12 avril 2012, le plus haut tribunal du pays adopte clairement le lieu où se trouve le centre de gestion et de contrôle comme critère de détermination de la résidence d'une fiducie. Cet arrêt pourrait avoir un impact considérable sur les fiducies qui étaient jusqu'ici considérées comme étant non résidentes du Canada par application du critère de la résidence du fiduciaire. En outre, le nouveau critère du centre de gestion et de contrôle pourrait remettre en cause certaines planifications fiscales utilisant des fiducies dans le but de réduire l'impôt provincial⁶.

Cet article présente d'abord l'état du droit tel qu'il existait avant l'affaire *Fundy*, en analysant le jugement *Thibodeau* et en faisant une synthèse de la position administrative antérieure à 2009. Par la suite, l'article présente un résumé et une analyse des décisions de chacune des instances dans l'affaire *Fundy*.

1. L'ÉTAT DU DROIT ANTÉRIEUR À L'AFFAIRE FUNDY

1.1. LE JUGEMENT THIBODEAU

Tel qu'il est mentionné ci-dessus, avant 2009, la seule décision judiciaire canadienne portant sur la détermination de la résidence d'une fiducie était le célèbre jugement de la Cour fédérale, section de première instance, dans l'affaire *Thibodeau*⁷.

Les faits de cette cause méritent d'être rappelés. À la suite de la création de la fiducie familiale Thibodeau, M. Léo J. Thibodeau avait transféré à celle-ci une partie des actions de Thibodeau Express Limited (« Express »), ainsi que la totalité des actions de Thibodeau Pooling Limited (« Pooling »), deux sociétés résidentes du Canada. Les fiduciaires étaient M. Thibodeau, résident canadien, ainsi que MM. Pearman et Dill, deux résidents des Bermudes. Selon l'acte de fiducie, les décisions devaient être prises à la majorité des fiduciaires.

Quelques années plus tard, en 1972, la fiducie vendait à un tiers la participation minoritaire qu'elle détenait dans Express, en même temps que M. Thibodeau disposait lui aussi de ses actions de Express. Le prix de vente des actions était fixé à 125 \$ par action, pour la totalité des actions de

⁶ Voir Jack BERNSTEIN, « La résidence des fiducies remise en question », dans *Faits saillants en fiscalité canadienne*, vol. 17, n° 7, Association canadienne d'études fiscales, juillet 2009.

⁷ Précité, note 1.

Express. Ce prix correspondait à la juste valeur marchande (« JVM ») des actions au jour de l'évaluation⁸, de sorte qu'aucun gain en capital n'avait été réalisé. Cependant, le ministre du Revenu national émit une cotisation qui attribuait une JVM de 112,50 \$ aux actions détenues par la fiducie, soit une dévaluation de 10 % attribuable au fait que la participation de la fiducie était minoritaire. Cette dévaluation entraînait ainsi un gain en capital de 12,50 \$ par action. La dévaluation des actions n'était pas contestée par la fiducie, qui alléguait plutôt qu'elle n'avait pas à payer l'impôt sur le gain en capital puisqu'elle n'était pas résidente du Canada.

Certains faits démontraient que la fiducie était gérée et administrée aux Bermudes : les fiduciaires des Bermudes, MM. Pearman et Dill, avaient la possession et la gestion de tous les actifs de la fiducie, notamment les certificats d'actions et les liquidités; toutes les réunions des fiduciaires étaient tenues aux Bermudes et c'est là que se prenaient les décisions; les comptes bancaires de la fiducie se trouvaient aux Bermudes; les livres et registres de la fiducie s'y trouvaient également; les comptes de la fiducie étaient préparés par un bureau de comptables situé aux Bermudes; de 1970 à 1973, les conseillers en placements de la fiducie étaient situés aux Bermudes, et à partir de 1973, à New York. Enfin, M. Thibodeau était autorisé à faire des suggestions de placement par téléphone, mais celles-ci devaient être approuvées par écrit par les deux fiduciaires des Bermudes et le conseiller en placements devait suivre leurs instructions écrites; au surplus, la preuve démontrait qu'à au moins six reprises, les fiduciaires des Bermudes avaient refusé de suivre les suggestions de M. Thibodeau⁹.

Par contre, la Couronne soulevait certains faits qui tendaient à démontrer que M. Thibodeau exerçait en réalité un pouvoir de contrôle sur la fiducie : selon l'acte constitutif de la fiducie, M. Thibodeau était le seul fiduciaire qui avait le pouvoir de nommer d'autres fiduciaires et de les remplacer; M. Thibodeau s'intéressait activement aux affaires de la fiducie et était le principal instigateur du programme d'investissement; l'autorité des fiduciaires des Bermudes était limitée quant à la gestion de certains comptes bancaires; M. Thibodeau était également le président-directeur général de Pooling, la société canadienne dont la totalité des actions était détenue par la fiducie; cette société était parfois utilisée pour effectuer des dépenses au nom de la fiducie; en 1972, la principale activité de la fiducie avait été gérée par M. Thibodeau, soit la négociation de la vente des actions de Express à un

⁸ *Règles concernant l'application de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 2 (5^e suppl.), art. 26.

⁹ *Thibodeau*, précité, note 1, par. 13.

tiers; enfin, M. Thibodeau prenait parfois certaines décisions concernant la fiducie sans en parler au préalable avec les fiduciaires des Bermudes, comme faire à un particulier un paiement de 20 000 \$¹⁰.

La Couronne soutenait que l'on devrait appliquer aux fiducies le même critère que celui applicable aux sociétés pour déterminer leur résidence, soit le centre de gestion et de contrôle. Ce critère est tiré de l'arrêt britannique *DeBeers Consolidated Mines Ltd. v. Howe* :

« [TRADUCTION] En appliquant la notion de résidence à une société, nous devons à mon avis faire le plus possible une analogie avec les particuliers. Une société ne peut pas manger ou dormir, mais elle peut avoir un siège et faire des affaires. Nous devrions donc nous demander où elle a réellement son siège et où elle fait réellement des affaires. Un particulier peut être de nationalité étrangère, tout en résidant au Royaume-Uni. Il en va de même pour une société. Si ce n'était pas le cas, le siège de la direction et le centre des activités commerciales de la société pourraient se trouver en Angleterre sous la protection du droit anglais, tout en échappant à l'impôt approprié du simple fait que la société est enregistrée à l'étranger et qu'elle distribue ses dividendes à l'étranger. La décision rendue par le baron en chef Kelly et par le baron Huddleston dans les affaires *Calcutta Jute Mills c. Nicholson* et *Cesena Sulphur Co. c. Nicholson* ((1876) 1 Ex. D. 428), il y a maintenant trente ans, portait sur le principe selon lequel une société réside, aux fins de l'impôt sur le revenu, là où elle fait réellement des affaires. Il a depuis lors été donné suite à ces décisions. J'estime qu'il s'agit de la règle à suivre, et que les affaires se font réellement là où se trouve effectivement le centre de gestion et de contrôle.

Il reste à décider si cette règle s'applique à la présente affaire. Il s'agit d'une simple question de fait à trancher, non selon l'interprétation d'un règlement administratif ou autre quelconque, mais en examinant le cours des activités de l'entreprise et des opérations commerciales¹¹. » (Notre soulignement)

La Couronne plaidait également qu'une fiducie pouvait avoir une double résidence, tout comme une société. Ainsi, elle soutenait qu'en l'espèce, même si la Cour concluait qu'une partie de la gestion et du contrôle était exercée aux Bermudes et que la fiducie était résidente des Bermudes, il y avait néanmoins une partie suffisante de la gestion et du contrôle qui était exercée au Canada pour que la Cour puisse conclure que la fiducie était également résidente du Canada. La jurisprudence britannique sur la double résidence d'une société soutenait cet argument de la Couronne.

¹⁰ *Id.*, par. 16.

¹¹ [1906] A.C. 455, 458 (« *DeBeers* »), traduction tirée de *Fundy CAF*, précité, note 4, par. 54.

Le juge Gibson de la Cour fédérale, section de première instance, n'a pas retenu les arguments de la Couronne. Il s'exprime ainsi à ce sujet :

« J'estime également non fondé l'argument suivant lequel, dans la présente espèce, même si elle décide également que la fiducie a une résidence aux Bermudes, la Cour devrait décider qu'elle a également une résidence au Canada, parce qu'une partie du pouvoir suprême relatif à la gestion de cette fiducie s'exerçait au Canada, en appliquant par analogie les principes des affaires citées pour la détermination de la résidence aux fins de l'impôt sur le revenu des compagnies. La formule judiciaire à cet égard, s'agissant d'une compagnie, ne peut, à mon avis, s'appliquer aux fiduciaires car les fiduciaires ne peuvent déléguer aucune partie de leur mandat à des co-fiduciaires. Un fiduciaire ne peut adopter la "politique d'inactivité [magistrale]" qui fait l'objet d'un commentaire dans *Underhill on the Law of Trusts and Trustees*, 12^e édition, page 284, et d'après les éléments de preuve, aucun des fiduciaires n'a adopté une telle politique. Par conséquent il n'est pas possible pour une fiducie d'avoir une double résidence aux fins de l'impôt sur le revenu, et il n'est donc pas possible de conclure à l'existence du "pouvoir supérieur de gestion" d'une fiducie en deux lieux différents. De toute manière, il n'est pas conclu, dans la présente affaire, à l'existence d'une double résidence de cette fiducie¹². » (Notre soulignement)

Ce passage a fait l'objet de plusieurs interprétations. Selon la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Fundy CAF*¹³, le juge Gibson n'aurait pas complètement écarté l'application du critère de gestion et de contrôle aux fiducies dans tous les cas, mais traitait plus précisément de la double résidence. Selon nous, il n'est pas clair si le juge Gibson a rejeté le critère du centre de gestion et de contrôle pour les fiducies, ou s'il a seulement écarté la possibilité qu'une fiducie ait une double résidence. Son jugement peut être interprété de deux façons.

En effet, on pourrait soutenir que le juge Gibson a rejeté complètement le critère de l'arrêt *DeBeers*¹⁴ en soulignant que dans le passage cité ci-dessus, le juge se fonde sur le fait que « les fiduciaires ne peuvent déléguer aucune partie de leur mandat à des co-fiduciaires¹⁵ » pour rejeter le critère applicable aux sociétés. Cela laisse entendre qu'indépendamment de savoir où et par qui, dans les faits, le pouvoir de gestion et de contrôle est

¹² Thibodeau, précité, note 1, par. 22.

¹³ Précité, note 4, par. 60-61.

¹⁴ Précité, note 11.

¹⁵ Thibodeau, précité, note 1, par. 22. Le terme « mandat » dans cette phrase ne traduit peut-être pas de façon parfaite l'original : « trustees cannot delegate any of their authority to co-trustees ».

exercé, la résidence de la fiducie doit être déterminée uniquement en fonction des pouvoirs conférés par l'acte constitutif de la fiducie et par la loi. Cette affirmation va à l'encontre du principe général établi par l'arrêt *DeBeers*, à savoir qu'une société réside à l'endroit où est exercé le pouvoir de gestion et de contrôle dans les faits, même si le contrôle de droit n'est pas situé au même endroit.

Néanmoins, on peut interpréter autrement le jugement du juge Gibson en observant qu'il avait écarté d'emblée la possibilité que M. Thibodeau puisse contrôler la fiducie : selon lui, le ministre ne pouvait à la fois prétendre que M. Thibodeau exerçait le contrôle de la fiducie et dévaluer dans la cotisation les actions détenues par la fiducie au motif que celle-ci détenait une participation minoritaire. Si M. Thibodeau avait contrôlé la fiducie, il aurait contrôlé toutes les actions de Express et aucune dévaluation n'aurait été justifiée, ce qui aurait rendu le gain en capital de la fiducie nul¹⁶. Compte tenu de ces faits, le raisonnement du juge Gibson lui a donc fait écarter la question de savoir si M. Thibodeau aurait ou non exercé l'essentiel du pouvoir de gestion et de contrôle de la fiducie. Par conséquent, il ne restait que l'argument de la double résidence à trancher. Or, sur la question de la double résidence, admettre l'argument de la Couronne en l'espèce aurait signifié que certaines décisions étaient prises par certains fiduciaires dans un lieu, et d'autres décisions prises par d'autres fiduciaires dans un autre lieu. Selon le juge, il est inapproprié de diviser ainsi les fiduciaires, et à tout le moins, la preuve ne permettait pas de le faire en l'espèce. Selon nous, le juge n'écartait pas clairement la possibilité qu'en d'autres circonstances, le pouvoir de gestion et de contrôle puisse être exercé par une personne autre que les fiduciaires, dans un autre lieu, et que la résidence de la fiducie puisse se trouver en ce lieu. Il n'écartait pas non plus la possibilité que si les fiduciaires se trouvent à deux endroits différents, on puisse déterminer lequel ou lesquels exercent effectivement la gestion et le contrôle de la fiducie.

Quoi qu'il en soit, après avoir rejeté l'application du critère du centre de gestion et de contrôle en l'espèce, le juge Gibson a donc dû en établir un autre. Curieusement, il affirme qu'il doit employer une « formule judiciaire applicable [uniquement] aux faits de l'espèce »¹⁷. Il souhaitait visiblement restreindre l'application de sa décision.

¹⁶ *Id.*, par. 24 et 26.

¹⁷ *Id.*, par. 23. La décision en anglais se lisait ainsi : « a judicial formula applicable to the facts of this case alone must be employed ».

Il énonce ensuite différents faits qui pourraient, selon lui, être sélectionnés pour fonder le critère applicable en l'espèce : 1) la majorité des fiduciaires sont résidents des Bermudes; 2) selon l'acte constitutif de la fiducie, toutes les décisions peuvent être prises à la majorité des fiduciaires; 3) dans l'avis de cotisation, compte tenu de la dévaluation des actions de la fiducie, le Ministère reconnaît implicitement que M. Thibodeau n'est pas l'« âme dirigeante » de la fiducie; 4) les actifs de la fiducie se trouvent aux Bermudes; 5) certains bénéficiaires résident aux États-Unis; 6) la fiducie n'exploite pas et n'a jamais exploité d'entreprise au Canada.

Parmi tous ces faits, le juge en a retenu deux qui étaient déterminants en l'espèce, soit le fait que la majorité des fiduciaires résidaient aux Bermudes et le fait qu'en vertu de l'acte de fiducie, ils pouvaient prendre les décisions à la majorité. Il conclut que dans les faits, la fiducie résidait aux Bermudes et ne résidait pas au Canada.

Le juge Gibson a-t-il voulu établir que la résidence de la fiducie correspond à celle du ou des fiduciaires dans tous les cas? Nous sommes d'avis que non puisque, d'une part, il a expressément mentionné que la formule judiciaire devait s'appliquer seulement aux faits de l'espèce et que, d'autre part, il a retenu ces deux faits mais il en a mentionné plusieurs autres qui auraient pu être retenus comme critères. Nous croyons qu'il a véritablement tiré une conclusion de fait en se fondant sur les circonstances particulières de cette cause.

Cependant, il faut remarquer que même si le juge Gibson avait appliqué le critère du centre de gestion et de contrôle, il aurait pu parvenir à la même conclusion. En l'occurrence, la preuve démontrait que les fiduciaires des Bermudes assumaient dans les faits la gestion et le contrôle de la fiducie, prenaient les décisions importantes et exerçaient réellement leurs pouvoirs, bien que M. Thibodeau ait suggéré certaines décisions. L'« autorité suprême » était exercée aux Bermudes.

Il n'en demeure pas moins que la Cour fédérale, section de première instance, a conclu que la fiducie résidait là où résident les fiduciaires qui exercent le contrôle sur les décisions de la fiducie.

1.2. LA POSITION ADMINISTRATIVE

Le *Bulletin d'interprétation* IT-447¹⁸ forme la base de la position administrative de l'Agence du revenu du Canada (« ARC »). En voici un extrait :

« 1. La résidence d'une fiducie ou succession (ci-après appelées "fiducies") au Canada ou dans une province ou un territoire particulier du Canada, est une question de fait qui doit être déterminée selon les circonstances entourant chaque cas. Toutefois, il est généralement considéré qu'une fiducie réside au même endroit que le fiduciaire, l'exécuteur testamentaire, l'administrateur successoral, l'héritier ou tout autre représentant légal (ci-après tous appelés le "fiduciaire") qui administre la fiducie ou contrôle les biens de la fiducie.

2. Le fiduciaire qui administre et contrôle la fiducie, même s'il n'a pas la propriété tangible des biens de la fiducie, sera la personne qui détient la majorité ou tous les pouvoirs ou responsabilités suivants:

- a) le contrôle des changements au sein du portefeuille des investissements de la fiducie,
- b) la responsabilité d'administrer toute entreprise ou tout bien appartenant à la fiducie,
- c) la responsabilité de tout arrangement bancaire et financier de la fiducie,
- d) le contrôle de tout autre bien de la fiducie,
- e) la responsabilité de préparer les comptes de la fiducie et les comptes rendus aux bénéficiaires de la fiducie, et
- f) le pouvoir de conclure des contrats au nom de la fiducie et de faire affaire avec des conseillers, par exemple, des vérificateurs et des avocats.

3. Dans certains cas, il se peut qu'il y ait plus d'un fiduciaire chargé de l'administration et du contrôle de la fiducie. S'il est très clair que l'un de ces fiduciaires s'occupe d'une part beaucoup plus importante de l'administration et du contrôle que les autres, la fiducie résidera alors dans la juridiction où réside ce fiduciaire. Lorsque deux fiduciaires ou plus s'occupent de l'administration et du contrôle de la fiducie dans une proportion à peu près égale, et que les fiduciaires s'occupant de plus de la moitié de cette administration et de ce contrôle résident dans une même juridiction, la fiducie sera considérée comme étant résidente de cette juridiction.

[...]

¹⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-447, « Résidence d'une fiducie ou succession », 30 mai 1980.

5. La résidence d'une fiducie dépend normalement de la résidence du ou des fiduciaires qui l'administrent et la contrôlent; les faits peuvent, dans certains cas, indiquer qu'une part importante de l'administration et du contrôle incombe à une personne tels le disposant ou les bénéficiaires. Dans les situations de ce genre, la résidence de cette autre personne peut être le facteur déterminant de résidence, même si le contrat de fiducie comporte des dispositions contraires. » (Notre soulignement)

Ainsi, selon le bulletin, la résidence d'une fiducie correspond normalement à celle du fiduciaire qui administre et contrôle la fiducie. Cependant, si dans les faits l'administration et le contrôle sont exercés par une autre personne, notamment le bénéficiaire, la résidence de la fiducie pourrait correspondre à celle de cette personne. En somme, l'ARC semble adopter la conclusion du jugement *Thibodeau*, soit le critère de la résidence des fiduciaires, mais elle prend soin de prévoir la possibilité d'appliquer un autre critère, dans les cas où la fiducie ne serait pas effectivement contrôlée par les fiduciaires. Cette position paraît ambiguë : l'ARC semble appliquer la conclusion du jugement *Thibodeau* avec réticence tout en essayant de se garder la possibilité d'appliquer une certaine forme du critère de gestion et de contrôle¹⁹. Il y a toujours dans les commentaires de l'ARC une certaine confusion entre le lieu de résidence des fiduciaires et le lieu du centre de gestion et de contrôle; le plus souvent, ils se confondent effectivement, mais on reste perplexe lorsque ce n'est pas le cas.

Plusieurs interprétations techniques émises par l'ARC affirment que la fiducie réside à l'endroit où résident les fiduciaires qui administrent et contrôlent la fiducie. Par exemple, s'il n'y a qu'un seul fiduciaire, normalement la fiducie réside là où il réside puisque c'est là que la gestion et le contrôle sont exercés :

« In determining the residency of a trust, one must first determine the residence or residences of the person or persons who either alone or in unison with others make up the owning or controlling trustee of the trust property, since this is where the management and control of the trust property resides. In a situation where a trust has an individual as its sole trustee, the determination of the residency of the trust is normally based on the same principles that determine the residency of the individual trustee under section 250 of the Act²⁰. » (Notre soulignement)

¹⁹ D'ailleurs, la version anglaise du *Bulletin d'interprétation* IT-447 utilise l'expression *management and control*, exactement la même que dans le cas des sociétés.

²⁰ *CRA Views*, dans *Taxnet Pro* (en ligne : V2.taxnetpro.com), interprétation technique 9125555, « Trust residency – Disposition by spousal trust », 18 mars 1992. Au même effet, lorsqu'il n'y a qu'un seul fiduciaire : *CRA Views*, dans *Taxnet Pro* (en ligne : (à suivre...))

Si deux fiduciaires résident dans deux pays différents et qu'ils ont des pouvoirs égaux aux termes de l'acte constitutif de la fiducie, il faut examiner les faits pour déterminer lequel contrôle en fait les actifs de la fiducie, en tenant compte des facteurs énumérés au numéro 2 du *Bulletin d'interprétation* IT-447²¹. Bien entendu, si les deux fiduciaires résident dans le même pays, la résidence de la fiducie sera située dans ce pays²².

Dans une situation où une fiducie avait deux fiduciaires résidant au Royaume-Uni et un résidant au Canada, l'ARC a répondu qu'elle n'avait pas suffisamment d'information pour déterminer la résidence de la fiducie, mais qu'elle devrait examiner les pouvoirs de chacun des fiduciaires en vertu des termes de l'acte constitutif de la fiducie et de tout autre document relatif à celle-ci : si en fonction de l'ensemble des faits, les trois fiduciaires avaient des pouvoirs égaux, elle conclurait que la fiducie réside au Royaume-Uni puisque la majorité des fiduciaires y résident²³. Cependant, l'ARC ajoute que compte tenu de la rareté de la jurisprudence sur cette question, un tribunal pourrait éventuellement tenir compte d'autres facteurs :

« Some authorities in this area have argued that the courts could take the view that the residence of such a trust would be established by reference to where the trustees meet regularly and manage the affairs of the trust (as opposed to where the trustees reside) as this would resemble the test applicable to corporations where the directors reside in different places but customarily meet in one jurisdiction in order to manage the affairs of the corporation²⁴. »

(...suite)

V2.taxnetpro.com), interprétations techniques 2000-0030855, « Non-resident trustee for testamentary trust », 12 juin 2000; 2000-0054837, « Residency of a trust », 17 novembre 2000; 2000-0052505, « Trust becoming resident in Canada », 23 octobre 2001.

²¹ *CRA Views*, dans *Taxnet Pro* (en ligne : V2.taxnetpro.com), interprétations techniques 5-8480, « Residence of an estate », 3 octobre 1989; 1991-195, « Determination of residence for a testamentary trust », octobre 1991; 2007-0244291E5, « Disposition of taxable Canadian property », 23 avril 2008.

²² *CRA Views*, dans *Taxnet Pro* (en ligne : V2.taxnetpro.com), interprétation technique 9816525, « Taxation of trusts – General », 22 octobre 1998.

²³ *CRA Views*, dans *Taxnet Pro* (en ligne : V2.taxnetpro.com), interprétation technique 9132105, « Residence of a trust », 21 février 1992. Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 18, numéro 3.

²⁴ *Id.*

La question de savoir si une personne autre que les fiduciaires pourrait exercer la gestion et le contrôle a été examinée à seulement deux reprises par l'ARC. D'abord, dans une interprétation technique, l'ARC souligne que le fait que le bénéficiaire soit autorisé à donner les biens de la fiducie en garantie d'un prêt personnel pourrait être un facteur pertinent pour déterminer si une partie importante de la gestion et du contrôle est exercée par ce bénéficiaire²⁵. Mais l'ARC ne va pas plus loin que ce commentaire, elle ne se prononce pas en l'espèce.

Puis, dans une interprétation technique très intéressante²⁶, l'ARC se penche sur la résidence d'une fiducie au Québec. Dans le cadre de la demande soumise à l'ARC, le fiduciaire unique est résident du Québec. L'acte de constitution prévoit que l'auteur de la fiducie, résident d'une autre province, aura discrétion pour démettre le fiduciaire de ses fonctions et nommer un ou plusieurs autres fiduciaires pour le remplacer. De plus, il est prévu que le fiduciaire agira strictement en fonction des instructions qui lui seront dictées par l'auteur ou par ses comptables. Malgré cela, l'ARC est d'avis que la fiducie est résidente du Québec. Elle s'appuie sur la décision *Thibodeau* :

« Dans l'affaire *Thibodeau*, la Cour fédérale, division de première instance, semble rejeter l'application dans le cas d'une fiducie des principes dégagés par la jurisprudence en regard de la résidence d'une société, à savoir qu'une société réside à l'endroit où est réellement exercée l'autorité suprême quant à son administration et sa gestion.

[...]

Ainsi, la décision de la Cour fédérale, division de première instance, dans cette affaire semble consacrer la primauté de la résidence des fiduciaires comme facteur déterminant de la résidence d'une fiducie. En effet, la Cour semble n'attacher aucune importance aux éléments de faits démontrant que l'un des trois fiduciaires semblait être l'âme dirigeante de la fiducie.

Compte tenu de cette décision et des termes de Fiducie prévoyant que Fiduciaire a l'entière administration et le contrôle du patrimoine fiduciaire, il nous apparaît difficile de soutenir la position que vous préconisez, à savoir que Fiducie est effectivement contrôlée par l'Auteur, personnellement ou par l'intermédiaire

²⁵ *CRA Views*, dans *Taxnet Pro* (en ligne : V2.taxnetpro.com), interprétation technique 5-7905, « Residence of a trust », 13 juillet 1989.

²⁶ *CRA Views*, dans *Taxnet Pro* (en ligne : V2.taxnetpro.com), interprétation technique 2003-0006967, « Province de résidence d'une fiducie », 4 juin 2003.

des Comptables, et que, par conséquent, Fiducie est résidente de la province de XXXXXXXXXXXX [province autre que le Québec]²⁷. » (Notre soulignement)

L'ARC mentionne ensuite les dispositions du *Code civil du Québec*²⁸ relatives aux fiducies, qui prévoient que le constituant et le bénéficiaire ont un pouvoir de surveillance et de contrôle sur le fiduciaire, mais que le fiduciaire a néanmoins la maîtrise et l'administration exclusive du patrimoine fiduciaire. Elle conclut que le fait que le fiduciaire agit en fonction des instructions de l'auteur ne lui enlève pas l'administration et le contrôle des biens de la fiducie.

Ainsi, seuls sont pris en compte les pouvoirs de gestion et de contrôle conférés par l'acte constitutif de la fiducie, ou d'autres documents restreignant légalement ces pouvoirs :

« Il est mentionné au paragraphe 2 du Bulletin d'interprétation IT-447 que le fiduciaire qui administre et contrôle une fiducie est celui qui détient la majorité ou tous les pouvoirs ou responsabilités énumérés à ce paragraphe. Or, en vertu de XXXXXXXXXXXX de l'acte de fiducie et des dispositions du CcQ, l'ensemble de ces pouvoirs et responsabilités incombent à Fiduciaire.

Par conséquent, en l'absence de documents ou d'ententes restreignant les pouvoirs conférés à Fiduciaire en vertu de l'acte de fiducie de Fiducie, nous sommes d'avis que Fiduciaire doit être considéré comme étant la personne qui contrôle et administre les biens de Fiducie pour les fins de déterminer la province de résidence de cette dernière. Notre réponse pourrait cependant être différente dans la mesure où la totalité ou une partie des pouvoirs conférés à Fiduciaire en vertu de l'acte de fiducie lui étaient retirés ou étaient soumis à l'approbation d'une tierce personne en vertu d'une entente, ou encore si certains de ces pouvoirs étaient conférés à une autre personne que Fiduciaire au terme d'une procuration ou d'un mandat [...]»²⁹. » (Notre soulignement)

Selon cette interprétation technique, il semble donc que l'ARC ne reconnaissait pas l'application du critère de gestion et de contrôle de fait aux fiducies, appliquant plutôt celui de la résidence des fiduciaires, sauf si les pouvoirs de ceux-ci étaient restreints par un document juridique.

À la lumière de cette analyse de la position administrative antérieure à l'affaire *Fundy*, il est possible de conclure que, bien que le *Bulletin d'interprétation* IT-447 ait adopté une interprétation flexible

²⁷ *Id.*

²⁸ L.Q. 1991, c. 64, art. 1278, 1287 et 1290.

²⁹ *Id.*

du critère de la résidence des fiduciaires lui permettant d'appliquer également le critère du centre de gestion et de contrôle dans certains cas, l'ARC appliquait celui-ci de façon beaucoup plus restreinte en pratique. En effet, l'ARC semblait très frileuse à considérer qu'une personne autre que les fiduciaires exerce de fait la gestion et le contrôle de la fiducie. C'est peut-être pour cette raison qu'aucune cause ne fut contestée devant les tribunaux sur cette question pendant plus de 30 ans. Pourvu que les documents juridiques confèrent tous les pouvoirs de gestion et de contrôle à un fiduciaire non résident du Canada, il semblait assez facile de constituer et de conserver une fiducie non résidente.

2. L'AFFAIRE *FUNDY*

2.1. LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT³⁰

Les faits de cette affaire peuvent être résumés de façon succincte car les détails de la réorganisation de sociétés et des différentes opérations effectuées n'ont pas beaucoup d'importance pour la compréhension de la question de la résidence des fiducies. L'accent sera mis davantage sur les caractéristiques des fiducies et sur la preuve de l'exercice des pouvoirs de gestion et de contrôle.

M. Andrew Dunin et M. Myron Garron étaient actionnaires à parts égales de PMPL Holdings inc. (« PMPL »), qui détenait les actions de la société exploitante Progressive Moulded Products inc. En 1998, dans le cadre d'une réorganisation, les actions ordinaires de PMPL ont été converties en actions privilégiées et de nouvelles actions ordinaires ont été émises au profit de deux sociétés de portefeuille canadiennes. Deux fiducies ont ensuite souscrit à des actions ordinaires dans les sociétés de portefeuille. Ces fiducies, appelées *Summersby* pour M. Dunin et *Fundy* pour M. Garron, ont été constituées par un particulier résident de l'île de Saint-Vincent dans les Antilles, et avaient chacune respectivement pour bénéficiaires, d'une part, M. Dunin et, d'autre part, M. Garron, ainsi que leurs épouses, leurs enfants, leurs autres descendants et toute fiducie établie au profit de l'un d'entre eux. Une société résidente de la Barbade, St. Michael Trust Corp (« St. Michael »), était l'unique fiduciaire de ces deux fiducies.

Les actes de constitution des fiducies prévoyaient la nomination d'un protecteur ayant la possibilité de destituer ou de remplacer le fiduciaire. Le protecteur disposait d'un pouvoir discrétionnaire absolu dans l'exercice de

³⁰ *Fundy CCI*, précité, note 2.

ses fonctions. Le remplacement du protecteur pouvait, quant à lui, survenir à tout moment par la majorité des bénéficiaires ayant atteint l'âge prévu dans l'acte constitutif, en l'occurrence, selon la fiducie, M. Dunin et M. Garron, ainsi que leurs épouses respectives.

En 2000, les fiducies ont réalisé un gain en capital de plus de 450 M\$ résultant de la disposition de la majorité des actions qu'elles détenaient dans les sociétés de portefeuille, dans le cadre de la vente de PMPL à un tiers. Elles ont réclamé l'application du paragraphe 4 de l'article XIV de l'*Accord Canada-Barbade en matière d'impôt sur le revenu (1980)*³¹, qui exemptait les fiducies de l'impôt sur le gain en capital au Canada, puisqu'elles prétendaient être résidentes de la Barbade aux fins de l'Accord.

Le ministre du Revenu national a refusé d'accorder l'exonération prévue dans l'Accord, soutenant que les fiducies résidaient au Canada. Il alléguait que la gestion et le contrôle de celles-ci étaient exercés au Canada. Par conséquent, les fiducies ont reçu des avis de cotisation à l'égard des gains résultant de la vente.

La juge Judith Woods de la Cour canadienne de l'impôt étudie d'abord la jurisprudence sur la résidence des fiducies. Elle rejette la prétention que la décision *Thibodeau* aurait établi un principe général selon lequel la résidence de la fiducie correspond toujours à la résidence des fiduciaires³². Selon elle, non seulement le juge Gibson a clairement mentionné qu'il voulait limiter ce critère aux faits particuliers de l'affaire, mais de toute façon, les faits de cette affaire n'auraient pas permis de conclure que le fiduciaire canadien contrôlait la fiducie. Le juge Gibson aurait donc simplement tiré une conclusion de fait.

Quant à l'application du critère du centre de gestion et de contrôle, la juge Woods n'est pas d'accord avec la position du juge Gibson dans l'affaire *Thibodeau*. Après avoir cité le passage³³ dans lequel le juge Gibson avait

³¹ *Accord entre le Canada et la Barbade tendant à éviter les doubles impositions et à prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôt sur le revenu et sur la fortune*, 22 janvier 1980, R.T. Can. no 29 (« Accord »).

³² *Fundy CCI*, précité, note 2, par. 136-139.

³³ Voir l'extrait cité à la note 12 ci-dessus. La juge Woods qualifie ce passage de « remarque incidente » ou *obiter dictum*. Selon nous, la question de savoir s'il s'agissait bien d'une remarque incidente est discutable : devant l'argument du Ministère soutenant que le critère applicable aux sociétés devrait s'appliquer aux fiducies et que celles-ci pouvaient avoir une double résidence, il semble que le juge Gibson n'avait d'autre choix que de trancher cette question. Ce n'est qu'après avoir
(à suivre...)

rejeté ce critère en s'appuyant sur le fait que les fiduciaires ne peuvent pas déléguer leurs pouvoirs ni adopter une politique générale d'inactivité, la juge Woods s'exprime ainsi :

« Si la remarque qui précède est censée s'appliquer dans tous les cas, indépendamment des circonstances et des faits particuliers, je dois dire que je ne peux malheureusement pas y souscrire.

Il est peut-être exact de dire que les fiduciaires manqueraient généralement à leurs obligations fiduciaires s'ils adoptaient une politique d'"inactivité magistrale". Cependant, il m'est difficile d'appliquer la remarque incidente eu égard aux circonstances dans leur ensemble parce qu'il est présumé que les fiduciaires se conforment toujours à leurs obligations fiduciaires.

Il était peut-être bien raisonnable pour le juge Gibson de tirer cette conclusion eu égard aux faits particuliers portés à sa connaissance, mais il n'en est pas toujours ainsi³⁴. »

La détermination du centre de gestion et de contrôle est purement une question de fait³⁵. Or, il est raisonnable de croire que dans les faits, les fiduciaires ne respectent pas nécessairement toujours leurs obligations légales, au même titre que les administrateurs d'une société. Sur ce point, la juge Woods cite en exemple l'arrêt *Robson Leather Company Ltd. c. MRN*³⁶, où il s'agissait de décider s'il existait un lien de dépendance entre deux sociétés, dont l'une était détenue par une fiducie. Il fallait déterminer si la fiducie était contrôlée par M. Robson, qui contrôlait l'autre société. La fiducie avait trois fiduciaires, dont M. Robson, et les décisions devaient être prises à l'unanimité; toutefois, M. Robson avait le pouvoir de remplacer les deux autres fiduciaires en tout temps. La Cour fédérale, section de première instance, a conclu que M. Robson détenait le contrôle de fait de la fiducie, même s'il n'en avait pas le contrôle de droit :

« Toutefois, pour régler l'important litige dont je suis saisi, je dois regarder la réalité pratique et commerciale du fonctionnement de la fiducie. En exigeant le départ des fiduciaires ou même en menaçant de l'exiger, ou seulement parce

(...suite)

écarté l'application de ce critère qu'il a proposé un autre critère applicable aux faits de la cause. Il s'agissait donc d'une partie de son raisonnement essentielle à sa conclusion.

³⁴ *Fundy CCI*, précité, note 2, par. 142-144.

³⁵ *DeBeers*, précité, note 11.

³⁶ 77 D.T.C. 5106 (C.A.F.) (« *Robson C.A.F.* »), confirmant *Robson Leather Co. c. MRN*, 74 D.T.C. 6666 (C.F. 1^{re} inst.) (« *Robson C.F. 1^{re} inst.* »).

que les co-fiduciaires savaient que M. Robson avait toujours le dernier mot à dire, je suis certain qu'aux fins pratiques et juridiques, ce dernier a contrôlé la fiducie et a donc contrôlé Robson Leather³⁷. » (Notre soulignement)

Cette décision soutient l'argument selon lequel on ne peut présumer que les fiduciaires exercent systématiquement les pouvoirs et devoirs de leur charge conformément à la loi et à l'acte constitutif de la fiducie, et qu'il faut donc examiner l'ensemble des faits, et non pas seulement les documents juridiques officiels, pour déterminer qui contrôle réellement la fiducie.

Par conséquent, la juge Woods conclut que la décision *Thibodeau* ne constitue pas un précédent suffisant pour rejeter l'application du critère du centre de gestion et de contrôle aux fiducies³⁸. Elle examine également d'autres décisions citées par les parties mais conclut qu'elles ne sont pas pertinentes³⁹.

En l'absence de précédent jurisprudentiel ayant établi le critère de détermination de la résidence des fiducies, la juge Woods procède donc à sa propre analyse pour établir ce critère. D'abord, elle estime que le fondement de l'application du critère du centre de gestion et de contrôle aux sociétés peut s'appliquer tout aussi bien aux fiducies⁴⁰. Elle cite l'arrêt *DeBeers*⁴¹, selon lequel la résidence d'une société doit s'établir par analogie avec celle d'un particulier : une société, bien qu'elle ne puisse dormir ou manger, peut avoir un siège et faire des affaires, et il s'agit de savoir où elle a réellement son siège et où elle fait réellement des affaires. Selon la juge Woods, ces remarques sont tout aussi pertinentes à l'égard des fiducies qu'à l'égard des sociétés, car bien qu'elles soient de nature juridique différente, les fiducies possèdent des caractéristiques similaires à celles des sociétés en ce qu'elles ont toutes les deux pour fonction fondamentale de gérer des biens⁴². Elle affirme ensuite que l'application du même critère de résidence aux fiducies et aux sociétés permet d'assurer le respect des principes fondamentaux du système fiscal que sont l'uniformité, la prévisibilité et l'équité⁴³. Elle

³⁷ *Robson C.F. 1^{re} inst.*, 6670-6671, confirmé sur ce point par *Robson C.A.F.*, 5112.

³⁸ *Fundy CCI*, précité, note 2, par. 151.

³⁹ *Id.*, par. 154.

⁴⁰ *Id.*, par. 158.

⁴¹ Voir l'extrait cité à la note 11 ci-dessus.

⁴² *Fundy CCI*, précité, note 2, par. 159.

⁴³ *Id.*, par. 160.

parvient donc à la conclusion que le critère de résidence qui devrait être applicable aux fiducies est celui du centre de gestion et de contrôle.

Afin de déterminer à qui incombait réellement la gestion et le contrôle des fiducies en l'espèce, la juge Woods analyse ensuite les faits en relation avec les actes de constitution des fiducies. Selon elle, des arrangements avaient été convenus dès le départ entre le fiduciaire, St. Michael, et MM. Dunin et Garron, pour prévoir que le fiduciaire ne s'occuperait que de signer des documents au besoin et de fournir des services administratifs connexes, tels que la comptabilité et la tenue de livres. Les décisions fondamentales, comme celles relatives à la vente des actions de PMPL détenues par les fiducies, au placement des sommes reçues lors de la vente, au versement de montants aux bénéficiaires et à la planification fiscale des opérations, devaient relever de MM. Dunin et Garron⁴⁴.

Compte tenu de la preuve, la juge conclut que bien que le fiduciaire détienne tous les pouvoirs d'administration et de contrôle en vertu des actes de constitution des fiducies, en réalité il n'avait que des pouvoirs restreints, en raison des arrangements convenus avec MM. Dunin et Garron. Il faut souligner que la juge reconnaît « qu'aucun élément de preuve explicite n'établit la nature restreinte des fonctions de St. Michael »⁴⁵. Elle fait remarquer qu'étant donné la planification minutieuse de ces arrangements, il eût été étonnant d'en retrouver des preuves écrites. Néanmoins, elle estime que sa conclusion « est fondée sur la preuve dans son ensemble, et notamment sur l'omission des appelants de fournir une preuve satisfaisante établissant le contraire »⁴⁶.

En outre, l'exécution de ces arrangements était garantie par le pouvoir du protecteur de remplacer St. Michael comme fiduciaire, et par la capacité de MM. Dunin et Garron et de leurs épouses de remplacer le protecteur⁴⁷. Ce mécanisme permettait à ces derniers d'exiger du protecteur la destitution de St. Michael en tant que fiduciaire si celle-ci n'agissait pas conformément auxdits arrangements : le rôle du protecteur était d'aider MM. Dunin et Garron à exercer un contrôle sur les fiducies⁴⁸.

⁴⁴ *Id.*, par. 189-194.

⁴⁵ *Id.*, par. 190.

⁴⁶ *Id.*

⁴⁷ *Id.*, par. 191.

⁴⁸ *Id.*, par. 224.

La Cour énumère certains éléments de preuve qui démontrent de quelle façon les pouvoirs du fiduciaire étaient restreints dans les faits par une convention tacite :

« Premièrement, peu de temps après la création des fiducies, M. Jesson a rédigé des notes de service internes énonçant les intentions du fiduciaire. Il semble clair d'après ces documents [...] qu'il y avait une entente selon laquelle le rôle de St. Michael serait plus restreint que celui envisagé dans les actes de fiducie.

En particulier, les notes de service donnent à penser que St. Michael devait exercer ses fonctions administratives uniquement à l'égard de la vente de PMPL et qu'elle ne distribuerait pas d'argent aux membres de la famille de M. Dunin ou de M. Garron sans obtenir leurs consentements respectifs.

Deuxièmement, il y avait fort peu d'éléments de preuve indiquant la façon dont le placement du produit en espèces avait été effectué, mais les éléments de preuve existants donnent à penser que le placement avait été effectué sous la direction de M. Dunin et de M. Garron pour Summersby et pour Fundy [les fiducies] respectivement.

La preuve révélait que les fiducies gérées par St. Michael avaient souvent recours aux conseillers en placement auxquels les bénéficiaires faisaient appel. Il a été soutenu que la chose était souhaitable afin de coordonner la stratégie de placement.

Le recours à cette pratique permettait non seulement l'utilisation d'une stratégie de placement coordonnée, mais il avait aussi pour résultat que les bénéficiaires pouvaient choisir les conseillers en placement pour les fiducies, que les conseillers eux-mêmes pouvaient les mettre au fait de l'état des choses et que les bénéficiaires pouvaient donner des instructions aux conseillers. En outre, les conseillers pouvaient suivre ces instructions sans l'approbation du fiduciaire, selon les paramètres de placement qui leur étaient fournis. Bref, les bénéficiaires pouvaient à toutes fins utiles diriger l'activité de placement⁴⁹. »

La juge Woods souligne également le fait que les mêmes conseillers fiscaux agissaient pour les fiducies ainsi que pour MM. Dunin et Garron; le fait que pratiquement aucun document n'a été déposé en preuve par les contribuables pour soutenir que St. Michael avait participé de façon active dans la gestion des fiducies; et le fait que la preuve documentaire déposée par le ministre était compatible avec la conclusion selon laquelle St. Michael était peu impliquée dans la gestion des fiducies⁵⁰.

La Cour a porté une attention particulière au fait que le fiduciaire ne détenait ni le savoir-faire ni l'expérience nécessaires afin d'administrer

⁴⁹ *Id.*, par. 196-200.

⁵⁰ *Id.*, par. 206-207.

convenablement une fiducie. À cet égard, il apparaît que les bénéficiaires ne semblaient pas préoccupés outre mesure de ce manque d'expertise. Pour eux, l'intérêt de le désigner fiduciaire était plutôt en raison de ses connaissances d'ordre fiscal et comptable. La juge mentionne ceci :

« En témoignant, M. Dunin a donné l'impression qu'il s'intéressait peu à ce que St. Michael faisait réellement à l'égard de Summersby et qu'il ne cherchait pas à connaître les personnes, au sein de St. Michael, qui s'occupaient de Summersby.

Selon moi, ce manque d'intérêt apparent n'aide pas les appelants. Si St. Michael avait réellement un rôle fondamental dans la gestion de Summersby, M. Dunin se serait probablement fortement intéressé à ce que St. Michael faisait et aurait veillé à ce que les personnes qui s'occupaient de Summersby aient la compétence voulue pour assurer la gestion. Comme il en a ci-dessus été fait mention, rien ne montre que le personnel de PwC-Barbade [propriétaire de St. Michael] ait été qualifié pour exercer des fonctions de fiduciaire⁵¹. »

En l'absence de preuve de l'expertise de St. Michael en matière de gestion d'une fiducie, la juge Woods refuse de reconnaître l'existence d'une présomption de fait selon laquelle le fiduciaire aurait rempli ses obligations légales quant à la gestion des fiducies en l'espèce⁵². Au contraire, elle impose à la fiducie le fardeau de démontrer qu'elle était effectivement gérée et contrôlée par le fiduciaire : « [E]n l'espèce, les appelants ont présenté fort peu d'éléments de preuve au sujet de la création et de l'exploitation des fiducies. Dans ces conditions, rien ne permet de conclure que St. Michael n'avait pas accepté d'assumer un rôle restreint dans la gestion des fiducies⁵³. »

Compte tenu de l'ensemble de la preuve, la Cour canadienne de l'impôt conclut que le centre de gestion et de contrôle des fiducies se trouvait au Canada, puisque ce sont les bénéficiaires, MM. Dunin et Garron, qui « prenaient les décisions fondamentales au sujet des fiducies, directement ou indirectement, par l'entremise des conseillers qu'ils dirigeaient »⁵⁴. Les fiducies étaient donc résidentes du Canada et ne pouvaient invoquer l'exonération d'impôt sur le gain en capital prévue dans l'Accord⁵⁵.

⁵¹ *Id.*, par. 225-226.

⁵² *Id.*, par. 253-255.

⁵³ *Id.*, par. 262.

⁵⁴ *Id.*, par. 252.

⁵⁵ La Cour canadienne de l'impôt analyse également deux questions subsidiaires qui ne font pas l'objet du présent article, soit l'application de l'article 94 de la *Loi de l'impôt* (à suivre...)

2.2. LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE⁵⁶

La décision de la Cour canadienne de l'impôt a été portée en appel par le fiduciaire, St. Michael, au nom des fiducies *Fundy* et *Summersby*. La Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel et confirmé le jugement de première instance. Le jugement de la Cour d'appel a été rédigé par la juge Sharlow, les juges Nadon et Stratas souscrivant à son opinion.

La Cour d'appel souligne qu'il n'y a pas de précédent jurisprudentiel qui a établi de façon formelle un critère unique de détermination de la résidence d'une fiducie⁵⁷. En outre, elle mentionne qu'il n'y a pas non plus de précédent ayant clairement rejeté l'application aux fiducies du critère du centre de gestion et de contrôle⁵⁸. À ce propos, elle fait valoir que le passage de la décision *Thibodeau* souvent cité afin d'appuyer la prétention qu'on ne peut avoir recours au même critère que celui applicable aux sociétés concernait en fait une autre question, soit l'argument selon lequel une fiducie ne peut avoir une double résidence⁵⁹. Elle ajoute que quoi qu'il en soit, si l'objet des propos du juge Gibson dans l'affaire *Thibodeau* était bien de rejeter l'application du critère du centre de gestion et de contrôle aux fiducies dans tous les cas, elle n'est pas d'accord avec cette position⁶⁰.

La Cour d'appel établit ensuite un parallèle avec l'arrêt britannique *DeBeers*⁶¹ et affirme que la résidence de la fiducie, à l'instar de celle de la société, se trouve là où les pouvoirs de gestion et de contrôle sont exercés dans les faits :

« Par analogie avec l'arrêt *DeBeers*, précité, il s'agit de dire où une fiducie [TRADUCTION] "peut avoir un siège et faire des affaires", c'est-à-dire où le fiduciaire exerce en fait ses pouvoirs. Il se peut que dans la plupart des cas, le

(...suite)

sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.) et mod. (« L.I.R. ») et celle de la règle générale antiévitement prévue à l'article 245 L.I.R. Il s'agit de remarques faites en *obiter dictum* puisque la conclusion sur la question de la résidence de fait était suffisante pour trancher le litige.

⁵⁶ *Fundy CAF*, précité, note 4.

⁵⁷ *Id.*, par. 57-59.

⁵⁸ *Id.*, par. 59.

⁵⁹ *Id.*, par. 60. Voir nos commentaires ci-dessus, dans le texte suivant la note 13.

⁶⁰ *Id.*, par. 61.

⁶¹ Précité, note 11.

lieu de résidence du fiduciaire suffise à déterminer le lieu de résidence de la fiducie. Il en sera ainsi lorsque le fiduciaire est investi de pouvoirs de gestion et de contrôle des biens de la fiducie, et qu'il les exerce effectivement à partir de son lieu de résidence. Un critère juridique inflexible qui rattacherait *nécessairement* le lieu de résidence de la fiducie au lieu de résidence du fiduciaire, quels que soient les faits, ne serait pas, selon moi, un principe solide puisqu'il rejetterait l'idée centrale de la jurisprudence relative à la détermination du lieu de résidence aux fins de l'impôt, qui veut, justement, que la question de la résidence soit essentiellement une question de fait. J'estime par conséquent que lorsque se pose, aux fins de l'impôt, la question de la résidence d'une fiducie, il faut procéder à une analyse des faits afin de décider où est effectivement situé le centre de gestion et de contrôle de la fiducie⁶². » (Italique dans l'original)

En réponse à l'argument de St. Michael selon lequel on ne peut appliquer aux fiducies le critère de gestion et de contrôle parce qu'une fiducie, contrairement à une société, n'a pas de personnalité juridique, la Cour souligne qu'aux fins fiscales, il existe une fiction juridique faisant en sorte que la fiducie est considérée comme une personne⁶³. Il est donc logique qu'aux fins de l'impôt, sa résidence ne soit pas automatiquement la même que celle du fiduciaire⁶⁴.

Au surplus, la Cour d'appel rejette l'argument de la fiducie basé sur le paragraphe 104(1) L.I.R., qui édicte que « la mention d'une fiducie [...] vaut également mention, sauf indication contraire du contexte, du fiduciaire ». Selon cet argument, la résidence de la fiducie doit être celle du fiduciaire puisque la loi assimile la fiducie au fiduciaire. La Cour rejette cet argument car donner une telle interprétation à cette disposition en élargit le libellé et dépasse son objet, qui est simplement de résoudre un problème pratique découlant du fait que la fiducie ne possède pas la personnalité juridique, alors que la loi la considère comme une entité imposable : les autorités fiscales doivent pouvoir cotiser un contribuable ayant la personnalité juridique. On ne peut en conclure que l'intention du législateur était d'établir la résidence de la fiducie au lieu de résidence du fiduciaire dans tous les cas⁶⁵.

Une fois qu'il est établi que le critère du centre de gestion et de contrôle est applicable aux fiducies, la Cour d'appel examine la preuve sur laquelle la

⁶² *Fundy CAF*, précité, note 4, par. 62.

⁶³ Par. 104(2) L.I.R.

⁶⁴ *Fundy CAF*, précité, note 4, par. 63.

⁶⁵ *Id.*, par. 64.

Cour canadienne de l'impôt s'est fondée afin de conclure que le centre de gestion et de contrôle des fiducies en l'espèce était situé au Canada. La Cour d'appel affirme qu'aucun des faits pris isolément n'est déterminant pour définir le centre de gestion et de contrôle puisqu'il est habituel de rencontrer certains de ces faits dans la plupart des fiducies. Notamment, la nomination par les bénéficiaires d'un protecteur et la possibilité pour ce dernier de démettre le fiduciaire de ses fonctions, le recours par les bénéficiaires et les fiducies aux mêmes conseillers, les recommandations fermes des bénéficiaires et même la nomination d'un fiduciaire ne possédant pas une vaste expertise en placements sont des facteurs qui peuvent être considérés comme neutres, selon les circonstances.

Toutefois, la Cour d'appel mentionne qu'il faut tracer la frontière entre les cas où le fiduciaire exerce réellement ses pouvoirs de décision et ceux où il est en réalité écarté du pouvoir décisionnel au profit des bénéficiaires. C'est une question de fait de déterminer où se trouve la frontière entre ces deux cas. La Cour s'exprime ainsi, sous la plume de la juge Sharlow :

« Cela dit, il faut bien tracer la ligne quelque part. Il y a, d'un côté, les recommandations, même fermes, que les bénéficiaires peuvent adresser au fiduciaire, en laissant cependant celui-ci libre de décider de la manière dont il convient d'exercer les pouvoirs et attributions que lui confère l'acte constitutif de la fiducie. Dans une telle hypothèse, la gestion et le contrôle de la fiducie sont exercés par le fiduciaire. Dans l'autre hypothèse, cependant, ce sont en fait les bénéficiaires qui exercent véritablement les pouvoirs et attributions prévus dans l'acte constitutif, qui assurent la gestion et le contrôle des fiducies, écartant en cela le fiduciaire en titre. Comme nous l'avons dit plus haut, la question de savoir dans quel cas de figure on se trouve est une question de fait qui exige que l'on tienne compte de tous les éléments de preuve.

La juge Woods a pris en compte un certain nombre de faits qui seraient normalement neutres, tels l'existence d'un protecteur ou le recours aux mêmes conseillers, et, les ajoutant à un nombre considérable d'éléments de preuve touchant les circonstances de l'affaire, a conclu, compte tenu des faits constatés, que la frontière entre les deux cas hypothétiques avait été franchie. Elle pouvait, d'après moi, raisonnablement parvenir à cette conclusion⁶⁶. »

En somme, d'après l'ensemble de la preuve, il était raisonnable pour la juge de première instance de conclure que ce n'était pas le fiduciaire qui contrôlait les fiducies, mais bien MM. Dunin et Garron, les bénéficiaires, à partir du Canada. Les fiducies étaient donc résidentes du Canada.

⁶⁶ *Id.*, par. 68-69.

2.3. LA COUR SUPRÊME DU CANADA⁶⁷

Dans une décision unanime, la Cour suprême du Canada a rejeté le pourvoi de St. Michael, en tant que fiduciaire des deux fiducies *Fundy* et *Summersby*. L'arrêt de la Cour suprême, étonnamment succinct, porte uniquement sur le critère approprié de détermination de la résidence d'une fiducie : le critère du centre de gestion et de contrôle doit-il s'appliquer?

La Cour se penche sur les deux principaux arguments plaidés par St. Michael :

- 1) La fiducie n'a pas de personnalité juridique, et donc on ne peut lui appliquer le critère du centre de gestion et de contrôle;
- 2) Puisque la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit que la mention d'une fiducie vaut mention du fiduciaire, le lieu de résidence de la fiducie est nécessairement celui du fiduciaire.

Quant au premier argument, St. Michael soutenait que l'arrêt *DeBeers* a établi le critère du centre de gestion et de contrôle pour les sociétés par analogie avec les particuliers. En droit, une société, tout comme un particulier, est une « personne » qui possède certains attributs, pouvoirs et droits. On peut donc faire certaines analogies : la maison où un particulier peut manger et dormir peut être comparée au siège de la société ou au lieu où elle exploite son entreprise. Cependant, une telle analogie est impossible avec une fiducie, puisque celle-ci n'est pas une entité qui a la personnalité juridique, mais constitue plutôt une simple relation contractuelle qui s'établit entre les fiduciaires et les bénéficiaires. On ne peut dire qu'une obligation contractuelle peut avoir un siège et faire des affaires; dans le cas d'une fiducie, l'analogie n'a aucun sens⁶⁸.

Comme l'avait fait la Cour d'appel fédérale, la Cour suprême rejette sommairement cet argument :

« Bien qu'une fiducie ne soit pas une personne en common law, elle est réputée être un particulier aux termes de la Loi. Le paragraphe 104(2) prévoit en effet ce qui suit :

⁶⁷ *Fundy CSC*, précité, note 5.

⁶⁸ THORSTEINSSONS LLP, *Appellant's joint memorandum of facts and law*, mémoire déposé en Cour suprême du Canada, pp. 9-12 (en ligne : <http://www.scc-csc.gc.ca/case-dossier/cms-sgd/fac-mem-fra.aspx?cas=34056>).

Pour l'application de la présente loi, et sans que l'assujettissement du fiduciaire ou des représentants légaux à leur propre impôt sur le revenu en soit atteint, une fiducie est réputée être un particulier relativement aux biens de la fiducie [...]

À l'instar du ministre, nous sommes d'avis que le fait qu'une fiducie ne possède pas, en common law, une existence juridique autonome n'est pas pertinent pour l'application de la Loi⁶⁹. »

Ainsi, selon le raisonnement de la Cour, puisque la *Loi de l'impôt sur le revenu* traite la fiducie comme une personne aux fins de l'impôt, la fiducie peut également être considérée comme une personne lorsqu'il s'agit de déterminer sa résidence, aux fins de l'application de cette même loi. L'analogie avec la société est donc pertinente.

Selon nous, la Cour balaie assez rapidement l'argument des fiducies : en effet, il faut noter que le paragraphe 104(2) L.I.R. ne prévoit pas que la fiducie est réputée être un particulier aux fins de l'ensemble de la loi, mais seulement « relativement aux biens de la fiducie ». Cela doit signifier quelque chose, puisque le législateur n'est pas censé parler pour ne rien dire. Néanmoins, le raisonnement de la Cour est cohérent : l'absence de personnalité juridique en vertu du droit privé n'est pas pertinente puisque la *Loi de l'impôt sur le revenu* crée sa propre notion de « personne » aux fins de son application et écarte ainsi le droit privé.

En ce qui a trait à son second argument, St. Michael s'appuyait sur le paragraphe 104(1) L.I.R.⁷⁰ Elle plaidait que celui-ci, lu avec le paragraphe 104(2) L.I.R., crée un contexte législatif qui fait en sorte que la fiducie est traitée comme une entité imposable, mais elle est assimilée au fiduciaire aux fins de la loi. En d'autres termes, si l'on accepte que le paragraphe 104(2) L.I.R. traite la fiducie comme une personne distincte aux fins de l'ensemble de la loi, il faut également accepter que le paragraphe 104(1) L.I.R. prévoit que la fiducie soit reliée au fiduciaire pour l'ensemble de la loi. Rien dans la loi n'indique que le législateur souhaitait mettre de côté ce lien aux fins de déterminer la résidence de la fiducie⁷¹.

La Cour suprême rejette également cet argument, à l'instar de la Cour d'appel fédérale. Selon la Cour suprême, rien dans le paragraphe 104(1)

⁶⁹ *Fundy CSC*, précité, note 5, par. 10.

⁷⁰ Tel qu'il est cité ci-dessus, le paragraphe 104(1) L.I.R. prévoit que « la mention d'une fiducie [...] vaut également mention, sauf indication contraire du contexte, du fiduciaire ».

⁷¹ THORSTEINSSONS LLP, précité, note 68, pp. 12-20.

L.I.R. n'indique que le législateur avait l'intention de relier la fiducie au fiduciaire aux fins de déterminer la résidence de la fiducie. Ce paragraphe visait à régler des problèmes pratiques, par exemple pour la cotisation et la perception de l'impôt des fiducies, et non à établir un principe de rattachement qui s'appliquerait de façon générale aux fiducies, à tous égards⁷². De plus, le paragraphe 2(1) L.I.R. vise les « personnes » dont le revenu est assujéti à l'impôt, soit dans ce cas-ci la fiducie et non le fiduciaire⁷³.

Encore une fois, la Cour suprême écarte très rapidement l'argument des fiducies. L'argument de la Cour n'est pas nécessairement convaincant, puisqu'en général, la loi ne détache pas beaucoup la fiducie de la personne du fiduciaire; c'est d'ailleurs le fiduciaire qui est devant les tribunaux en l'espèce. En outre, il semble paradoxal que le raisonnement contraire ait été appliqué aux paragraphes 104(1) et 104(2) L.I.R. : alors que ces deux dispositions prévoient une fiction juridique, l'une s'appliquerait à l'ensemble de la loi, alors que l'autre s'appliquerait uniquement aux problèmes « pratiques » d'application de la loi mais pas à la détermination de la résidence. Il n'y a pas véritablement d'analyse de l'objet de ces dispositions et de l'intention sous-jacente du législateur. Toutefois, force est d'admettre que le critère du centre de gestion et de contrôle cadre mieux avec la politique fiscale et les objectifs généraux de la loi : il ne devrait pas être possible d'éluder l'impôt simplement en plaçant une marionnette comme fiduciaire à l'étranger.

En outre, la Cour s'appuie sur le fait que les fiducies et les sociétés partagent un certain nombre de caractéristiques pour conclure qu'il est tout à fait approprié d'appliquer aux fiducies le même critère de résidence qu'aux sociétés :

« Par contre, les fiducies et les sociétés partagent de nombreuses similitudes qui, à notre avis, justifieraient que l'on applique le critère de la gestion centrale et du contrôle pour déterminer le lieu de résidence d'une fiducie, tout comme il est utilisé pour établir le lieu de résidence d'une société. Voici certaines de ces similitudes :

- 1) les deux détiennent des éléments d'actif à gérer;
- 2) les deux impliquent l'acquisition et la disposition d'éléments d'actif;

⁷² *Fundy CSC*, précité, note 5, par. 12.

⁷³ *Id.*, par. 13.

- 3) les deux exigent dans certains cas la gestion d'une entreprise;
- 4) les deux exigent la prise d'arrangements bancaires et financiers;
- 5) les deux peuvent avoir besoin des instructions ou conseils d'avocats, de comptables et d'autres conseillers;
- 6) les deux peuvent répartir leur revenu, les sociétés par voie de dividendes et les fiducies par voie d'attributions.

Comme l'a souligné le juge Woods : "La fonction de chacune consiste fondamentalement à gérer les biens" (par. 159)⁷⁴. »

Il est intéressant de remarquer que toutes ces similitudes portent sur des caractéristiques factuelles et économiques des fiducies et des sociétés, et non sur leurs caractéristiques juridiques. En effet, la Cour examine les faits et conclut que dans la réalité économique, il s'agit de deux véhicules similaires utilisés pour détenir et gérer des biens, en dépit du fait que leur nature juridique est complètement différente. D'ailleurs, la Couronne alléguait, dans son mémoire, que le critère du centre de gestion et de contrôle est préférable parce qu'il priorise la substance sur la forme :

« The Federal Court of Appeal was correct in preferring the flexible and substantive central management and control (CMC) test for trust residency, rather than the rigid and formulaic test proposed by the appellants which relies exclusively on the location of the trustee's residence. This CMC residency test has been applied in Canada to corporations for over 60 years precisely because it favours substance over form in determining residence⁷⁵. » (Notre soulignement)

Au fond, si l'on revient au principe fondamental selon lequel la résidence est une question de fait, il est parfaitement logique que la Cour suprême se soit concentrée sur les similarités de fait entre les fiducies et les sociétés. Si la résidence doit être déterminée selon l'ensemble des faits pour les particuliers et pour les sociétés, pourquoi les tribunaux devraient-ils se limiter à l'examen du contrôle de droit, dans le cas des fiducies? Poser la question, c'est y répondre : « [I]l faudrait de bonnes raisons pour justifier l'application aux fiducies d'un critère entièrement différent de celui

⁷⁴ *Id.*, par. 14.

⁷⁵ DEPUTY ATTORNEY GENERAL OF CANADA, *Factum of the Respondent*, mémoire déposé en Cour suprême du Canada, p. 8 (en ligne : <http://www.scc-csc.gc.ca/case-dossier/cms-sgd/fac-mem-fra.aspx?cas=34056>).

applicable aux sociétés. Or, aucune raison de la sorte n'a été présentée en l'espèce⁷⁶. »

La Cour suprême du Canada conclut donc que le critère du centre de gestion et de contrôle est applicable aux fins de déterminer la résidence des fiducies.

CONCLUSION

La Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Fundy*, modifie fondamentalement la démarche pour déterminer la résidence des fiducies à des fins fiscales au Canada. Pour les contribuables, le critère du centre de gestion et de contrôle retenu par la Cour imposera des changements importants dans la mise sur pied et la gestion d'une fiducie, s'ils désirent conserver la résidence de celle-ci dans le pays ou dans la province choisie. Ils devront s'assurer que le contrôle et la gestion y sont exercés dans les faits, et conserver les éléments de preuve matérielle et documentaire de l'exercice du contrôle.

Par ailleurs, ce critère pourra également être utilisé par l'ARC pour contrer les planifications d'évitement fiscal utilisant les fiducies non résidentes. L'ARC a d'ailleurs annoncé ses intentions à cet effet lors de la table ronde tenue au congrès annuel de l'Association de planification fiscale et financière, en 2010⁷⁷. Bien que les modifications proposées à l'article 94 L.I.R.⁷⁸, qui prévoient une application beaucoup plus élargie des cas de

⁷⁶ *Fundy CSC*, précité, note 5, par. 16.

⁷⁷ « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2010*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2011, pp. 52:1-102, question 30., aux pages 52:64-66.

⁷⁸ La dernière version des modifications proposées est : CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives concernant la Loi de l'impôt sur le revenu, la Loi sur le droit pour la sécurité des passagers du transport aérien, la Loi de 2001 sur l'accise et la Loi sur la taxe d'accise*, 27 août 2010. Depuis 1999, de nombreuses versions de ces modifications ont été proposées sans être adoptées : CANADA, ministère des Finances, *Le plan budgétaire de 1999 – Renseignements supplémentaires et Avis de motion de voies et moyens*, 16 février 1999, annexe 7, p. 212; CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives et notes explicatives concernant l'imposition des fiducies non-résidentes et des entités de placement étrangères*, 22 juin 2000; CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives et notes explicatives concernant l'imposition des fiducies non-résidentes et des entités de placement étrangères*, 2 août 2001; CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives et notes explicatives concernant l'imposition des fiducies non-résidentes et des entités de placement étrangères*, 11 octobre 2002; CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives concernant la Loi de* (à suivre...)

résidence réputée, ne soient pas encore adoptées après plus de 10 ans de différentes propositions législatives, l'ARC pourra à tout le moins attaquer les cas les plus flagrants d'abus en démontrant que le fiduciaire résidant à l'étranger n'exerce que des pouvoirs restreints, et que le véritable contrôle est exercé, dans les faits, au Canada.

Le critère du centre de gestion et de contrôle n'est pas sans ambiguïté dans son application. La ligne est mince entre la possibilité, pour un bénéficiaire, de suggérer ou d'influencer les décisions des fiduciaires, et la prise de contrôle effective de la fiducie par le bénéficiaire. Le même problème se pose dans le cas des sociétés, particulièrement dans le cas des filiales détenues à 100 % ou majoritairement par une société mère étrangère⁷⁹. Il s'agira, bien entendu, d'une question de fait dépendant des circonstances particulières de chaque cas.

(...suite)

l'impôt sur le revenu – *Imposition des fiducies non-résidentes et des entités de placement étrangères*, 30 octobre 2003; CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives concernant l'impôt sur le revenu*, 18 juillet 2005; Projet de loi C-33, *Loi modifiant la Loi de l'impôt sur le revenu, notamment en ce qui concerne les entités de placement étrangères et les fiducies non-résidentes ainsi que l'expression bijuridique de certaines dispositions de cette loi, et des lois connexes*, 1^{re} session, 39^e législature, 2006, dernière étape franchie : 1^{re} lecture au Sénat, 18 juin 2007; Projet de loi C-10, *Loi modifiant la Loi de l'impôt sur le revenu, notamment en ce qui concerne les entités de placement étrangères et les fiducies non-résidentes ainsi que l'expression bijuridique de certaines dispositions de cette loi, et des lois connexes*, 2^e session, 39^e législature, 2007, dernière étape franchie : 2^e lecture au Sénat, 4 décembre 2007.

⁷⁹ Voir Craig M. McDougall, Sandra E. Jack et D. Blair Nixon, « Income Tax Fundamentals in a Global Economy: Old Rules and the New Reality », dans *2001 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2002, pp. 27:1-43, aux pages 27:10-11. La jurisprudence britannique citée par les auteurs suggère la question suivante afin de trancher entre les cas où la filiale donne effet aux volontés de la compagnie mère, ce qui ne touche pas sa résidence, et les cas où le conseil d'administration de la filiale ne fonctionne pas du tout, le pouvoir de gestion et de contrôle étant alors usurpé par la compagnie mère : les administrateurs de la filiale auraient-ils refusé d'adopter une décision de la compagnie mère s'ils l'avaient jugée mauvaise ou inappropriée?

LA RÉFORME DU RÉGIME DES DROITS MINIERS AU QUÉBEC



Lucie Chouinard
CPA, CA, M. Fisc.
Samson Bélair
Deloitte & Touche s.e.n.c.r.l.



Francis Vallières
Avocat, LL.M. fisc.
Samson Bélair
Deloitte & Touche s.e.n.c.r.l.

PRÉCIS

Le 6 juin 2011, la *Loi concernant les droits sur les mines* a été remplacée par la *Loi sur l'impôt minier* dans le cadre d'une réforme en profondeur du régime des droits miniers au Québec visant à en augmenter la rentabilité. Le texte propose une analyse des effets de cette réforme à l'égard du calcul des droits miniers, maintenant appelés impôts miniers. Les modifications législatives sont abordées en comparaison avec les anciennes dispositions pour en faire ressortir les différences. Enfin, on y résume les principales conséquences pratiques pour les différents acteurs du secteur minier.

ABSTRACT

On June 6 2011, the *Mining Duties Act* was replaced with the *Mining Tax Act* within the framework of a reform of the mining duties regime in Québec in order to increase the duties levied on mineral resources. This paper analyzes the effects of the reform with regards to the calculation of mining duties which are now called mining taxes. The legislative changes are compared to the former provisions in order to highlight the many

differences. Finally, a summary of the main consequences for the mining industry is provided.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	281
1. CONTEXTE ENTOURANT LA RÉFORME DU RÉGIME DES DROITS MINIERES ET DU CRÉDIT DE DROITS REMBOURSABLE POUR PERTE	283
1.1. CONTEXTE HISTORIQUE	283
1.1.1. Avant 1985	283
1.1.2. De 1985 à 1993	284
1.1.3. De 1994 à 2010	284
1.2. CONTEXTE ÉCONOMIQUE.....	286
1.2.1. Essor du secteur minier	286
1.2.2. Rentabilité insuffisante du régime des droits miniers	287
1.2.3. Nécessité d'une juste compensation pour l'utilisation d'une ressource non renouvelable appartenant au domaine public.....	289
1.3. CONTEXTE POLITIQUE.....	289
1.3.1. Stratégie minérale du Québec.....	289
1.3.2. Dévoilement du Plan Nord	290
1.3.3. Objectifs de la réforme	290
2. MODIFICATIONS AU CALCUL DU PROFIT ANNUEL OU DE LA PERTE ANNUELLE	291
2.1. INTRODUCTION DES NOTIONS D'« EXPLOITANT » ET D'« EXPLOITANT ADMISSIBLE »	291
2.2. NOTIONS DE « BÉNÉFICE ANNUEL » ET DE « PROFIT ANNUEL ».....	292
2.3. INTRODUCTION DE L'APPROCHE « MINE PAR MINE ».....	296
3. MODIFICATIONS À CERTAINES ALLOCATIONS	298
3.1. RÉDUCTION DU TAUX DE L'ALLOCATION POUR AMORTISSEMENT	298
3.1.1. Création d'une nouvelle catégorie de biens amortissables.....	298
3.2. MODIFICATION DES PARAMÈTRES DE L'ALLOCATION POUR TRAITEMENT.....	301
3.2.1. Réduction des taux de rendement sur les éléments d'actif utilisés dans le traitement du minéral	301

3.2.2.	Abolition des taux de rendement majorés sur les éléments d'actif utilisés dans le traitement des résidus miniers	303
3.2.3.	Réduction de la limite basée sur le profit annuel.....	303
3.3.	MODIFICATION DE L'ALLOCATION ADDITIONNELLE POUR UNE MINE NORDIQUE	304
3.3.1.	Élargissement de la portée géographique de l'allocation	304
3.3.2.	Période d'admissibilité	305
3.3.3.	Montant de l'allocation	305
4.	MODIFICATIONS CONCERNANT LES FRAIS D'EXPLORATION, DE MISE EN VALEUR ET D'AMÉNAGEMENT MINIER.....	306
4.1.	CRÉATION DE TROIS COMPTES CUMULATIFS	306
4.1.1.	Compte de frais cumulatifs d'exploration	307
4.1.2.	Compte de frais cumulatifs d'aménagement et de mise en valeur avant production	310
4.1.3.	Compte de frais cumulatifs d'aménagement et de mise en valeur après production	316
4.2.	ABOLITION DE L'ALLOCATION ADDITIONNELLE POUR EXPLORATION.....	319
4.3.	EXCLUSION DES FRAIS FINANCÉS PAR VOIE D'ÉMISSION D' ACTIONS ACCRÉDITIVES	319
5.	MODIFICATIONS AU CRÉDIT DE DROITS REMBOURSABLE POUR PERTE.....	321
5.1.	AUGMENTATION DU TAUX DU CRÉDIT DE DROITS REMBOURSABLE POUR PERTE.....	321
5.2.	CALCUL DU CRÉDIT DE DROITS REMBOURSABLE POUR PERTE	321
5.2.1.	Calcul pour un exploitant autre qu'un exploitant admissible.....	321
5.2.2.	Calcul pour un exploitant admissible	322
6.	RÉSUMÉ DES PRINCIPAUX EFFETS DE LA RÉFORME.....	323
	CONCLUSION	324

INTRODUCTION*

Le régime des droits miniers du Québec vise à compenser l'État pour l'utilisation, par les entreprises minières, des ressources naturelles non renouvelables appartenant au domaine public que sont les minéraux métalliques tels que l'or, l'argent, le fer, le zinc et le nickel. L'enjeu principal dans l'établissement d'un régime de droits miniers est d'obtenir une juste compensation pour la ressource utilisée tout en tenant compte de la réalité économique de l'industrie minière, afin de permettre l'exploitation de cette ressource et la création de richesse. Un régime de droits miniers doit donc être adapté aux caractéristiques propres à l'industrie minière, soit le niveau de risque élevé associé aux investissements, le délai de récupération des investissements relativement long et les importants besoins en matière de financement¹. Pour atténuer ces difficultés auxquelles doit faire face l'industrie minière, le gouvernement québécois a modifié, en 1985, son régime de droits miniers afin d'y introduire un système de droits négatifs. Ce système permet à un exploitant en situation de perte de recevoir un remboursement au titre de droits miniers relativement aux sommes qu'il a investies dans des activités d'exploration.

Ce système de droits miniers négatifs, appelé crédit de droits remboursable pour perte (« CDRP »), est rapidement devenu une source de financement importante pour plusieurs exploitants. En effet, les exploitants effectuant uniquement des travaux d'exploration, presque toujours en situation de perte, pouvaient compter, année après année, sur un remboursement de droits miniers représentant alors 18 % des dépenses d'exploration engagées². Ce remboursement a contribué à encourager les travaux d'exploration minière au Québec, mais il a également coûté très cher aux Québécois. Par exemple, « [a]u cours de la période 1985-1994, le crédit de droits remboursable pour perte a ainsi occasionné des versements de 238.5 millions \$, alors que les droits perçus pour la même période ne se sont élevés qu'à 134.7 millions \$, soit un déficit accumulé de 103.8 millions \$ »³.

* Le présent article publié et révisé complète la présentation des auteurs au colloque du 19 janvier 2012, intitulé « Fiscalité des ressources naturelles ».

¹ Claude VERREAULT, « Le régime des droits miniers du Québec », (1999-2000), vol. 21, n° 2 *Revue de planification fiscale et successorale* 203-254.

² Le taux était de 18 % entre 1985 et 1993, puis de 12 % entre 1994 et 2010.

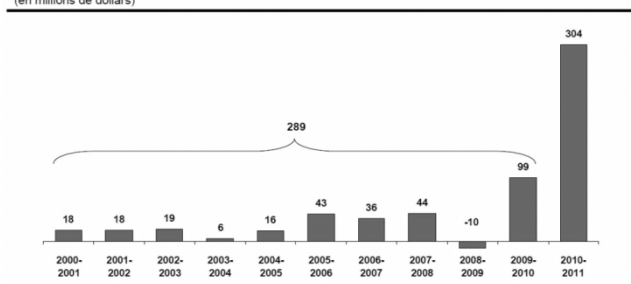
³ C. VERREAULT, précité, note 1, 205.

Le 30 mars 2010, le gouvernement du Québec annonçait dans son budget une réforme du régime des droits miniers⁴. Le 6 juin 2011, la *Loi concernant les droits sur les mines*⁵ est ainsi remplacée par la *Loi sur l'impôt minier*⁶. Cette réforme en profondeur vise à augmenter la rentabilité du régime des droits miniers, notamment en diminuant les coûts associés au CDRP.

Déjà, cette réforme, conjuguée à la conjoncture actuelle favorable à l'industrie minière, a permis au gouvernement de récolter, pour l'année 2010-2011, 304 M\$ de droits miniers, soit plus que le total des 10 années précédentes :

Tableau 1 – Évolution des droits miniers au Québec⁷

ÉVOLUTION DES DROITS MINIERS AU QUÉBEC
(en millions de dollars)



Sources : Comptes publics du Québec et ministère des Finances.

Devant ces chiffres éloquentes, on peut supposer que les mesures introduites par la réforme auront pour effet, dans leur ensemble, d'augmenter les droits miniers perçus par le gouvernement.

⁴ QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2010-2011, Renseignements additionnels sur les mesures du budget*, section A, par. 2.1, 30 mars 2010; *Discours du budget* sur le thème « Accroître nos revenus pour assurer le financement des services publics ».

⁵ L.R.Q., c. D-15 (« L.D.M. »).

⁶ L.Q. 2011, c. 6, art. 15 à 85 et art. 290-291; loi sanctionnée le 6 juin 2011 et entrée en vigueur à la même date; L.R.Q., c. I-0.4 (« L.I.M. »).

⁷ QUÉBEC, ministère des Finances, *Communiqué de presse*, « 304 millions de dollars de droits miniers en 2010-2011 : en une seule année, le Québec récolte plus que le total des 10 années précédentes! », 15 septembre 2011. À l'égard de l'année déficitaire 2008-2009, nous tenons à préciser que l'année 2009 a été marquée par un ralentissement économique mondial. Par ailleurs, la reprise économique de 2010 a entraîné une hausse des activités dans le secteur minier.

Avant de procéder à une étude détaillée des mesures introduites par la réforme du régime des droits miniers, il convient de décrire le contexte dans le cadre duquel intervient cette réforme. Ensuite, le présent texte se propose d'analyser les principaux changements apportés au régime de droits miniers afin d'en exposer les conséquences pour les exploitants.

1. CONTEXTE ENTOURANT LA RÉFORME DU RÉGIME DES DROITS MINIERES ET DU CRÉDIT DE DROITS REMBOURSABLE POUR PERTE

1.1. CONTEXTE HISTORIQUE

1.1.1. Avant 1985

Le régime des droits miniers au Québec remonte à la *Loi sur les mines* de 1880, qui prévoyait le droit du gouvernement de prélever une redevance discrétionnaire sur la valeur brute d'une production minière⁸. À partir de 1892, la redevance est calculée sur la valeur nette de la production, c'est-à-dire que les frais d'exploitation et de traitement sont désormais déductibles⁹. De 1917 à 1924, on assiste à un retour à une redevance sur la valeur brute, changement qui s'avère de courte durée puisque la redevance est remplacée, dès 1925, par un régime de taux gradués sur les profits miniers d'extraction et de traitement¹⁰. L'entrée en vigueur de la *Loi des droits sur les mines*¹¹ le 1^{er} janvier 1966, en remplacement des articles de la *Loi des mines*¹² concernant les droits miniers, apporte des changements majeurs au régime des taux gradués : augmentation significative des taux, introduction d'une allocation pour traitement et abolition du taux minimal d'amortissement figurent au nombre des changements¹³. Les taux des droits miniers continueront d'augmenter jusqu'à la réforme de 1985.

⁸ Victor ST-ONGE, « La réforme 1994 des droits miniers au Québec », dans *Congrès 95*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1996, pp. 41:1-42.

⁹ *Id.*

¹⁰ *Id.*

¹¹ L.Q. 13-14 Élisabeth II, c. 35.

¹² S.R. 1964, ch. 89.

¹³ V. ST-ONGE, précité, note 8.

1.1.2. De 1985 à 1993

Le gouvernement du Québec a procédé à une réforme du régime des droits miniers en 1985, en raison de la récession qui frappait alors l'industrie minière¹⁴. Cette réforme se traduit par deux changements majeurs au régime existant. Premièrement, les taux gradués variant de 15 % à 30 % sont jugés désuets et remplacés par un taux unique de 18 %¹⁵. Deuxièmement, le ministre des Finances de l'époque, M. Yves L. Duhaime, annonce l'instauration du CDRP :

« [...] Dans le but de venir en aide aux entreprises effectuant des dépenses d'exploration, de mise en valeur et d'immobilisation, j'annonce l'instauration d'un régime de droits miniers négatifs. Le nouveau régime permettra aux entreprises d'être compensées immédiatement pour leurs pertes en recevant un remboursement généralement égal à 18 pour cent des pertes provoquées par leurs frais d'exploration, de mise en valeur ou une partie de leurs dépenses d'immobilisation encourues après minuit ce soir¹⁶. [...] »

Cette mesure vise à favoriser l'exploration et l'exploitation minière au Québec. Toutefois, entre 1985 et 1993, le CDRP a occasionné des versements plus élevés que les droits perçus durant la même période, rendant ainsi l'ensemble du régime des droits miniers déficitaire.

1.1.3. De 1994 à 2010

La réforme de 1994 s'inscrit dans un contexte de resserrement des finances publiques. Elle vise principalement à éliminer le déficit causé par le CDRP, tout en conservant des « incitatifs souhaitables à l'exploration, à la mise en valeur et à l'exploitation minière »¹⁷. Pour ce faire, le taux du CDRP est abaissé de 18 % à 12 %, suivant ainsi la réduction du taux d'imposition unique :

« La diminution du taux d'imposition s'explique par le fait que la réforme avait essentiellement pour objectif de diminuer le coût du crédit de droits remboursable pour perte, tout en n'augmentant pas le fardeau fiscal des exploitants qui payaient déjà des droits. Étant donné que la réforme a restreint le champ d'application des diverses allocations [...], la baisse du taux d'imposition a permis de limiter l'impact des mesures restrictives de la réforme

¹⁴ QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 1985-1986, Discours sur le budget*, 23 avril 1985, on peut y lire à la page 24 ce qui suit : « Le secteur minier, au Québec comme ailleurs, se remet difficilement des conséquences de la dernière récession. [...] ».

¹⁵ *Id.*, p. 25.

¹⁶ *Id.*

¹⁷ V. ST-ONGE, précité, note 8, section 1.8., 41:7.

auprès des exploitants à profit. De plus, en diminuant du même coup le taux de remboursement applicable au crédit de droits remboursable pour perte, le gouvernement se trouvait à diminuer, par l'effet même, le coût de ce crédit¹⁸. »

Toujours dans le but de réduire le coût du CDRP, l'amortissement sur les immobilisations a été exclu des dépenses admissibles au CDRP. L'exclusion de l'amortissement des dépenses admissibles s'explique par le fait que les immobilisations amortissables comprennent les actifs utilisés dans le traitement du minerai :

« [...] la Loi [concernant les droits sur les mines], telle que rédigée, avait pour effet d'inclure, au niveau du crédit de droits remboursable pour perte, l'amortissement relié aux actifs de traitement. Or, les investissements relatifs aux actifs de traitement n'auraient pas dû, en principe, être admissibles, étant donné que le profit provenant du traitement du minerai ne fait pas partie, en théorie, de l'assiette fiscale du régime des droits miniers¹⁹. » (Notre soulignement)

Enfin, la perte annuelle d'une société exploitante qui effectue le traitement du minerai doit dorénavant être réduite à 65 % afin d'obtenir la perte annuelle admissible (ou perte annuelle ajustée), de façon à refléter la portion de la perte attribuable aux opérations de traitement. Similairement, l'allocation pour traitement ne peut réduire le profit annuel en deçà de 65 % du profit calculé avant l'allocation pour traitement²⁰.

Les mesures suivantes figurent également parmi les modifications apportées lors de la réforme de 1994 :

- abolition du crédit de droits reportable²¹;
- abolition du crédit de base de 90 000 \$²²;
- création d'une nouvelle catégorie de biens amortissables pour les biens acquis à compter du 13 mai 1994, amortissables à un taux de 100 %²³;

¹⁸ C. VERREAULT, précité, note 1, 245.

¹⁹ *Id.*, 247.

²⁰ QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 1994-1995, Discours sur le budget et Renseignements supplémentaires*, 12 mai 1994.

²¹ *Id.*

²² *Id.*

²³ *Id.*

- allocation de traitement restreinte aux « éléments d'actifs utilisés dans le traitement » par l'introduction d'une nouvelle définition à cet effet²⁴;
- réduction de l'allocation additionnelle pour exploration²⁵.

Malgré toutes les mesures prises lors de la réforme de 1994 pour réduire les différents crédits et allocations, le régime des droits miniers est demeuré peu rentable, et ce, en grande partie en raison du CDRP.

1.2. CONTEXTE ÉCONOMIQUE

1.2.1. Essor du secteur minier

Durant les dernières années, les prix des métaux ont atteint des niveaux quasi records. De façon générale, les prix ont connu une baisse entre 1998 et 2001, suivie d'une forte hausse jusqu'en 2007 ou 2008 où les prix ont atteint des sommets records. Par la suite, les prix, à l'exception du prix de l'or et de l'argent, ont légèrement diminué, mais ils demeurent élevés par rapport à la moyenne des 10 dernières années²⁶.

L'augmentation des prix des minéraux métalliques s'est traduite par une augmentation de la valeur de la production minière au Québec²⁷. Dans un tel contexte, les redevances perçues par le gouvernement en vertu du régime des droits miniers auraient dû augmenter en conséquence. En effet, un régime de droits miniers fondés sur les profits annuels devrait permettre de percevoir des redevances accrues lors d'une hausse de la valeur des minéraux ou des volumes extraits²⁸.

²⁴ *Id.*

²⁵ *Id.*

²⁶ D'après les statistiques diffusées par le ministère des Ressources naturelles et de la Faune (www.mrn.gouv.qc.ca), le prix du zinc en 2010 était de 1,00 \$ la livre alors que la moyenne des 10 années précédentes est d'environ 0,95 \$. Le prix de la livre de nickel en 2010 se situait à 10,04 \$ alors que la moyenne des 10 années précédentes est de 9,23 \$. Le prix du cuivre en 2010 était de 3,42 \$ la livre alors que la moyenne des 10 années précédentes est de 2,25 \$. Les prix sont exprimés en dollars de 2009.

²⁷ ASSOCIATION MINIÈRE DU QUÉBEC, *Rapport annuel 2009-2010*, Québec, Association minière du Québec, 2010, p. 5.

²⁸ QUÉBEC, ministère des Finances, *Communiqué de presse*, « Les Québécois plus riches grâce au nouveau régime de redevances », 3 juin 2011.

1.2.2. Rentabilité insuffisante du régime des droits miniers

Alors que le Vérificateur général du Québec fait état d'une augmentation de 61 % de la valeur de la production de minéraux métalliques²⁹, il dresse un portrait beaucoup plus critique du régime des droits miniers :

« Selon les informations compilées par le ministère, un grand nombre [de sociétés minières] n'ont pas eu à verser de droits miniers. Pour la période allant de 2002 à 2008, 14 entreprises n'ont versé aucun droit minier alors qu'elles cumulaient des valeurs brutes de production annuelle relative aux minerais métalliques de 4,2 milliards de dollars. Quant aux autres entreprises, [...] elles ont versé pour la même période 259 millions de dollars, soit 1,5 p. cent de la valeur brute de production annuelle déclarée par l'ensemble des entreprises³⁰. »

Le tableau suivant illustre l'évolution des droits miniers perçus entre 2002 et 2008³¹ :

Tableau 2 – Droits miniers versés par les entreprises productrices de minerais métalliques³²

Droits miniers versés par les entreprises productrices de minerais métalliques au 31 mars

	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	Total
Nombre d'entreprises*	16	18	20	20	18	16	14	–
Nombre d'entreprises ayant payé des droits miniers	7	8	9	12	7	3	3	–
Valeur brute de la production annuelle (VBPA)** (en millions de dollars)	2 358	2 445	2 295	2 102	2 659	2 262	2 996	17 117
Droits miniers versés (en millions de dollars)	20	19	9	25	45	49	92	259
Ratio droits miniers versés / VBPA (en %)	0,8	0,8	0,4	1,2	1,7	2,2	3,1	1,5

* Certaines entreprises possèdent plus d'une mine et d'autres n'ont eu aucune production annuelle, ce qui explique l'écart par rapport au nombre de mines en exploitation.

** Il s'agit de la valeur déclarée par les entreprises qui sert à établir le profit minier à partir duquel sont calculés les droits miniers exigibles.

Source : MRNF.

²⁹ QUÉBEC, Vérificateur général du Québec, *Rapport du Vérificateur général du Québec à l'Assemblée nationale pour l'année 2008-2009*, tome II, ch. 2, p. 9.

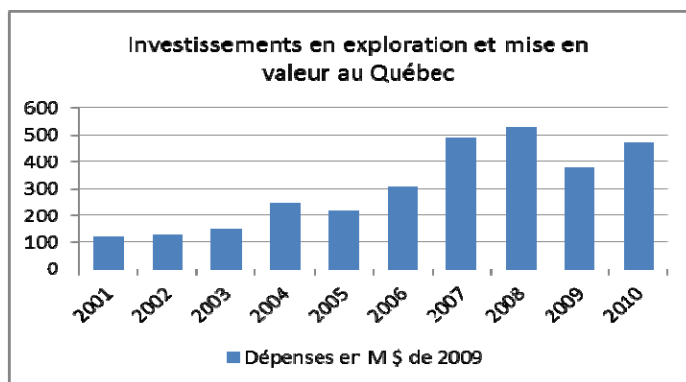
³⁰ *Id.*, p. 14.

³¹ *Id.*, p. 15.

³² D'après les données publiées dans QUÉBEC, Vérificateur général du Québec, précité, note 29, p. 15. Nous tenons à souligner que les données présentées dans le communiqué du gouvernement du Québec daté du 15 septembre 2011 ne corroborent pas parfaitement les données avancées par le Vérificateur général dans son rapport 2008-2009, données qui sont présentées à la section 1.2.2. ci-après. L'écart le plus significatif concerne l'année 2008. Or, cet écart est probablement dû au fait que les travaux du Vérificateur général se sont déroulés de janvier à septembre 2008, de sorte que les données finales pour 2008 n'étaient pas encore disponibles. Les résultats pour l'année 2008 présentés dans le Tableau 3 sont donc basés sur des données préliminaires. Voir QUÉBEC, ministère des Finances, précité, note 7.

On remarque que le ratio des droits miniers perçus sur la valeur brute de production annuelle diminue entre 2002 et 2004. Toutefois, le tableau ci-dessous fait état, pour la même période, d'une augmentation constante des investissements en exploration et mise en valeur au Québec.

Tableau 3 – Investissements en exploration et mise en valeur au Québec³³



Le tableau ci-dessus illustre la relation directe qui existe entre la hausse du prix de métaux et les investissements en exploration et mise en valeur. Comme le CDRP est fonction des investissements au titre de frais d'exploration et de mise en valeur, l'augmentation des droits miniers perçus en période de hausse du prix des métaux est tempérée par l'augmentation des CDRP remboursés. Ainsi, l'incidence du CDRP sur le montant des droits miniers perçus est majeure :

Tableau 4 – Droits miniers perçus et CDRP remboursés de 2003 à 2008³⁴

	2003	2004	2005	2006	2007	2008
CDRP remboursés	9,8	12,6	13,7	18,5	12,5	20,9
Montants des droits miniers perçus	24,8	10,2	26,4	48,4	52,1	93,9

³³ Tableau conçu d'après les données diffusées par le ministère des Ressources naturelles et de la Faune sur son site Internet (www.mrn.gouv.qc.ca).

³⁴ QUÉBEC, Vérificateur général du Québec, précité, note 29, p. 15.

En 2004, le montant de CDRP remboursés est plus élevé que les montants des droits miniers perçus, et ce, malgré une conjoncture favorable à l'industrie minière.

1.2.3. Nécessité d'une juste compensation pour l'utilisation d'une ressource non renouvelable appartenant au domaine public

L'État, agissant à titre de fiduciaire des ressources naturelles appartenant au domaine public, se doit de percevoir une juste compensation en retour des ressources non renouvelables extraites par les sociétés minières, tout en conservant un contexte fiscal favorable à l'exploration et l'exploitation minière. C'est dans le but de percevoir cette juste compensation que le gouvernement a procédé à une réforme du régime des droits miniers. À cet effet, le ministre des Finances, M. Raymond Bachand, a déclaré ce qui suit dans un communiqué diffusé le 3 juin 2011 : « Le nouveau régime de droits miniers que le Québec s'est donné, l'un des plus exigeants au Canada, fait en sorte que nous tirerons désormais le maximum de nos ressources naturelles, tout en maintenant une fiscalité compétitive³⁵. » Selon les prévisions budgétaires, Québec percevra 1,4 G\$ en redevances minières entre 2010-2011 et 2014-2015, soit le double de ce qui avait été initialement envisagé lors de la réforme et quatre fois plus qu'en vertu du régime en vigueur avant le 30 mars 2010³⁶.

1.3. CONTEXTE POLITIQUE

1.3.1. Stratégie minérale du Québec

Dans son rapport présenté à l'Assemblée nationale pour l'année 2008-2009, le Vérificateur général du Québec recommandait au ministère des Ressources naturelles et de la Faune (« MRNF ») de « mener à terme l'élaboration d'une stratégie minérale »³⁷. Plus précisément, le rapport recommandait de « réévaluer les droits miniers dans le but de s'assurer qu'ils

³⁵ QUÉBEC, ministère des Finances, précité, note 28.

³⁶ QUÉBEC, ministère des Finances, *Communiqué de presse*, « Le Plan Nord : des bénéfices pour tous les Québécois », 11 mai 2011. Selon le tableau « Impacts financiers – Revenus de droits miniers additionnels » accompagnant le communiqué, les prévisions lors de la révision du régime des droits miniers étaient que la réforme permettrait de percevoir 570 M\$ alors que le régime qui était en vigueur ne permettait de percevoir que 327 M\$.

³⁷ QUÉBEC, Vérificateur général du Québec, précité, note 29, p. 19.

sont suffisants pour compenser l'épuisement des ressources extraites »³⁸. Ainsi, le MRNF s'est doté, dès 2009, d'une stratégie minière prévoyant, entre autres, une révision du régime des droits miniers :

« Le secteur minéral s'est transformé au cours des dernières années et le régime de redevances minières doit être adapté à cette nouvelle réalité. [...] Il convient également d'examiner le régime de redevances minières afin d'assurer au Québec une juste part des bénéfices provenant de l'exploitation de ses ressources naturelles non renouvelables³⁹. »

C'est donc à la suite de la révision annoncée dans la stratégie minière de 2009 qu'a eu lieu la réforme de 2010.

1.3.2. Dévoilement du Plan Nord

Il est intéressant de constater que la réforme du régime des droits miniers concorde avec l'annonce, par le gouvernement, de son Plan Nord le 9 mai 2011. Le Plan Nord consiste à développer le potentiel économique du Nord québécois, notamment par des investissements dans les infrastructures de transport. Le gouvernement prévoit que ces investissements auront pour conséquence d'encourager le développement de nouveaux projets miniers, projets qui permettront, selon les prévisions, de percevoir 3,1 G\$ en droits miniers sur la durée du Plan Nord⁴⁰. Un projet aussi ambitieux est venu renforcer la nécessité d'une révision du régime des droits miniers.

1.3.3. Objectifs de la réforme

La réforme de 2010 est axée sur quatre objectifs : améliorer la rentabilité du régime des droits miniers, simplifier l'application du régime et réduire le fardeau administratif des entreprises et de l'État, stimuler le développement minier dans le Nord québécois et, enfin, adapter le régime en vue de l'exploitation du diamant⁴¹. Les modifications décrites dans le présent texte ainsi que les conséquences en ce qui concerne le CDRP auront un effet direct sur le premier objectif, soit la rentabilité du régime. En effet, plusieurs

³⁸ *Id.*, p. 16.

³⁹ QUÉBEC, ministère des Ressources naturelles et de la Faune, *Préparer l'avenir du secteur minéral québécois*, 2009.

⁴⁰ QUÉBEC, ministère des Finances, précité, note 36.

⁴¹ QUÉBEC, ministère des Ressources naturelles et de la Faune, « Présentation sur le régime de droits miniers du Québec à l'Association minière du Québec », Direction de l'imposition minière, 26 janvier 2011.

modifications apportées au régime des droits miniers ont pour conséquence de réduire le montant du CDRP auquel un exploitant a droit, de façon à réduire le coût pour l'État associé au CDRP.

2. MODIFICATIONS AU CALCUL DU PROFIT ANNUEL OU DE LA PERTE ANNUELLE

2.1. INTRODUCTION DES NOTIONS D'« EXPLOITANT » ET D'« EXPLOITANT ADMISSIBLE »

Pour bien comprendre les différentes modifications apportées au régime des droits miniers, il importe de bien distinguer les notions d'« exploitant » et d'« exploitant admissible » introduites lors de la réforme de 2010. L'article 1 L.I.M. prévoit les définitions suivantes :

« «exploitant» : une personne ou une société, à l'exception d'une société en participation, qui effectue des travaux d'exploitation minière, soit seule ou avec d'autres, soit par l'intermédiaire d'un mandataire, sur un terrain situé au Québec ou dans une mine dont elle est la propriétaire, la locataire ou l'occupante⁴². »

« «exploitant admissible» pour un exercice financier : un exploitant qui remplit les conditions suivantes :

1° à la fin de l'exercice financier, il n'exploite aucune substance minérale en quantité commerciale raisonnable;

2° au cours de l'exercice financier, il n'est pas associé à une entité qui exploite une substance minérale en quantité commerciale raisonnable au cours de l'exercice financier⁴³. » (Notre soulignement)

Les travaux d'exploitation minière comprennent l'ensemble des travaux liés aux différentes phases du développement minéral, notamment l'exploration, la mise en valeur du gisement, l'aménagement minier, l'extraction du minerai, le traitement du minerai et la restauration du site minier.

Dans les définitions précédentes, on remarque que la distinction entre l'exploitant et l'exploitant admissible se situe au regard de la production en quantité commerciale raisonnable d'une substance minérale. Le concept de début de la production en quantité commerciale raisonnable n'est pas défini

⁴² Art. 1 « exploitant » L.I.M.

⁴³ Art. 1 « exploitant admissible » L.I.M.

dans la *Loi sur l'impôt minier*. Cependant, ce concept existe déjà au niveau de l'impôt sur le revenu fédéral et la politique administrative de l'Agence du revenu du Canada (« ARC ») prévoit que le début de la production en quantité commerciale raisonnable a lieu le premier jour de la période de trois mois au cours de laquelle le moulin a fonctionné de façon constante à 60 % de sa capacité théorique⁴⁴. Cette politique découle du jugement *Newfoundland Minerals Limited c. MRN*⁴⁵ de la Commission d'appel de l'impôt. Le MRNF a annoncé son intention de s'harmoniser avec les autres lois fiscales, notamment en appliquant des concepts élaborés dans la jurisprudence et la politique administrative du fédéral :

« Lorsqu'elles soulèvent des questions d'interprétation, les décisions de la Direction de l'imposition minière pourraient différer de celles du fédéral. Cependant, on devrait normalement assister à une harmonisation des décisions entre les différents paliers de gouvernement⁴⁶. » (Notre soulignement)

Bref, la notion d'exploitant admissible vise à isoler les sociétés dites d'exploration (ou *juniors*), qui sont nécessairement à perte, des sociétés au stade de l'exploitation qui sont, quant à elles, susceptibles de générer des profits, afin de leur permettre de bénéficier de mesures plus favorables.

La qualification en tant qu'exploitant ou exploitant admissible est cruciale : les calculs du bénéfice annuel, du profit annuel (ou perte annuelle) et du CDRP varient tous selon le statut de la société. Par exemple, l'exploitant admissible peut profiter d'une allocation pour exploration couvrant 100 % des frais d'exploration, alors que cette même allocation est limitée à 10 % du profit annuel pour un exploitant autre qu'un exploitant admissible.

2.2. NOTIONS DE « BÉNÉFICE ANNUEL » ET DE « PROFIT ANNUEL »

Avant la réforme de 2010, un exploitant devait payer des droits miniers sur la base de son profit annuel. Le profit annuel était calculé de la même façon pour toutes les sociétés effectuant des travaux d'exploitation minière :

⁴⁴ *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.) et mod. (« L.I.R. »), par. 66.1(6) « frais d'exploration au Canada »; QUÉBEC, ministère des Ressources naturelles et de la Faune, « Présentation sur le régime de droits miniers du Québec de l'Association minière du Québec », Direction de l'imposition, 26 janvier 2011.

⁴⁵ [1969] Tax A.B.C. 436.

⁴⁶ QUÉBEC, ministère des Ressources naturelles et de la Faune, précité, note 41.

« [...] Sommairement, un exploitant établit son profit annuel en soustrayant de la valeur brute de sa production annuelle (qu'elle provienne d'une ou de plusieurs mines), l'ensemble des déductions et allocations prévues par le régime des droits miniers (qu'elles soient relatives à une ou plusieurs mines) [...]»⁴⁷. »

Lorsque le profit annuel de l'exploitant était négatif, on parlait alors de la perte annuelle, laquelle pouvait donner droit à un CDRP lorsqu'elle était attribuable à des frais d'exploration, de mise en valeur et d'aménagement minier.

La réforme de 2010 innove en introduisant la notion de bénéfice annuel. Le bénéfice annuel correspond sommairement à l'excédent des revenus de l'exploitation minière (valeur brute de la production annuelle, récupération d'amortissement, aide gouvernementale) sur l'ensemble formé des dépenses d'exploitation, de certaines allocations (allocation pour amortissement, allocation pour aménagement et mise en valeur après production, allocation pour traitement et allocation additionnelle pour une mine située dans le Nord québécois) et de la perte finale sur disposition d'un actif amortissable, s'il y a lieu. Le calcul du bénéfice annuel diffère selon le statut de l'exploitant :

Calcul simplifié du bénéfice annuel d'un exploitant non admissible

(Note : Ce calcul doit être effectué distinctement pour chaque mine de l'exploitant)

Valeur brute de la production annuelle attribuable à une mine

- + Récupération d'amortissement attribuable à cette mine
- + Montant reçu d'une fiducie pour l'environnement relativement à cette mine
- Dépenses attribuables à l'exploitation de cette mine
- Allocation pour amortissement attribuable à cette mine
- Allocation pour aménagement et mise en valeur après production attribuable à cette mine

⁴⁷ QUÉBEC, ministère des Finances, précité, note 4, p. A.31.

- Allocation pour traitement attribuable à cette mine
 - Perte finale sur disposition d'un actif amortissable raisonnablement attribuable à cette mine
 - Allocation additionnelle pour une mine nordique raisonnablement attribuable à cette mine
 - Allocation additionnelle pour une mine située dans le Nord québécois à l'égard de cette mine
 - Montants versés à une fiducie pour l'environnement
- = **Bénéfice annuel** (positif ou zéro)

Calcul simplifié du bénéfice annuel d'un exploitant admissible

(Note : Un exploitant admissible est réputé exploiter une seule mine)

Valeur brute de la production annuelle (dans le cas où une mine entre en production dans l'exercice sans atteindre le stade de la production en quantité commerciale raisonnable)

- + Récupération d'amortissement
 - + Montant reçu d'une fiducie pour l'environnement
 - Dépenses d'exploitation
 - Allocation pour amortissement
 - Perte finale sur disposition d'un actif amortissable
 - Montants versés à une fiducie pour l'environnement
- = **Bénéfice annuel** (positif ou négatif)

Une fois le bénéfice annuel déterminé, on peut calculer le profit annuel en soustrayant de l'ensemble des bénéfices annuels provenant de chaque mine les dépenses de recherche scientifique et de développement

expérimental, les dons faits au Québec (dans le cas d'un exploitant admissible, le montant des dons pouvant être déduit est limité au montant du bénéfice annuel), l'allocation pour exploration, les dépenses générales et administratives reliées à des travaux d'exploration et l'allocation pour aménagement et mise en valeur avant production. Le profit annuel est ensuite multiplié par le taux d'imposition général des droits miniers pour obtenir le montant de droits miniers payables.

Dans son Budget du 30 mars 2010, le ministre des Finances du Québec a déclaré que « [l]e taux d'imposition actuel de 12 % est insuffisant pour permettre une juste compensation pour l'utilisation d'une ressource non renouvelable appartenant au domaine public. Il sera donc augmenté progressivement pour atteindre 16 % le 1^{er} janvier 2012 »⁴⁸. Le tableau suivant illustre la progression du taux d'imposition des droits miniers :

Tableau 5 – Taux d'imposition du régime de droits miniers⁴⁹

(en pourcentage)

	2010 jusqu'au budget	2010 après le budget	2011	2012
Taux d'imposition du régime de droits miniers	12	14	15	16

Le bénéfice d'un exploitant non admissible ne peut pas être négatif⁵⁰. Ainsi, les dépenses et allocations qui entrent dans le calcul du bénéfice annuel ne peuvent plus augmenter la perte annuelle : la perte annuelle ne comprend désormais que les dépenses et allocations qui figurent dans le calcul du profit annuel. Prenons l'exemple d'un exploitant non admissible qui réalise une perte de 2 M\$ à l'égard d'une première mine et qui réalise un profit de 1 M\$ à l'égard d'une deuxième mine. De plus, cet exploitant engage des frais d'aménagement de 2,5 M\$ en vue d'amener une troisième mine au stade de la production en quantité commerciale raisonnable :

⁴⁸ QUÉBEC, ministère des Finances, précité, note 4, p. A.33.

⁴⁹ *Id.*

⁵⁰ Art. 4.3 L.I.M.

Régime antérieur		Nouveau régime	
		Bénéfice annuel:	
Mine 1 (perte de 2 M\$)	(2 000 000)	Mine 1 (perte de 2 M\$)	0
Mine 2 (profit de 1 M\$)	1 000 000	Mine 2 (profit de 1 M\$)	1 000 000
Allocation pour exploration, mise en valeur et aménagement minier	(2 500 000)	Allocation pour aménagement et mise en valeur avant production	(2 500 000)
Perte annuelle	(3 500 000)	Perte annuelle	(1 500 000)
Montant admissible au CDRP :		Montant admissible au CDRP :	
le moindre de		le moindre de	
— Perte annuelle ajustée	3 500 000	— Perte annuelle ajustée	1 500 000
— Allocation pour exploration, mise en valeur et aménagement minier	2 500 000	— Allocation pour aménagement et mise en valeur avant production	2 500 000
	2 500 000		1 500 000

2.3. INTRODUCTION DE L'APPROCHE « MINE PAR MINE »

Un des changements majeurs apportés par la réforme est l'introduction de l'approche mine par mine. Il s'agit en fait de calculer le bénéfice annuel séparément pour chacune des mines d'un exploitant non admissible⁵¹. Or, comme le bénéfice annuel d'un exploitant non admissible est réputé nul lorsque négatif⁵², l'approche mine par mine fait en sorte que la perte réalisée à l'égard d'une mine ne réduise pas le bénéfice annuel d'une mine rentable de l'exploitant :

« Cette façon d'établir le profit annuel d'un exploitant [sans l'approche mine par mine], pour un exercice financier, peut permettre à celui qui exploite plus d'une mine de payer des droits miniers très faibles, voire nuls, et ce, malgré le

⁵¹ Un exploitant admissible est quant à lui réputé exploiter une seule mine en vertu du paragraphe 1 du cinquième alinéa de l'article 8 L.I.M.

⁵² *Supra*, note 50.

fait que la valeur de la ressource à la tête du puits de l'une de ses mines est importante. Cette situation peut se produire notamment lorsque l'exploitant doit engager des dépenses substantielles à l'égard de l'une de ses mines, soit des dépenses qui excèdent largement les revenus générés par cette mine⁵³. »

Lorsqu'on considère que le bénéfice annuel négatif d'un exploitant non admissible est réputé égal à zéro (donc que cette perte ne peut pas réduire le bénéfice d'une autre mine rentable) et qu'aucun mécanisme ne permet le report de perte, on constate que le législateur a voulu décourager l'extraction des ressources naturelles à perte. En effet, non seulement l'exploitant réalise une perte « sèche », mais du même coup il fait bondir son taux d'imposition effectif au-dessus du taux fixe des droits miniers :

Régime antérieur		Nouveau régime	
		Bénéfice annuel :	
Mine 1 (perte de 2 M\$)	(2 000 000)	Mine 1 (perte de 2 M\$)	0
Mine 2 (bénéfice de 5 M\$)	5 000 000	Mine 2 (bénéfice de 5 M\$)	5 000 000
Profit annuel	3 000 000	Profit annuel	5 000 000
Taux d'imposition	12 %	Taux d'imposition	16 %
Droits miniers payables	360 000	Droits miniers payables	800 000
Taux d'imposition effectif	12 %	Taux d'imposition effectif	26,67 %

L'incidence de l'approche mine par mine est majeure : en conservant les mêmes revenus et dépenses, un exploitant peut passer d'une situation de remboursement à une situation où des droits miniers sont payables, tel que l'illustre l'exemple ci-dessous :

⁵³ QUÉBEC, ministère des Finances, précité, note 4, p. A.52.

Régime antérieur		Nouveau régime	
		Bénéfice annuel :	
Mine 1 (perte de 2 M\$)	(2 000 000)	Mine 1 (perte de 2 M\$)	0
Mine 2 (bénéfice de 5 M\$)	5 000 000	Mine 2 (bénéfice de 5 M\$)	5 000 000
Allocation pour exploration	4 000 000	Allocation pour aménagement et mise en valeur avant production	(4 000 000)
Perte annuelle	(1 000 000)	Profit annuel	1 000 000
Taux d'imposition	12 %	Taux d'imposition	16 %
CDRP	(120 000)	Droits miniers payables	160 000

3. MODIFICATIONS À CERTAINES ALLOCATIONS

3.1. RÉDUCTION DU TAUX DE L'ALLOCATION POUR AMORTISSEMENT

3.1.1. Création d'une nouvelle catégorie de biens amortissables

Afin de mieux refléter la durée de vie utile des biens, la réforme de 2010 prévoit que le taux de l'allocation pour amortissement sera réduit, passant de 100 % à 30 % sur un solde dégressif⁵⁴. Pour ce faire, une nouvelle catégorie – la quatrième catégorie – sera créée. Ainsi, les biens « régulièrement utilisés dans l'exploitation minière »⁵⁵ sont désormais classés ainsi :

⁵⁴ Art. 10.1 L.D.M.; art. 10.1.1 L.I.M.

⁵⁵ Pour les biens des catégories 1 et 2, le critère d'utilisation est « effectivement utilisé dans l'exploitation minière » (notre soulignement); art. 9 L.I.M.

Tableau 6 – Catégories de biens amortissables

Catégorie 1	Un chemin, un bâtiment ou du matériel acheté avant le 1 ^{er} avril 1975.	15 %, méthode linéaire
Catégorie 2	Un chemin, un bâtiment ou du matériel acheté après le 31 mars 1975 et avant le 13 mai 1994.	30 %, méthode linéaire
Catégorie 3	Un chemin, un bâtiment, du matériel ou un bien de service acquis après le 12 mai 1994 et avant le 31 mars 2010 ou un tel bien acquis après le 30 mars 2010 et au plus tard le 30 mars 2011 si le bien est acquis conformément à une obligation écrite contractée au plus tard le 30 mars 2010 ou si la construction du bien est commencée le 30 mars 2010.	100 %, méthode linéaire
Catégorie 4	Un chemin, un bâtiment ou un bien de service acquis après le 30 mars 2010 et qui n'est pas un bien de la catégorie 3 ⁵⁶ .	30 %, méthode du solde dégressif

De toute évidence, la réduction du taux diminue substantiellement l'allocation pour amortissement qu'un exploitant peut réclamer. De plus, l'adoption de la méthode du solde dégressif a également pour effet de réduire le montant de l'allocation pour amortissement. L'amortissement d'un bien de 100 000 \$, par exemple, nécessitera désormais 13 ans avant que la partie non amortie du coût en capital (« PNACC ») ne tombe sous la barre des 1 000 \$:

	Régime antérieur (100 % linéaire)		Régime actuel (30 % dégressif)	
	Amortissement	PNACC	Amortissement	PNACC
An 1	100 000	0	30 000	70 000
An 2	0	0	21 000	49 000
An 3	0	0	14 700	34 300
An 4	0	0	10 290	24 010
An 5	0	0	7 203	16 807
An 6	0	0	5 042	11 765
An 7	0	0	3 529	8 235
An 8	0	0	2 471	5 765
An 9	0	0	1 729	4 035
An 10	0	0	1 211	2 825
An 11	0	0	847	1 977
An 12	0	0	593	1 384
An 13	0	0	415	969

⁵⁶ Contrairement aux catégories 1, 2 et 3, la catégorie 4 ne mentionne pas l'expression « du matériel ». Aucun commentaire n'a été formulé par le législateur concernant le choix de ne pas inclure cette expression de la définition des biens de catégorie 4.

Cette réduction de l'allocation pour amortissement pourrait avoir des effets très néfastes pour certains exploitants. En effet, si la mine devait fermer après la cinquième année d'exploitation, par exemple en raison d'une baisse du prix des métaux, le bien de 100 000 \$ acquis lors de la première année d'exploitation ne serait jamais complètement amorti : la PNACC étant alors de 16 807 \$, environ 16,8 % du coût en capital risque d'être perdu puisque, si le cours des métaux est à la baisse, on peut penser que la demande en équipement minier reflétera cette baisse. La PNACC au moment de la fermeture pourrait même être plus élevée dans l'éventualité où les bénéfices des années précédentes ne permettraient pas de réclamer le maximum d'amortissement permis. Quant à la perte finale réalisée, elle viendra réduire le bénéfice annuel, mais comme celui-ci ne peut être négatif pour un exploitant non admissible, la perte finale ne sera d'aucune utilité.

L'allocation pour amortissement étant discrétionnaire, le report prospectif de l'amortissement au taux de 100 % pourrait conférer un avantage aux sociétés ayant des biens de catégorie 3 non complètement amortis. Pour éviter cette situation, le législateur a prévu que la PNACC des biens de catégories 1, 2 et 3 devra être nulle avant de pouvoir commencer à amortir les biens de catégorie 4⁵⁷. La réforme prévoit également que l'allocation pour amortissement est dorénavant limitée à ce qui est « raisonnablement attribuable à l'exploitation de la mine »⁵⁸.

L'allocation pour amortissement ne peut pas créer une perte donnant droit au CDRP. En effet, l'allocation pour amortissement entre dans le calcul du bénéfice annuel, lequel ne peut pas être négatif pour un exploitant non admissible. Bien que la *Loi sur l'impôt minier* permette à un exploitant de prendre une allocation pour amortissement créant une perte, il n'y a que des désavantages à prendre une telle allocation pour amortissement : la perte ainsi créée ne peut être ni appliquée à l'encontre du revenu d'une autre mine, puisque le bénéfice annuel se calcule à l'égard de chaque mine et le solde négatif est réputé être égal à zéro, ni reportée de façon rétroactive ou prospective⁵⁹. De plus, l'amortissement créant une perte réduit inutilement la PNACC de la catégorie et pourrait entraîner une récupération d'amortissement lors de la vente du dernier bien de la catégorie⁶⁰.

⁵⁷ Art. 10.1.1 (2^e al.) L.I.M.

⁵⁸ Art. 10 L.I.M.

⁵⁹ La *Loi sur l'impôt minier* ne prévoit aucun mécanisme de report de pertes, contrairement à la *Loi sur les impôts* et la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Un exploitant non admissible qui réalise un bénéfice annuel négatif subit donc une perte « sèche ».

⁶⁰ Art. 10.3 L.I.M.

L'allocation pour amortissement étant discrétionnaire, l'exploitant non admissible a tout intérêt à éviter de créer une perte avec cette allocation.

La situation d'un exploitant admissible est similaire à celle de l'exploitant non admissible : comme le CDRP est limité aux frais d'exploration et aux frais d'aménagement et de mise en valeur avant production, il n'y a aucun avantage à réaliser un bénéfice annuel négatif avec l'allocation pour amortissement bien que cela soit possible.

3.2. MODIFICATION DES PARAMÈTRES DE L'ALLOCATION POUR TRAITEMENT

3.2.1. Réduction des taux de rendement sur les éléments d'actif utilisés dans le traitement du minerai

Comme le régime des droits miniers vise à compenser l'État pour les ressources non renouvelables extraites du sous-sol québécois, l'assiette des droits miniers doit se limiter aux profits liés à la valeur du minerai extrait, communément appelée valeur « à la tête du puits ». Or, le calcul du bénéfice annuel d'un exploitant prend en compte la valeur ajoutée au-delà de la tête du puits par le traitement du minerai. Pour cette raison, une allocation pour traitement est soustraite du bénéfice annuel. Cette allocation est une estimation, basée sur les éléments d'actif de l'exploitant utilisés dans les activités de traitement et sur le profit annuel, visant à refléter la portion du bénéfice annuel attribuable aux activités de traitement.

Les activités de traitement sont définies sous « traitement » à l'article 1 L.I.M. et comprennent notamment la concentration, la fonte et l'affinage. Ces derniers termes sont également définis à l'article 1 L.I.M., de même que l'expression « élément d'actif utilisé dans le traitement ».

Dans un premier temps, l'allocation pour traitement est calculée en fonction de taux de rendement sur le coût en capital de chaque élément d'actif utilisé dans des activités de traitement au cours de l'exercice financier. De plus, l'exploitant doit être propriétaire des éléments d'actif en question à la fin de l'exercice. Avant la réforme de 2010, les taux de rendement étaient les suivants :

- Exploitant qui n'effectue ni fonte ni affinage (ex. : concentration seulement) 8 %
- Exploitant qui effectue de la fonte ou de l'affinage de minerai provenant d'une mine d'or ou d'argent uniquement 8 %
- Exploitant qui effectue de la fonte ou de l'affinage de minerai provenant d'une mine autre qu'une mine d'or ou d'argent 15 %
- Exploitant qui effectue de la fonte ou de l'affinage de minerai provenant d'une mine autre qu'une mine d'or ou d'argent, mais à l'égard des éléments d'actif utilisés dans la concentration de minerai qui n'est ni fondu ni affiné par cet exploitant 8 %

Jugés trop élevés, ces taux de rendement ont été revus à la baisse dans le cadre de la réforme⁶¹ :

- Exploitant qui n'effectue ni fonte ni affinage (ex. : concentration seulement) 7 %
- Exploitant qui effectue de la fonte ou de l'affinage de minerai provenant d'une mine d'or ou d'argent uniquement 7 %
- Exploitant qui effectue de la fonte ou de l'affinage de minerai provenant d'une mine autre qu'une mine d'or ou d'argent 13 %
- Exploitant qui effectue de la fonte ou de l'affinage de minerai provenant d'une mine autre qu'une mine d'or ou d'argent, mais à l'égard des éléments d'actif utilisés dans la concentration de minerai qui n'est ni fondu ni affiné par cet exploitant 7 %

Tout comme pour l'allocation pour amortissement, l'allocation pour traitement est déduite dans le calcul du bénéfice annuel. La modification des taux de rendement de l'allocation pour traitement a également des répercussions sur la perte annuelle ajustée. En effet, la perte annuelle ajustée est la perte annuelle réduite de la portion de cette perte attribuable aux activités de traitement, c'est-à-dire attribuable à l'allocation pour traitement. Le but du CDRP étant de rembourser à un exploitant à perte la valeur de certains investissements effectués dans le but de réaliser un profit sur le minerai à la tête du puits (donc dans le but de réaliser un revenu assujéti aux droits miniers), il est nécessaire de réduire la perte annuelle sur laquelle est calculé le CDRP de la portion de cette perte attribuable aux activités de traitement, activités dont les profits ne sont pas assujettis aux droits miniers.

Pour un exploitant admissible, les modifications apportées à l'allocation pour traitement sont sans conséquence puisque, par définition, un exploitant admissible n'effectue, en pratique, pas d'activités de traitement.

⁶¹ QUÉBEC, ministère des Finances, précité, note 4; art. 21 L.I.M.

3.2.2. Abolition des taux de rendement majorés sur les éléments d'actif utilisés dans le traitement des résidus miniers

Auparavant, les taux de rendement de 8 % et 15 % servant à déterminer l'allocation pour traitement pouvaient bénéficier d'une majoration lorsque l'élément d'actif utilisé dans le traitement était utilisé exclusivement dans le traitement de résidus miniers au Québec. Cette majoration, applicable aux biens acquis neufs après le 31 mars 1998, faisait grimper les taux de 8 % et 15 % à 23 % et 30 % respectivement⁶². La majoration des taux de rendement a été abolie par la réforme de 2010.

3.2.3. Réduction de la limite basée sur le profit annuel

L'allocation pour traitement est calculée, dans un second temps, en fonction du profit annuel d'un exploitant. En fait, le montant maximum qu'un exploitant peut réclamer à titre d'allocation pour traitement est limité à un pourcentage de son profit annuel déterminé sans tenir compte de l'allocation pour traitement et de l'allocation additionnelle pour une mine nordique. Cette limite, qui était de 65 % du profit annuel avant la réforme, est maintenant fixée à 55 % du bénéfice annuel déterminé sans tenir compte de l'allocation pour traitement, de l'allocation supplémentaire pour amortissement relativement à une usine de traitement, de l'allocation additionnelle pour une mine nordique et de l'allocation additionnelle pour une mine située dans le Nord québécois. Le calcul de la perte annuelle ajustée prévoit également une limite basée sur le montant de la perte annuelle. Cette limite a été réduite dans la même proportion que celle de l'allocation pour amortissement, soit de 65 % à 55 %. Donc, un exploitant qui déduit une allocation pour traitement équivalant à 55 % de son bénéfice annuel voit son profit ou sa perte annuelle réduite d'autant lors du calcul de son profit ou de sa perte annuelle ajustée.

⁶² Art. 21 L.D.M.

3.3. MODIFICATION DE L'ALLOCATION ADDITIONNELLE POUR UNE MINE NORDIQUE

3.3.1. Élargissement de la portée géographique de l'allocation

L'allocation additionnelle pour une mine nordique a été introduite en 1995 « afin de tenir compte des coûts relativement élevés inhérents à la mise en production d'un site minier dans les régions nordiques du Québec »⁶³. En vertu du régime antérieur, un exploitant pouvait bénéficier, dans le calcul de son profit annuel pour les 10 premiers exercices financiers de l'exploitation d'une mine nordique, d'une allocation établie en fonction du coût en capital de chaque élément d'actif de l'exploitant situé au Québec et **utilisé dans le traitement du minerai** provenant de la mine nordique. Une mine nordique était définie comme étant une mine située au nord du 55^e degré de latitude Nord. Sommairement, le montant de l'allocation représentait 20 % du coût en capital des actifs admissibles, jusqu'à concurrence du profit annuel.

La réforme de 2010 a remplacé l'allocation additionnelle pour une mine nordique par l'allocation additionnelle pour une mine située dans le Nord québécois. L'allocation additionnelle pour une mine nordique continuera de s'appliquer à une mine dont le traitement du minerai a commencé au plus tard le 30 mars 2010, alors que l'allocation additionnelle pour une mine située dans le Nord québécois s'applique à une mine qui entre en production en quantité commerciale raisonnable après le 30 mars 2010. L'allocation additionnelle pour une mine située dans le Nord a une portée géographique plus étendue que sa prédécesseure :

« Cette allocation couvrira, en plus du Grand Nord, le Moyen Nord, soit un territoire plus vaste que celui visé par l'actuelle allocation [additionnelle pour une mine nordique].

Pour l'application de cette allocation additionnelle pour une mine située dans le Nord québécois :

- le Moyen Nord désignera :
 - le territoire compris entre 50° 30' de latitude Nord et 55° de latitude Nord et limité à l'est par le front de Grenville;

⁶³ QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 1995-1996, Discours sur le Budget et Renseignements supplémentaires*, 9 mai 1995, Annexe A, p. 60.

- la partie du territoire de la Côte-Nord située entre 59° de longitude Ouest et 66° de longitude Ouest;
- le Grand Nord désignera le territoire situé au nord de 55° de latitude Nord⁶⁴. »

L'élargissement de la portée géographique permet donc à un plus grand nombre d'exploitants de bénéficier de cette allocation et favorise l'établissement de nouvelles mines dans le Moyen Nord.

3.3.2. Période d'admissibilité

Alors que l'allocation additionnelle pour une mine nordique s'étendait aux 10 premiers exercices financiers où s'effectuait le traitement du minerai de la mine en question, l'allocation additionnelle pour une mine située dans le Nord québécois ne couvre que la période qui débute à la date où la mine entre en production en quantité commerciale raisonnable et qui se termine 36 mois après cette date⁶⁵.

Trois changements sont apportés à la période d'admissibilité. Premièrement, la période d'admissibilité est réduite de 10 ans à 3 ans, ce qui limite la flexibilité de cette allocation dans le cas où la nouvelle mine ne serait pas rentable dès la première année. Deuxièmement, le point de départ n'est plus le début des activités de traitement, mais bien l'entrée en production en quantité commerciale raisonnable. La période d'admissibilité risque ainsi de commencer à courir plus tôt. Troisièmement, avec l'introduction des notions d'exploitant admissible et non admissible, l'allocation additionnelle pour une mine située dans le Nord québécois n'est offerte qu'aux exploitants non admissibles. Ce dernier changement demeure toutefois théorique étant donné que l'ancienne allocation nécessitait l'exploitation d'une mine et le traitement du minerai extrait de cette mine.

3.3.3. Montant de l'allocation

Le changement le plus substantiel apporté par l'allocation additionnelle pour une mine située dans le Nord québécois concerne la valeur de l'allocation. Le montant de l'allocation additionnelle pour une mine nordique qui pouvait être déduit par un exploitant était égal au moindre du profit annuel calculé avant cette allocation et du solde des dépenses cumulatives

⁶⁴ QUÉBEC, ministère des Finances, précité, note 4, p. A.37.

⁶⁵ Art. 26.1 (2^e al.) L.D.M.; par. 26.5 1^o L.I.M.

relatives à une mine nordique à la fin de l'exercice financier. Les dépenses cumulatives relatives à une mine nordique représentaient l'excédent de $166\frac{2}{3}\%$ du coût en capital des actifs utilisés dans le traitement du minerai d'une mine nordique sur l'ensemble des montants déduits antérieurement au titre de l'allocation additionnelle pour une mine nordique. Compte tenu du taux des droits miniers de 12 %, cette allocation permettait donc un congé de droits miniers de l'ordre de 20 % du coût en capital des actifs utilisés dans le traitement, pouvant être déduite sur une période de 10 ans. Or, l'allocation additionnelle pour une mine située dans le Nord québécois n'est pas établie en fonction du coût en capital de certains actifs admissibles, mais elle correspond plutôt à un montant fixe déterminé en fonction de l'emplacement géographique de la mine. Pour une mine située dans le Moyen Nord, le montant de l'allocation pouvant être déduit pendant la période d'admissibilité est de 2 M\$ et ce montant est porté à 5 M\$ pour une mine située dans le Grand Nord.

Compte tenu du taux des droits miniers de 16 % prévu par la réforme, l'allocation additionnelle pour une mine située dans le Nord québécois représentera un congé de droits miniers de 800 000 \$ pour une mine dans le Grand Nord ($16\% \times 5\,000\,000$) et de 320 000 \$ pour une mine située dans le Moyen Nord ($16\% \times 2\,000\,000$). Pour une mine située dans le Moyen Nord, la nouvelle allocation est avantageuse : cette dernière n'aurait eu droit à aucun montant en vertu de l'ancien régime. Toutefois, à l'égard d'une mine située dans le Grand Nord, la nouvelle allocation risque d'être moins avantageuse compte tenu du coût en capital élevé des installations de traitement dans cette région géographique.

L'allocation additionnelle pour une mine située dans le Nord québécois est déduite dans le calcul du bénéfice annuel et, rappelons-le, n'est offerte qu'à un exploitant non admissible.

4. MODIFICATIONS CONCERNANT LES FRAIS D'EXPLORATION, DE MISE EN VALEUR ET D'AMÉNAGEMENT MINIER

4.1. CRÉATION DE TROIS COMPTES CUMULATIFS

Le Budget du 30 mars 2010, qui reconnaît que « [l]es frais d'exploration, de mise en valeur et d'aménagement minier représentent des éléments importants dans le calcul du profit annuel d'un exploitant », a annoncé une révision en profondeur de l'ensemble de ces frais⁶⁶.

⁶⁶ QUÉBEC, ministère des Finances, précité, note 4, p. A.39.

Antérieurement à la réforme, tous ces frais alimentaient le compte de « frais cumulatifs d'exploration, de mise en valeur et d'aménagement minier »⁶⁷. Le solde de ce compte cumulatif à la fin d'un exercice pouvait être déduit, à la discrétion de l'exploitant, à titre d'allocation pour exploration, mise en valeur et aménagement minier⁶⁸. De façon sommaire, les frais d'exploration, de mise en valeur et d'aménagement minier comprenaient les frais suivants :

« Rappelons toutefois que les frais d'exploration visent les travaux qui sont effectués en surface pour la recherche et l'identification de substances minérales au Québec, jusqu'à ce qu'un amas minéralisé soit circonscrit; que les frais de mise en valeur visent les travaux, à l'exception des travaux qui font suite à une décision de mise en production du gisement, qui ont pour objet l'évaluation technique et économique d'un amas minéralisé en vue d'identifier un gisement situé au Québec et que les frais d'aménagement minier visent, quant à eux, certains travaux qui font suite aux travaux de mise en valeur et qui ont pour objet la mise en production d'un gisement situé au Québec⁶⁹. »

Par ailleurs, étaient notamment exclus du compte de « frais cumulatifs d'exploration, de mise en valeur et d'aménagement minier », le coût en capital d'un bien amortissable, les dépenses générales et administratives reliées aux travaux d'exploration, de mise en valeur et d'aménagement minier et le coût d'acquisition d'une propriété minière⁷⁰. Les frais relatifs à des travaux engagés après une décision de mise en production d'un gisement étaient déduits comme des dépenses courantes dans l'exercice financier au cours duquel ils étaient engagés.

En vertu de la réforme, les frais d'exploration, de mise en valeur et d'aménagement minier sont désormais répartis entre trois comptes cumulatifs nommés « frais cumulatifs d'exploration », « frais cumulatifs d'aménagement et de mise en valeur avant production » et « frais cumulatifs d'aménagement et de mise en valeur après production ».

4.1.1. Compte de frais cumulatifs d'exploration

Le nouveau compte de frais cumulatifs d'exploration comprend les dépenses visées à l'article 16.9 L.I.M. De façon sommaire, ce compte comprend les frais engagés avant le stade de l'aménagement et de la mise en

⁶⁷ Art. 16.1 L.D.M.

⁶⁸ Art. 16 L.D.M.

⁶⁹ C. VERREAULT, précité, note 1, 232.

⁷⁰ Art. 16.3 L.D.M.

valeur avant production, une majoration de 25 % de ces derniers frais lorsqu'ils sont engagés dans le Nord québécois et qu'ils n'ont pas donné droit au crédit d'impôt relatif aux ressources⁷¹ ainsi que les montants d'aide gouvernementale remboursés⁷². Sont ensuite soustraits du compte de frais cumulatifs d'exploration les montants antérieurement déduits par l'exploitant à titre d'allocation pour exploration et les montants d'aide gouvernementale reçus. Avant la réforme, les frais d'exploration correspondaient aux frais engagés à l'égard de « travaux qui sont effectués pour la recherche et l'identification de substances minérales au Québec, jusqu'à ce qu'un amas minéralisé soit circonscrit [...] »⁷³. La réforme propose donc une nouvelle façon de définir les frais d'exploration. On remarque cependant que les termes employés par le législateur pour décrire les frais d'exploration rappellent sans contredit ceux employés dans la *Loi sur les impôts* et dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Poursuivant son objectif d'harmonisation des lois fiscales, le MRNF a annoncé que les frais d'exploration aux fins de droits miniers correspondront au montant visé par l'alinéa f) de la définition de « frais d'exploration au Canada » (« FEC ») – tels qu'ils sont définis dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*⁷⁴ – réalisés en sol québécois, sous réserve des frais visés par la définition de « frais généraux d'exploration et d'aménagement au Canada »⁷⁵ qui sont exclus du compte de frais cumulatifs pour exploration et sont plutôt qualifiés de « dépenses générales et administratives »⁷⁶. La jurisprudence fédérale et les politiques administratives de l'ARC relatives aux FEC seront applicables aux fins de droits miniers, le MRNF ayant annoncé qu'« on devrait normalement assister à une harmonisation des décisions entre les différents paliers de gouvernement »⁷⁷.

⁷¹ *Loi sur les impôts*, L.R.Q., c. I-3 et mod. (« L.I. »), art. 1029.8.36.167.

⁷² La majoration de 25 % pour les frais engagés dans le Nord québécois existait déjà sous le régime de la *Loi concernant les droits sur les mines* (art. 16.1 L.D.M.).

⁷³ Art. 1 « exploration » L.D.M.

⁷⁴ Par. 66.1(6) « frais d'exploration au Canada », al. f) L.I.R.

⁷⁵ *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., ch. 945 et mod. (« R.I.R. »), art. 1206 « frais généraux d'exploration et d'aménagement au Canada ».

⁷⁶ QUÉBEC, ministère des Ressources naturelles et de la Faune, précité, note 41; s.-par. 8 (2^e al. 2^e e) L.I.M.

⁷⁷ Le MRNF a cependant exprimé la possibilité que ses décisions diffèrent de celles de l'ARC : « Lorsqu'elles soulèvent des questions d'interprétation, les décisions de la Direction de l'imposition minière pourraient différer de celles du Fédéral. »; QUÉBEC, ministère des Ressources naturelles et de la Faune, précité, note 41.

Les montants inclus dans le compte de frais cumulatifs d'exploration sont les mêmes, tant pour un exploitant admissible que pour un exploitant non admissible. Ainsi, lorsqu'un exploitant perd son statut d'exploitant admissible, les frais d'exploration qu'il engage continuent de s'ajouter à son compte de frais cumulatifs d'exploration, sans distinction avec les frais accumulés alors qu'il était un exploitant admissible. Toutefois, le montant de l'allocation pour exploration qu'un exploitant peut déduire varie selon le statut de cet exploitant.

D'une part, l'allocation pour exploration qu'un exploitant autre qu'un exploitant admissible peut déduire, dans le calcul de son profit annuel, est égale au moindre du solde de son compte de frais cumulatifs d'exploration et de 10 % de son profit annuel déterminé sans tenir compte des montants suivants : allocation pour exploration, dépenses générales et administratives se rapportant aux travaux d'exploration, allocation pour aménagement et mise en valeur avant production et allocation additionnelle pour exploration, lorsque cela est applicable⁷⁸. Avant la réforme, ces frais étaient entièrement déductibles.

L'incidence de la limite de 10 % du profit annuel fait en sorte que les frais d'exploration ne peuvent plus créer une perte donnant droit au CDRP, sauf pour un exploitant admissible.

D'autre part, le montant de l'allocation pour exploration qu'un exploitant admissible peut déduire correspond au solde de son compte de frais cumulatifs d'exploration. En d'autres termes, un exploitant admissible peut déduire 100 % de ses frais d'exploration, sans limite basée sur le profit annuel, tout comme avant la réforme.

⁷⁸ Art. 16.8 L.I.M. :

« Le montant qu'un exploitant, autre qu'un exploitant admissible, peut déduire, à titre d'allocation pour exploration [...] ne doit pas excéder le moindre des montants suivants :

1° les frais cumulatifs d'exploration de l'exploitant à l'égard de tels frais à la fin de l'exercice financier;

2° lorsque l'exercice de l'exploitant commence, selon le cas :

a) [...]

b) Commence après le 30 mars 2010, 10 % de son profit annuel pour l'exercice financier, déterminé sans tenir compte des sous-paragraphe d à g du paragraphe 2° du deuxième alinéa de l'article 8. »

4.1.2. Compte de frais cumulatifs d'aménagement et de mise en valeur avant production

L'allocation pour aménagement et mise en valeur avant production correspond, peu importe le statut de l'exploitant, au solde du compte de frais cumulatifs d'aménagement et de mise en valeur avant production. Cette allocation est déduite dans le calcul du profit annuel et, contrairement à l'allocation pour exploration, n'est aucunement limitée par le profit annuel. Ainsi, les frais de mise en valeur et d'aménagement minier sont entièrement déductibles et peuvent créer, pour tout exploitant, une perte donnant droit au CDRP (contrairement aux frais d'exploration et aux frais d'aménagement et de mise en valeur après production). L'ancien régime prévoyait également une déduction de 100 % de ces frais.

Cependant, le contexte entourant ces frais est bien différent : alors qu'avant la réforme tous les frais d'exploration, de mise en valeur et d'aménagement minier étaient entièrement déductibles par tout exploitant dans le calcul de son profit minier, l'allocation pour aménagement et mise en valeur avant production est désormais, pour un exploitant non admissible, la seule allocation pouvant créer une perte donnant droit au CDRP. De plus, comme ces frais entrent dans le calcul du profit annuel – et non dans le calcul du bénéfice annuel – ils ne sont pas soumis à l'approche mine par mine et peuvent être déduits à l'encontre du revenu de toute mine.

Afin d'être en mesure de bien évaluer les modifications apportées à la suite du budget, nous avons jugé utile de vous citer l'article 1 L.D.M., qui prévoyait les définitions applicables suivantes :

« **“frais d'exploration”** : l'ensemble des travaux qui sont effectués pour la recherche et l'identification de substances minérales au Québec, jusqu'à ce qu'un amas minéralisé soit circonscrit, si ces travaux sont les suivants :

- 1° les levés géologiques;
- 2° les levés géophysiques aéroportés ou au sol;
- 3° les analyses photogéologiques;
- 4° les levés géochimiques et biogéochimiques;
- 5° le décapage de mort-terrain;
- 6° le creusage de tranchées;
- 7° l'échantillonnage et les analyses;

8° le forage au diamant, à percussion ou à circulation inversée;

9° tout autre travail de surface essentiel à la recherche et à l'identification d'un amas minéralisé;

[...]

“mise en valeur” : l'ensemble des travaux, à l'exception des travaux qui font suite à une décision de mise en production du gisement, qui ont pour objet l'évaluation technique et économique d'un amas minéralisé en vue d'identifier un gisement situé au Québec, si ces travaux sont les suivants :

1° les travaux d'exploration de surface visant à préciser davantage les paramètres techniques et économiques d'un amas minéralisé;

2° le fonçage de rampes, de galeries à flanc de coteau, de puits, de galeries, de cheminées et autres ouvrages connexes nécessaires à l'évaluation souterraine des réserves d'un amas minéralisé;

3° l'extraction souterraine ou en surface d'un échantillon global et le test dans une usine ou dans un laboratoire afin de vérifier les résultats de sondage et de déterminer les conditions optimales d'extraction et de traitement;

4° la détermination des technologies d'extraction minière et minéralurgiques;

5° les études techniques et économiques nécessaires à une prise de décision en vue d'une mise en production du gisement;

6° les autres travaux essentiels à l'identification du gisement;

[...]

“aménagement minier” : l'ensemble des travaux qui font suite aux travaux de mise en valeur et qui ont pour objet la mise en production d'un gisement situé au Québec, si ces travaux sont les suivants :

1° l'enlèvement, dans une fosse à ciel ouvert, du mort-terrain et de la roche stérile situés au-dessus d'un gisement;

2° le fonçage de puits, de rampes, de galeries, de cheminées et d'autres ouvrages d'aménagement minier connexes, sauf des travaux effectués pour pratiquer de telles ouvertures dans une zone minéralisée, ou débouchant dans celle-ci lorsque la longueur totale de l'ouverture est inférieure à 20 mètres; [...] ⁷⁹ »

Ces définitions ont été remplacées, lors de l'introduction de la *Loi sur l'impôt minier*, par la définition de l'expression « aménagement et mise

⁷⁹ Art. 1 L.D.M.

en valeur avant production », qui renvoie au sous-paragraphe a du paragraphe 1 du deuxième alinéa de l'article 16.11⁸⁰ :

« a) sous réserve des articles 16.14 à 16.18, l'ensemble des montants dont chacun représente des frais engagés par l'exploitant après le 30 mars 2010 et avant ce moment, pour amener une nouvelle mine relative à une substance minérale au stade de la production en quantité commerciale raisonnable, y compris les frais de défrichement, de déblaiement et d'enlèvement des couches de surface, de fonçage d'un puits de mine et de construction d'une galerie d'accès ou d'une autre entrée souterraine, dans la mesure où ces frais ont été engagés avant que la mine n'entre en production en quantité commerciale raisonnable; [...] »⁸¹ » (Notre soulignement)

Cette nouvelle définition comporte de nombreux changements et il s'agit de l'équivalent de l'alinéa g) de la définition de FEC en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Premièrement, la distinction entre les frais d'aménagement minier et les frais de mise en valeur a été supprimée. En effet, bien que le nouveau compte cumulatif renvoie aux frais d'aménagement et de mise en valeur, il n'y a plus lieu de faire la distinction entre ces deux stades de l'exploitation minière.

Deuxièmement, le concept de « décision de mise en production du gisement » n'est pas repris par la nouvelle définition. Théoriquement, les frais qui alimenteront le compte de frais cumulatifs d'aménagement et de mise en valeur avant production seront dorénavant déterminés en fonction d'un test d'objet et non plus en fonction d'un moment dans le temps. Les frais qui se qualifieront seront donc ceux ayant pour objet d'« amener une nouvelle mine relative à une substance minérale au stade de la production en quantité commerciale raisonnable »⁸². Néanmoins, la décision de mise en production du gisement demeure, en pratique, un critère de décision implicite établi par la jurisprudence⁸³, et le MRNF a reconnu l'existence de ce critère implicite :

« La jurisprudence reconnaît qu'il ne peut y avoir de frais d'aménagement sans décision de mise en production. On doit toutefois se référer à l'objectif de la dépense afin de déterminer si cette dernière se qualifie à titre de frais

⁸⁰ Art. 1 « aménagement et mise en valeur avant production » L.I.M.

⁸¹ S.-par. 16.11 (2^e al.) 1^o a) L.I.M.

⁸² *Id.*

⁸³ Voir le jugement *Oro Del Norte S.A. c. La Reine*, 93 D.T.C. 5217 (C.F. 1^{re} inst.) (« *Oro Del Norte* »).

d'exploration ou à titre de frais d'aménagement et de mise en valeur avant production⁸⁴. » (Notre soulignement)

Le nouveau test d'objet nous semble comporter une large part de subjectivité. La difficulté découlant de la subjectivité du concept de décision de mise en production n'est donc pas résolue par le nouveau test d'objet. Le libellé du sous-paragraphe a du paragraphe 1^o du deuxième alinéa de l'article 16.11 L.I.M. ne fait pas référence à un critère d'objectif raisonnable. En se basant sur l'affirmation du MRNF ci-dessus, il semble que l'objet doit être déterminé subjectivement, c'est-à-dire uniquement en fonction de l'intention de l'exploitant au moment d'engager la dépense. De plus, cette affirmation écarte également la possibilité que la qualification de la dépense soit fonction du résultat d'entrée en production en quantité commerciale raisonnable de la mine : bien que le libellé du sous-paragraphe a) emploie les termes « pour amener une nouvelle mine relative à une substance minérale au stade de la production en quantité commerciale raisonnable », le MRNF a précisé qu'il s'agit d'un test d'objectif et ne mentionne pas qu'un résultat doit être atteint. Ce test est le même que celui édicté par l'alinéa g) de la définition de FEC⁸⁵. Or, la jurisprudence relative aux FEC reconnaît qu'il n'est pas nécessaire que la mine atteigne le stade de la production pour que le test d'objet soit respecté : « Even though the underground mine was not completed as planned and it never commenced commercial production, [...], these expenses were incurred for the purpose of bringing a coal deposit into commercial production⁸⁶. » (Notre soulignement) Ainsi, on peut raisonnablement penser que les frais relatifs à la mise en valeur d'un gisement engagés par un exploitant dans le but d'amener une nouvelle mine en production seront ajoutés au compte de frais cumulatifs d'aménagement et de mise en valeur avant production, même dans l'éventualité où le projet serait abandonné avant le stade de l'aménagement, par exemple en raison d'une chute du prix du métal.

⁸⁴ QUÉBEC, ministère des Ressources naturelles et de la Faune, précité, note 41.

⁸⁵ Par. 66.1(6) « frais d'exploration au Canada », al. g) L.I.R.

⁸⁶ *Oro Del Norte*, précité, note 83, 5231; voir aussi *Window on Canadian Tax*, Don Mills, Ont., CCH Canadian, feuilles mobiles, interprétation technique 2000-004407117, 11 octobre 2000 :

« Même si la mine souterraine ne fût jamais achevée tel qu'il avait été prévu et n'a jamais atteint le stade de la production en quantité commerciale, [...], ces dépenses furent engagées dans le but d'amener une mine de charbon au stade de la production en quantité commerciale. » (Traduction des auteurs)

Le nouveau critère d'objet maintient donc l'incertitude sur la qualification des frais d'aménagement et de mise en valeur avant production. Compte tenu du traitement avantageux accordé à ces frais en ce qui a trait à l'impôt minier – en comparaison avec les frais d'exploration –, on peut croire que les exploitants seront tentés de qualifier le plus de dépenses possible à titre de frais d'aménagement et de mise en valeur avant production, en soutenant que l'objectif subjectif de ces frais était d'amener une mine au stade de la production, et ce, même si cet objectif ne s'est pas réalisé. Néanmoins, l'avantage découlant de la qualification des frais au titre de frais d'aménagement et de mise en valeur avant production est atténué par le traitement accordé aux frais d'exploration aux fins de l'impôt sur le revenu⁸⁷.

Troisièmement, alors que les définitions antérieures d'« aménagement minier » et de « mise en valeur » prévoyaient une liste exhaustive des travaux admissibles par l'utilisation de l'expression « si ces travaux sont les suivants : », la liste des travaux prévue au sous-paragraphe a) du paragraphe 1° du second alinéa de l'article 16.11 L.I.M., introduite par l'expression « y compris », est non limitative. Par exemple, la *Loi concernant les droits sur les mines* excluait les frais de préparation de chantier dans une zone minéralisée des frais d'aménagement minier puisqu'ils n'étaient pas mentionnés dans la liste prévue à la définition. Ces frais ne pouvaient se qualifier de frais de mise en valeur non plus, car ils sont engagés après la décision de mise en production du gisement. Or, le MRNF a annoncé que sa compréhension est que « ces frais seront dorénavant considérés comme des frais d'aménagement et de mise en valeur avant production »⁸⁸.

Quatrièmement, la nouvelle définition des frais d'aménagement et de mise en valeur avant production introduit la notion de « nouvelle mine ». Cette notion étant déjà existante dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le MRNF a annoncé son intention de s'harmoniser avec la politique administrative de l'ARC et la jurisprudence développée en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*⁸⁹. Ainsi, la définition de « nouvelle mine » élaborée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *North Bay Mica Co. Ltd. c. MRN*⁹⁰

⁸⁷ Sommairement, l'article 1029.8.36.168 L.I. prévoit un crédit d'impôt remboursable pour les frais d'exploration engagés au Québec.

⁸⁸ QUÉBEC, ministère des Ressources naturelles et de la Faune, précité, note 41.

⁸⁹ *Id.*

⁹⁰ [1958] S.C.R. 597, 601 :

« le mot “mine” [...] ne signifie pas “une portion de la terre où l'on retrouve un gisement de minerai”, mais plutôt “l'ensemble des
(à suivre...) »

s'appliquera à l'égard de la *Loi sur l'impôt minier* : « the word “mine” [...] means not “a portion of the earth containing mineral deposits” but rather “a mining concern taken as a whole, comprising mineral deposits, workings, equipment and machinery, capable of producing ore” »⁹¹. Le concept de prolongement d'une mine existante, analysé par la Cour de l'Échiquier dans l'arrêt *MRN c. MacLean Mining Co.*⁹², sera également applicable au régime des droits miniers :

« The expressions “new mine”, “old mine” or similar expressions are not found in Section 83(5). Nor is the word “extension” found in the wording. The word used is “mine” and the question which it poses is whether the facts disclose a mine to which the section applies. There would, as I see it, be no difficulty in deciding that an extension of a mining operation to a new body of ore, found lying adjacent to a body being worked, by using the same excavation, shaft and facilities for mining it was not a mine to which Section 83(5) applied. That conclusion, however, would, in my view, be reached not because what was being considered was an extension of a previously existing mine but because on the facts as disclosed it could not by itself be regarded as a mine in the ordinary sense of the word⁹³. » (Notre soulignement)

« [TRADUCTION] Les expressions “nouvelle mine”, “ancienne mine” ou des expressions similaires ne sont pas mentionnées dans le paragraphe 83(5). Le libellé ne mentionne pas non plus le mot “prolongement”. Le mot utilisé est “mine” et la question qui se pose consiste à déterminer si les faits renvoient à une mine à laquelle le paragraphe s'applique. Comme je vois la chose, il n'y aurait pas de difficulté à décider que le prolongement d'une exploitation minière vers un nouveau gisement adjacent au gisement en exploitation, en utilisant la même excavation, le même puits et les mêmes aménagements miniers, n'est pas une mine visée par le paragraphe 83(5). À mon avis, toutefois, on arriverait à cette conclusion non pas parce que la chose que l'on aurait à considérer serait un prolongement d'une mine existante, mais parce que, d'après les faits établis, elle ne saurait par elle-même être considérée comme une mine, au sens ordinaire de ce mot⁹⁴. »

Déterminer si un site minier constitue une nouvelle mine ou l'extension d'une mine existante est purement une question de fait. L'harmonisation

(...suite)

installations minières, comprenant le gisement de minerai, le chantier, l'équipement et la machinerie nécessaire à la production du métal”. »
(Traduction des auteurs)

⁹¹ *Id.*, 601.

⁹² [1969] C.T.C. 257; infirmé par *MRN c. MacLean Mining Company Limited*, [1970] R.C.S. 877, après analyse des faits.

⁹³ *Id.*, par. 18.

⁹⁴ Traduction tirée de l'arrêt de la Cour suprême et complétée par les auteurs.

avec les concepts existants en ce qui a trait à l'impôt sur le revenu permet néanmoins aux exploitants de bénéficier des précédents développés dans la jurisprudence et des interprétations techniques formulées à cet égard. Nous ne pouvons également qu'espérer un traitement similaire pour l'application des différentes lois fiscales.

Toujours dans un but d'harmonisation des différentes lois fiscales, le MRNF a manifesté son intention de suivre la pratique administrative de l'ARC quant à la distinction, entre frais d'aménagement et de mise en valeur avant production et biens amortissables, de certains déboursés réalisés à l'égard d'infrastructures souterraines⁹⁵. Essentiellement, le coût des biens, meubles ou immeubles, qui n'auraient pas de valeur résiduelle au sortir de la mine (par exemple, en raison de l'impossibilité de les ramener à la surface) doit être considéré en tant que frais d'exploration ou frais d'aménagement et de mise en valeur avant ou après production, selon le moment et l'objectif de l'acquisition⁹⁶.

4.1.3. Compte de frais cumulatifs d'aménagement et de mise en valeur après production

Par le passé, les frais d'aménagement et de mise en valeur à l'égard d'une mine engagés après l'entrée en production en quantité commerciale raisonnable de celle-ci pouvaient alimenter le compte de frais cumulatif d'exploration, mise en valeur et aménagement minier dans la mesure où ils se rapportaient à des travaux d'« aménagement minier » (par exemple, les galeries et les rampes de plus de 20 mètres pratiquées dans une zone minéralisée)⁹⁷. À défaut, ces frais étaient considérés comme étant des dépenses courantes, c'est-à-dire qu'ils ne pouvaient être déduits que dans l'exercice financier au cours duquel ils étaient engagés. Bien qu'ils fussent considérés comme dépenses courantes, ces frais se rapportaient généralement à des ouvrages permanents :

« Ce traitement peut occasionner des effets non souhaitables : ce type de frais procure normalement un avantage qui se prolonge bien au-delà de l'exercice financier au cours duquel ils sont engagés; le traitement actuellement appliqué à ce type de frais ne permet pas un appariement approprié de ceux-ci avec la valeur des substances minérales qu'ils peuvent permettre de générer; il est possible qu'un exploitant qui engage de tels frais de façon importante au cours

⁹⁵ QUÉBEC, ministère des Ressources naturelles et de la Faune, précité, note 41.

⁹⁶ *Id.*

⁹⁷ Art. 1 « aménagement minier » L.D.M.

d'un exercice financier paie des droits miniers très faibles, voire nuls, alors que la valeur à la tête du puits des substances minérales qu'il exploite est par ailleurs élevée [...]»⁹⁸.

À l'opposé, en l'absence de revenu suffisant, un exploitant qui engageait des frais d'aménagement et de mise en valeur après production pouvait réaliser une perte qu'il lui était impossible de reporter à un autre exercice financier puisque le régime des droits miniers ne prévoit aucun mécanisme de report de perte.

La réforme innove en créant un compte de frais cumulatifs d'aménagement et de mise en valeur après production. Contrairement au compte de frais cumulatifs d'exploration et au compte de frais cumulatifs d'aménagement et de mise en valeur avant production, un exploitant peut avoir plus d'un compte de frais cumulatifs d'aménagement et de mise en valeur après production : les frais d'aménagement et de mise en valeur après production alimentent un compte cumulatif distinct pour chacune des mines de l'exploitant. Les frais visés par ce nouveau compte cumulatif sont décrits à l'article 16.13 L.I.M. :

« 16.13. Les frais cumulatifs d'aménagement et de mise en valeur après production d'un exploitant à l'égard d'une mine, à un moment quelconque, appelé "ce moment" dans le présent article, correspondent au montant déterminé selon la formule suivante :

A - B.

Dans la formule prévue au premier alinéa :

1° la lettre A représente l'ensemble des montants suivants :

a) sous réserve des articles 16.14 à 16.18, l'ensemble des montants dont chacun représente des frais engagés par l'exploitant, relativement à la mine, après le 30 mars 2010 et avant ce moment, soit pour le fonçage ou l'excavation d'un puits de mine, d'une voie principale de roulage ou d'un ouvrage souterrain semblable conçu pour une utilisation continue construit ou excavé après l'entrée en production de la mine en quantité commerciale raisonnable, soit pour le prolongement d'un tel puits, d'une telle voie de roulage ou d'un tel ouvrage;

b) l'ensemble des montants dont chacun est un montant que l'exploitant a remboursé avant ce moment, conformément à une obligation juridique de rembourser en totalité ou en partie une aide gouvernementale qui se rapporte à un montant visé au sous-paragraphe a;

⁹⁸ QUÉBEC, ministère des Finances, précité, note 4, p. A.44.

2° la lettre B représente l'ensemble des montants suivants :

a) l'ensemble des montants dont chacun est un montant déduit par l'exploitant, pour un exercice financier qui se termine après le 30 mars 2010 et avant ce moment, à titre d'allocation pour aménagement et mise en valeur après production à l'égard de frais engagés après le 30 mars 2010, en vertu soit du sous-paragraphe e.3 du paragraphe 2° de l'article 8, tel qu'il se lisait le 30 mars 2010, soit du sous-paragraphe c du paragraphe 2° du quatrième alinéa de l'article 8;

b) l'ensemble des montants dont chacun est un montant d'aide gouvernementale qui se rapporte à un montant visé au sous-paragraphe a du paragraphe 1°, que l'exploitant a reçu ou était en droit de recevoir avant ce moment. » (Notre soulignement)

Le sous-paragraphe a) du paragraphe 1 utilise les mêmes termes que ceux employés à l'alinéa d) de la définition de « frais d'aménagement au Canada »⁹⁹ (« FAC ») de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et au paragraphe b.1) de l'article 408 L.I. relatif aux « frais canadiens de mise en valeur ». Les montants qui s'ajouteront au compte de frais cumulatifs d'aménagement et de mise en valeur après production correspondront donc aux montants ajoutés au compte de FAC. Aux fins de droits miniers, ces montants seront cependant attribués au compte de la mine relativement à laquelle ils ont été engagés, alors qu'il n'y a qu'un seul compte de FAC aux fins de l'impôt sur le revenu fédéral. De plus, le paragraphe 3° de l'article 16.15 L.I.M. exclut de la définition d'« aménagement et mise en valeur après production » le coût d'acquisition d'une propriété minière, ce coût étant par ailleurs inclus dans le compte de FAC. Néanmoins, le MRNF a annoncé qu'il utiliserait les mêmes critères que l'ARC pour déterminer les frais qui se qualifieront de frais d'aménagement et de mise en valeur après production¹⁰⁰.

Par définition, l'allocation pour aménagement et mise en valeur après production n'est offerte qu'à un exploitant non admissible puisqu'il faut avoir engagé des frais à l'égard d'une mine ayant atteint le stade de la production en quantité commerciale raisonnable. Cette allocation, déduite dans le calcul du bénéfice annuel, n'est pas discrétionnaire : le libellé de l'article 16.12 L.I.M. prévoit le montant de l'allocation qu'un exploitant « doit déduire »¹⁰¹. Pour chacune des mines d'un exploitant, l'allocation est égale au moindre de 30 % du solde du compte de frais cumulatifs

⁹⁹ Par. 66.2(5) « frais d'aménagement au Canada » L.I.R.

¹⁰⁰ QUÉBEC, ministère des Ressources naturelles et de la Faune, précité, note 41.

¹⁰¹ Art. 16.12 (1^{er} al.) L.I.M.

d'aménagement et de mise en valeur après production relatif à cette mine ou du bénéfice annuel de l'exploitant tiré de cette mine, déterminé sans tenir compte des allocations suivantes : allocation pour traitement, allocation supplémentaire pour amortissement, allocation additionnelle pour une mine nordique, allocation additionnelle pour une mine située dans le Nord québécois.

4.2. ABOLITION DE L'ALLOCATION ADDITIONNELLE POUR EXPLORATION

La récente réforme du régime des droits miniers a entraîné l'abolition de l'allocation additionnelle pour exploration introduite en 1994¹⁰². Cette allocation visait à encourager l'exploration à l'extérieur des sites miniers, compte tenu du risque associé à cette activité. Le montant de cette allocation était établi en fonction d'un compte cumulatif :

« [...] le taux de l'allocation additionnelle pour exploration est fixé à 50 % du moindre des frais cumulatifs d'exploration, incluant le forage carottier souterrain, ou du plafond annuel des frais d'exploration. Le plafond annuel des frais d'exploration correspond au profit annuel calculé sans tenir compte de l'allocation additionnelle pour exploration, de l'allocation pour traitement et de l'allocation additionnelle pour une mine nordique. Les frais cumulatifs d'exploration d'un exploitant à un moment quelconque correspondent, quant à eux, à l'excédent de :

i. la somme de l'ensemble des frais d'exploration et de forage carottier admissibles engagés par l'exploitant, après le 12 mai 1994 et avant ce moment, et de l'ensemble des montants d'aide gouvernementale qui se rapportent à des frais admissibles remboursés par l'exploitant avant ce moment; sur

ii. la somme du double de l'ensemble des montants déduits par l'exploitant à titre d'allocation additionnelle pour exploration au cours des exercices financiers précédents et de l'ensemble des montants d'aide gouvernementale qui se rapportent à des frais admissibles que l'exploitant a reçus ou était en droit de recevoir avant ce moment¹⁰³. » (Notes omises)

4.3. EXCLUSION DES FRAIS FINANCÉS PAR VOIE D'ÉMISSION D' ACTIONS ACCRÉDITIVES

L'exclusion des frais d'exploration, des frais d'aménagement et de mise en valeur avant production et des frais d'aménagement et de mise en valeur

¹⁰² Art. 19.1 et suiv. L.D.M.

¹⁰³ C. VERREAULT, précité, note 1, 237-238.

après production faisant l'objet d'un financement accréditif est possiblement la mesure introduite par la réforme qui aura l'incidence la plus significative sur les soldes cumulatifs et sur le CDRP. En vertu des règles antérieures, seuls les frais financés par l'émission d'actions accréditives et faisant l'objet d'une renonciation en faveur de l'acquéreur en vertu de la *Loi sur les impôts* étaient exclus du compte cumulatif de frais d'exploration, de mise en valeur et d'aménagement minier. Désormais, de tels frais faisant l'objet d'une renonciation en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹⁰⁴ sont également exclus des différents comptes cumulatifs. Cette exclusion est prévue au premier alinéa de l'article 16.16 L.I.M. lorsque l'émission et la renonciation ont lieu en faveur d'un acquéreur qui est une personne physique ou morale. Toutefois, le second alinéa de ce même article précise que l'exclusion ne s'applique pas lorsque l'émission et la renonciation ont lieu en faveur d'une personne morale qui s'engage par écrit – et qui respecte cet engagement – à ne pas renoncer à son tour aux frais auxquels on a renoncés en sa faveur. L'exclusion des frais financés par l'émission d'actions accréditives s'applique également lorsque la renonciation n'a pas lieu en faveur d'une personne, mais plutôt en faveur d'une société de personnes qui attribue ces frais entre ses associés¹⁰⁵. L'exception à l'exclusion des frais financés par l'émission d'actions accréditives à l'égard d'une personne morale qui s'engage à ne pas renoncer aux frais en faveur de ses actionnaires est également applicable à une personne morale associée d'une société de personnes¹⁰⁶. Enfin, l'article 16.18 L.I.M. prévoit que les frais d'exploration engagés par un exploitant qui est lui-même une société de personnes et attribués aux associés sont réputés n'avoir jamais été engagés par l'exploitant, sous réserve de l'exception visant les personnes morales¹⁰⁷.

L'importance de cette nouvelle mesure s'explique par les sommes considérables qui sont désormais exclues des frais admissibles au CDRP. Pour un exploitant admissible qui n'effectue que des activités d'exploration, la diminution du CDRP causée par l'exclusion des frais financés par actions accréditives en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* – jumelée à la limite de 50 % du solde du compte de frais cumulatifs d'exploration prévue au sous-paragraphe 32 (1^{er} al.) 4^o b) L.I.M. diminue grandement le montant de CDRP pouvant être réclamé.

¹⁰⁴ Par. 66(12.6) et suiv. L.I.R.

¹⁰⁵ Art. 16.17 (1^{er} al.) L.I.M.

¹⁰⁶ Art. 16.17 (2^e al.) L.I.M.

¹⁰⁷ Art. 16.18 (2^e al.) L.I.M.

En vertu du régime antérieur, une société d'exploration pouvait compter, grâce au CDRP, sur un financement égal à 12 % des frais d'exploration engagés autres que ceux financés par l'émission d'actions accréditives en vertu de la *Loi sur les impôts*. Cette situation n'est plus. Les sociétés d'exploration seront donc appelées à revoir leurs sources de financement afin de combler le manque à gagner dû à la réforme du régime des droits miniers.

5. MODIFICATIONS AU CRÉDIT DE DROITS REMBOURSABLE POUR PERTE

5.1. AUGMENTATION DU TAUX DU CRÉDIT DE DROITS REMBOURSABLE POUR PERTE

Le taux du CDRP, qui était antérieurement de 12 %, sera augmenté progressivement pour atteindre 16 %, au même rythme que le taux d'imposition.

5.2. CALCUL DU CRÉDIT DE DROITS REMBOURSABLE POUR PERTE

5.2.1. Calcul pour un exploitant autre qu'un exploitant admissible

En vertu de l'ancien régime, le CDRP était calculé sur le moindre de la perte annuelle ajustée et de l'allocation pour exploration, mise en valeur et aménagement minier déduite dans le calcul du profit annuel. La perte annuelle ajustée correspondait à l'excédent de la perte annuelle sur le moindre du montant maximal déductible à titre d'allocation pour traitement déterminé en faisant abstraction de la limite basée sur le profit annuel ou d'un montant représentant 65 % de la perte annuelle¹⁰⁸. À la suite de la réforme, le montant du CDRP est calculé différemment selon le statut d'exploitant admissible ou non admissible. La perte annuelle ajustée est calculée de la même façon qu'avant la réforme, à l'exception du montant représentant 65 % de la perte annuelle qui est remplacé par un montant de 55 % de la perte annuelle pour refléter la réduction des taux de l'allocation pour traitement¹⁰⁹.

Pour un exploitant non admissible, le CDRP correspond au taux d'imposition – soit 16 % – multiplié par le moindre de sa perte annuelle

¹⁰⁸ Art. 32.0.1 L.D.M.

¹⁰⁹ S.-par. 32.0.1 2° c) L.I.M.

ajustée ou du montant déduit, pour cet exercice financier, à titre d'allocation pour aménagement et mise en valeur avant production. Ainsi, le législateur a retiré du montant admissible au CDRP les frais d'exploration, pour ne laisser que les frais d'aménagement et de mise en valeur avant production.

5.2.2. Calcul pour un exploitant admissible

Le calcul du CDRP est plus généreux à l'égard d'un exploitant admissible. Sommairement, le CDRP d'un tel exploitant correspond au taux de 16 % multiplié par le moindre :

- de sa perte annuelle ajustée pour cet exercice financier;
- du total de :
 - 50 % des frais d'exploration qu'il a engagés, pour cet exercice financier, sans excéder le montant qu'il a déduit, pour cet exercice financier, à titre d'allocation pour exploration;
 - des frais d'aménagement et de mise en valeur avant production qu'il a engagés, pour cet exercice financier, sans excéder le montant qu'il a déduit, pour cet exercice financier, à titre d'allocation pour aménagement et mise en valeur avant production¹¹⁰.

Ainsi, seulement la moitié des frais d'exploration engagés par un exploitant admissible dans un exercice financier donneront droit au CDRP, l'autre moitié de ces frais demeurant disponible pour un exercice financier ultérieur. Le but de cette mesure est de réduire le coût pour l'État associé au CDRP¹¹¹. En effet, compte tenu de la limite de 50 % des frais d'exploration et du nouveau taux de 16 %, le taux effectif du CDRP à l'égard des frais d'exploration sera de 8 %. Quoique le calcul du CDRP d'un exploitant admissible soit plus généreux que celui d'un exploitant non admissible, il entraîne tout de même une réduction substantielle du CDRP antérieurement offert.

De plus, il ne faut pas oublier que l'exclusion des frais d'exploration financés par l'émission d'actions accréditives en vertu de la *Loi de l'impôt*

¹¹⁰ Par. 32 (1^{er} al.) 4^o L.I.M.

¹¹¹ QUÉBEC, ministère des Finances, précité, note 4.

sur le revenu aura pour effet de réduire grandement le montant des frais d'exploration permettant de bénéficier d'une aide fiscale.

6. RÉSUMÉ DES PRINCIPAUX EFFETS DE LA RÉFORME

Voici un résumé des principaux effets de la réforme du régime des droits miniers au Québec selon le type d'exploitant :

Exploitant non admissible

- Concept mine par mine, d'où l'impossibilité d'utiliser les pertes (par exemple, en début d'exploitation) contre les bénéfices d'une autre mine.
- Allocation pour exploration limitée à 10 % du profit, d'où la possibilité de solde inutilisé, la perte du droit au CDRP pour ces dépenses et la non-admissibilité des FEC financés par voie d'actions accréditives hors Québec.
- Allocation pour aménagement après production **obligatoire**, d'où l'impossibilité d'utiliser d'autres allocations (par exemple, allocation pour mine située dans le Nord québécois), limitée à 30 % du solde et au bénéfice de la mine en question (auparavant 100 %).
- Réduction de l'aide fiscale accordée à une mine située dans le Grand Nord.
- Allocation pour amortissement limitée à 30 % du solde, d'où possibilité de solde inutilisé.
- Allocation pour traitement réduite.

Exploitant admissible

- Réduction du CDRP liée principalement à l'exclusion des FEC financés par voie d'actions accréditives hors Québec et à la limite de 50 % pour les autres FEC.
- Perte de flexibilité quant au calcul de la perte en lien avec certaines allocations (par exemple, amortissement à 30 %).

CONCLUSION

Tel qu'il a été mentionné en introduction, il semble que le législateur ait atteint son objectif d'augmenter la rentabilité du régime des droits miniers, notamment par l'introduction de l'approche mine par mine et par l'exclusion des frais faisant l'objet d'un financement accréditif en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. La réduction des taux de l'allocation pour amortissement et de l'allocation pour traitement ainsi que limitation de l'allocation pour exploration à 10 % du profit annuel contribueront à rallonger le délai de récupération des investissements. De même, les entreprises d'exploration devront faire face à un besoin de financement encore plus grand en raison de l'exclusion des frais faisant l'objet d'un financement accréditif en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Enfin, on ne peut que se demander ce qui a motivé le législateur dans son choix de favoriser les frais d'aménagement et de mise en valeur avant production au détriment des frais d'exploration qui représentent pourtant une activité beaucoup plus risquée en termes financiers.

Au cours des prochaines années, nous aurons l'occasion de mesurer réellement quelles seront les conséquences de la réforme du régime des droits miniers sur l'industrie minière au Québec. Alors, nous pourrions juger de la sagesse des choix qui ont été faits.

LE DUC ET LE JARDINIER

*Où la fable rejoint l'Histoire,
où l'Histoire rejoint la liberté de choix fiscal,
où cette liberté rejoint le Droit
et où le Droit rejoint la justice fiscale.*



Chantal Jacquier
LL. M., avocate*

PRÉCIS

L'auteur traite de l'arrêt *Duke of Westminster* rendu en 1935 par la Chambre des Lords, en l'abordant sous forme de fable, puis en rappelant le contexte historique de l'instauration de la surtaxe de l'époque, pour se situer ensuite sur le plan juridique. Il est donc question du principe de la primauté de l'effet juridique d'une opération sur sa substance et de l'observation de lord Tomlin sur le droit de chacun d'organiser ses affaires pour payer le moins d'impôt possible.

Ce texte montre l'influence que l'arrêt *Duke of Westminster* a eue ou a encore, selon le cas, au Royaume-Uni, au Canada et en Inde et comment les choses ont évolué dans ces trois pays. Les passages pertinents des principaux arrêts qui ont marqué cette évolution sont cités en anglais et en français pour une meilleure compréhension et comme sources utiles de référence.

L'auteur conclut qu'il appartient aux tribunaux de préciser les limites auxquelles le libre choix de la voie la moins imposée doit être soumis, en prenant en considération, dans tous les cas, l'objet de la loi fiscale. La justice

* Merci à ceux et à celles qui, par leurs précieux conseils, ont contribué à l'élaboration du présent texte. Ils se reconnaîtront.

fiscale réside dans la différence qui pourra ainsi être faite entre des planifications responsables et des planifications abusives. L'arrêt *Duke of Westminster*, qui remonte aux années 1930, fait maintenant partie du passé.

ABSTRACT

Once upon a time, there were a Duke and a gardener. The author tells the story and explains the historical context of the super-tax avoided by the Duke. She then proceeds to dissect the *Duke of Westminster* decision rendered in 1935 by the House of Lords. Discussed are the principle of the primacy of the legal form of a transaction over its substance and the dictum of Lord Tomlin that taxpayers are entitled to select courses of action or enter into transactions that will minimize their tax liability.

The author's journey focuses on the influence that the *Duke of Westminster* judgment has had or still has, as the case may be, in the United Kingdom, in Canada and in India, and how the matter has evolved in those countries. Relevant extracts of important judgments rendered in this respect are cited in English and in French for a better understanding and for future reference.

The author concludes that it is up to the courts to determine the limits of the entitlement to minimize tax liability. In this regard, it is essential to consider, in all cases, the object of the statutory provisions under examination. Identifying the difference between responsible tax planning and abusive tax planning, based on a purposive construction of the applicable legislation, will bring about tax fairness. The *Duke of Westminster* decision, rendered in the thirties, now belongs to the past

TABLE DES MATIÈRES

IL ÉTAIT UNE FOIS UN DUC ET UN JARDINIER.....	331
1. QUE DIT PRÉCISÉMENT LA CHAMBRE DES LORDS DANS L'ARRÊT <i>DUKE OF WESTMINSTER</i> ET QUEL EST LE CONTEXTE DE LA SURTAXE?	334
1.1. MOTIFS DES LORDS DE LA COMMISSION D'APPEL DE LA CHAMBRE DES LORDS.....	335
1.2. CONTEXTE DE L'INSTAURATION DE LA SURTAXE.....	336
1.3. PRINCIPE ET OBSERVATION INCIDENTE DANS L'ARRÊT <i>DUKE OF WESTMINSTER</i>	340
1.3.1. Principe : primauté de l'effet juridique d'une opération sur sa substance	340
1.3.2. Observation (<i>dictum</i>) : libre choix de la voie la moins imposée	340
2. QUELLES TRACES DE L'HISTOIRE DU DUC ET DU JARDINIER LE TEMPS A-T-IL LAISSÉES?	346
2.1. ÉVOLUTION AU ROYAUME-UNI : LE DUC S'ÉLOIGNE PEU À PEU.....	346
2.1.1. Arrêt <i>Ramsay</i> – L'observation de lord Tomlin et le principe de l'arrêt <i>Duke of Westminster</i> sont maintenus mais nuancés – Débuts de l'interprétation de la loi fiscale en contexte et selon son objet – Série d'opérations préconçues à analyser comme un tout (opération composite).....	347
2.1.2. Arrêt <i>Burmah</i> – Importance de la démarche adoptée dans l'arrêt <i>Ramsay</i> – L'observation de lord Tomlin dans l'arrêt <i>Duke of Westminster</i> ne dit pas grand-chose	351
2.1.3. Arrêt <i>Furniss c. Dawson</i> – Méthode de lord Brightman sur les étapes annulables d'une série d'opérations (opération composite) – Les limites au libre choix de la voie la moins imposée sont à préciser par les tribunaux – Fantôme du duc de Westminster (lord Roskill)	353
2.1.4. Arrêt <i>Craven c. White</i> – L'arrêt <i>Duke of Westminster</i> est encore valide – Limite à la portée de la méthode de lord Brightman dans l'arrêt <i>Dawson</i> concernant les étapes annulables d'une opération composite – Interprétation de la loi fiscale selon son objet	357

2.1.5.	Arrêt <i>Ensign Tankers (Leasing) Ltd. c. Stokes</i> – Coup de grâce à l’arrêt <i>Duke of Westminster</i> ? Le libre choix de la voie la moins imposée ne s’applique pas à l’évitement fiscal	359
2.1.6.	Arrêt <i>McGuckian</i> – L’observation de lord Tomlin dans l’arrêt <i>Duke of Westminster</i> a cessé d’être canonique en matière d’évitement fiscal – Interprétation de la loi fiscale selon son objet – Analyse juridique réaliste des faits.....	363
2.1.7.	Arrêt <i>MacNiven (Her Majesty’s Inspector of Taxes) c. Westmoreland Investments Ltd.</i> – Les arrêts <i>Duke of Westminster</i> et <i>Ramsay</i> sont difficiles à concilier – Sens juridique du mot paiement selon la loi applicable – Application du principe de l’arrêt <i>Duke of Westminster</i> (primauté de l’effet juridique)	367
2.1.8.	Arrêt <i>Barclays Mercantile Business Finance Ltd. (BMBF) c. Mawson (Her Majesty’s Inspector of Taxes)</i> – Il ne faut pas aller trop loin en écartant des étapes qui sont sans raison commerciale – Il faut éviter les généralisations sur le sens commercial ou juridique des mots – Interprétation de la loi selon son objet et analyse réaliste des faits – Approbation de l’arrêt <i>Collector of Stamp Revenue c. Arrowtown Assets Ltd. (Hong Kong)</i>	370
2.1.9.	Arrêt <i>Commissioners for Her Majesty’s Revenue and Customs c. Tower MCashback LLP 1</i> – La validité des arrêts <i>Ensign Tankers</i> et <i>BMBF</i> de la Chambre des Lords est confirmée par la Cour suprême du Royaume-Uni – Interprétation de la loi fiscale selon son objet et analyse réaliste des faits	372
2.1.10.	Une règle générale anti-abus britannique en 2013?	374
2.2.	ÉVOLUTION AU CANADA : LE DUC PERSISTE ET SIGNE	377
2.2.1.	Arrêt <i>Stubart</i> – L’observation de lord Tomlin dans l’arrêt <i>Duke of Westminster</i> est ancrée dans le droit canadien – Interprétation des termes de la loi en contexte et selon son objet – Validité des opérations sans objet commercial.....	377
2.2.2.	Adoption de la règle générale anti-évitement.....	381

2.2.3.	Arrêt <i>Hickman Motors Ltd. c. Canada</i> – L’observation de lord Tomlin dans l’arrêt <i>Duke of Westminster</i> devient un principe fondamental de droit fiscal – Arrêts <i>Neuman</i> et <i>Duha Printers (Western) Ltd. c. Canada</i> au même effet	382
2.2.4.	Arrêt <i>Shell</i> – Primauté des effets juridiques sur la substance d’une opération – La liberté de choisir la voie la moins imposée est maintenue intégralement.....	384
2.2.5.	Arrêt <i>Trustco</i> – Interprétation textuelle, contextuelle et téléologique unifiée – La liberté de choisir la voie la moins imposée est atténuée par la RGAÉ.....	387
2.2.6.	Arrêts <i>Cie pétrolière Impériale ltée c. Canada</i> et <i>Inco ltée c. Canada</i> – La liberté de choisir la voie la moins imposée est-elle tempérée par l’interprétation téléologique de la loi fiscale?	391
2.2.7.	Arrêt <i>Lipson</i> – La liberté du choix de la voie la moins imposée n’a jamais été absolue – RGAÉ.....	394
2.2.8.	Arrêt <i>Copthorne Holdings Ltd. c. Canada</i> – Le libre choix de la voie la moins imposée ne sous-entend pas qu’il soit moral – Incertitude créée par la RGAÉ – Souci d’uniformité, de prévisibilité et d’équité	396
2.3.	ÉVOLUTION EN INDE : LE DUC CRÉE DES REMOUS.....	400
ÉPILOGUE		405

IL ÉTAIT UNE FOIS UN DUC ET UN JARDINIER...

Le duc se prénomme Hugh Richard Arthur. Il a 20 ans quand il hérite du titre de son père¹. Il est le deuxième à le porter.

À 22 ans, il fait la guerre en Afrique du Sud². Il acquiert alors des terres en Rhodésie.

À 29 ans, il participe, avec son propre bateau, à une épreuve de motonautisme aux Jeux olympiques de Londres en 1908³.

À 37 ans, le duc s'illustre durant la campagne d'Égypte contre les Turcs⁴. Il en revient colonel.

Il se marie quatre fois. Trois divorces.

Le duc mène grand train.

Il aime la chasse. Il aime les plaisirs. Il aime voyager. Dans les Années folles, il rencontre à Monte-Carlo une dame joliment surnommée Coco⁵, dont il est l'amant extravagant et généreux quelques années.

Deux yachts⁶. Des Rolls-Royce. Deux pavillons de chasse en France : dans les Landes⁷ et en Normandie⁸. Des terres en Écosse⁹. Des propriétés à Londres¹⁰, dont il tire des revenus. Sa propre résidence à Londres¹¹. Le vaste

¹ L'histoire débute en 1899.

² 1901, Seconde Guerre des Boers.

³ Le *Wolseley-Siddeley* ne termine pas la course. C'est la seule fois de l'histoire des Jeux olympiques qu'il y aura une épreuve avec des embarcations à moteur.

⁴ En 1916.

⁵ Il s'agit de Gabrielle Chanel.

⁶ D'une part, le *Belem* de 1914 à 1921 puis le *Flying Cloud* en 1927; d'autre part, le *Cutty Sark*.

⁷ Château de Woolsack à Mimizan, vers 1911.

⁸ À Saint-Saëns dans les années 1920.

⁹ *Reay Forest Estate* dans le comté de Sutherland.

¹⁰ Voir F. H. W. SHEPPARD, *The Estate in the Twentieth Century – Survey of London*, vol. 39, Londres, English Heritage, 1977, chap. IV, pp. 67 et suiv.

¹¹ *Grovesnor House* jusqu'en 1916, puis *Bourdon House* jusqu'à la mort du duc en 1953.

domaine familial du Cheshire aux célèbres jardins¹². Un train privé qui relie le domaine à Londres.

Le duc a de nombreux serviteurs, dévoués et fidèles. Parmi eux, Frank, jardinier, qui est à son service depuis 27 ans¹³.

À 50 ans, au début de la Grande Dépression, le duc songe à économiser... sur l'impôt. Il consulte ses avoués à Londres.

Depuis 1910, il existe une *super-tax* qui vise les personnes les plus fortunées du Royaume-Uni¹⁴. En 1930, cette *super-tax* est appelée surtaxe¹⁵. Elle est calculée sur le revenu total, avec la particularité que les « paiements annuels découlant d'une dette ou obligation personnelle en vertu d'un contrat » sont déductibles de ce revenu total, mais que les salaires et gages payés ne le sont pas¹⁶.

En août 1930, sur les conseils de ses avoués, le duc signe des actes¹⁷ : il s'engage à verser des rentes annuelles¹⁸ à une centaine de ses serviteurs, en reconnaissance de leurs bons et loyaux services passés, même s'ils continuent à lui rendre des services. Frank, le jardinier, est de ceux-là.

L'acte concernant Frank prévoit qu'il recevra une rente annuelle de 98 livres et 16 shillings durant sept ans si le duc et Frank sont en vie, que Frank soit ou non au service du duc comme jardinier. La rente sera payable

¹² *Eaton Hall*.

¹³ Il s'agit de Frank Allman.

¹⁴ *Finance (1909-1910) Act*, 1910, 10 Edw. 7, c. 8, sanctionné le 29 avril 1910, art. 66.

¹⁵ Voir la section 1.2. du présent texte.

¹⁶ Les dispositions législatives pertinentes sont les suivantes : *Income Tax Act 1918*, 8 & 9 Geo. 5, c. 40, partie II, art. 4 à 8 et mod.; règle 19(1) applicable à toutes les annexes de la *First Schedule* de la loi; *Schedule D* (concernant les *annual payments payable as a personal debt or obligation by virtue of a contract*) et *Schedule E* (concernant les *salaries and wages*) de la *First Schedule*.

¹⁷ *Deeds of covenant*.

¹⁸ Dans le contexte de cette histoire, il nous a paru approprié d'appeler « rentes annuelles » les paiements annuels versés par le duc à ses serviteurs. Dans l'arrêt *Duke of Westminster*, (1933-35) 19 T.C. 519 à 529 (« *Duke of Westminster* »), rendu par la Chambre des Lords, le terme anglais *annuities* est parfois utilisé pour désigner ces paiements. La règle 19(1) (précité, note 16) s'applique d'ailleurs à une « annuity or any other annual payment payable as a personal debt or obligation by virtue of any contract » (soulignement ajouté).

sur une base hebdomadaire. Le duc signe l'acte avec, pour témoin, un capitaine du 19^e régiment de hussards¹⁹.

Avant que l'acte ne prenne effet, les avoués du duc font parvenir à Frank une lettre explicative, avec un timbre fiscal de 6 pence sous la signature des avoués :

- le duc s'attend que Frank, tant qu'il travaillera comme jardinier, ne cumule pas la rente et ses gages habituels bien qu'il n'y soit pas tenu;
- il s'attend donc que Frank se satisfasse de la rente, laquelle sera majorée d'une somme suffisante pour qu'il continue de recevoir chaque semaine un montant total identique à celui des gages qu'il recevait auparavant;
- la lettre précise que Frank accepte l'arrangement.

Frank accuse réception de la lettre des avoués. Il reconnaît l'avoir lue. Un brin servile envers le duc dans cet arrangement²⁰, il contresigne la lettre ainsi que l'acte. Et il reste au service du duc comme jardinier.

Le percepteur proteste : en réalité²¹, il s'agit toujours de gages, dont le montant n'est pas déductible du revenu total du duc aux fins du calcul de la surtaxe pour 1929-1930, 1930-1931 et 1931-1932²².

¹⁹ St. George Clowes a aussi participé avec le duc à l'épreuve de motonautisme des Jeux olympiques de Londres de 1908.

²⁰ *Commissioners of Inland Revenue c. Burmah Oil Co. Ltd.*, (1979-83) 54 T.C. 200, 214 (« *Burmah* »), lord Diplock : dans les années 1930 et à une période de grand chômage, on pouvait raisonnablement s'attendre à ce que la volonté du jardinier manifestât un certain degré de servilité envers celle du duc.

²¹ *In substance*.

²² Voir *Finance Act 1927*, 17 & 18 Geo. 5, c. 10, al. 42(7)(d) sur le processus d'appel. Les cotisations concernant le duc sont confirmées par les *Commissioners for the Special Purposes of the Income Tax Act: Commissioners for the Special Purposes of the Income Tax Act c. Duke of Westminster*, (1933-35) 19 T.C. 490, 491-497. Le 21 mars 1934, le juge Finlay de la *King's Bench Division* de la *High Court of Justice* donne raison au percepteur : 497-501 (« *Duke of Westminster K.B.* »). Mais le duc fait appel. Le 2 juillet 1934, la Cour d'appel britannique infirme la décision du juge Finlay : 501-510.

Mais quatre des cinq lords de la commission d'appel de la Chambre des Lords²³ donnent raison au duc : juridiquement, il s'agit d'une rente dont le montant est déductible du revenu total de ce dernier.

La Fortune sourit au duc : *Yes indeed, my lord.*

1. **QUE DIT PRÉCISÉMENT LA CHAMBRE DES LORDS DANS L'ARRÊT *DUKE OF WESTMINSTER* ET QUEL EST LE CONTEXTE DE LA SURTAXE?**

On l'aura compris : le duc de l'histoire est le duc de Westminster. La cause fiscale est connue sous le nom d'affaire *Duke of Westminster* ou d'affaire *Westminster*. L'arrêt de la Chambre des Lords²⁴, rendu le 7 mai 1935, aura bientôt 80 ans! Il défraye encore la chronique. Pourquoi? Dans quelle mesure? Dans quels pays?

Nous verrons que les choses n'ont pas évolué de la même façon au Royaume-Uni et au Canada. Nous jetterons aussi un regard sur ce qui se passe en Inde. Mais pour comprendre l'influence qu'a eue ou a encore l'arrêt *Duke of Westminster* dans ces pays, il faut d'abord :

- cerner les motifs de la Chambre des Lords, en tant qu'instance judiciaire, dans cet arrêt;
- comprendre le contexte dans lequel la Chambre des Lords, en tant que chambre haute du Parlement, a accepté l'instauration de la surtaxe qui est à l'origine de la cause;
- distinguer, dans cet arrêt, ce qui correspond à un principe de droit fiscal et ce qui constitue une observation (*dictum*).

²³ *Duke of Westminster*, précité, note 18.

²⁴ À l'époque, la Chambre des Lords a non seulement un rôle législatif en tant que chambre haute du Parlement britannique, mais aussi une fonction judiciaire de dernier ressort, exercée par une **commission d'appel** (*Appellate Committee*) composée normalement de cinq lords parmi les lords d'appel (*Lords of Appeal*, appelés aussi *Law Lords*). Voir *Appellate Jurisdiction Act, 1876*, 39 & 40 Vict., c. 59.

1.1. MOTIFS DES LORDS DE LA COMMISSION D'APPEL DE LA CHAMBRE DES LORDS

Lord Tomlin donne les motifs principaux de l'arrêt *Duke of Westminster*. En voici l'essentiel :

- la lettre explicative des avoués n'est pas un contrat qui modifie l'acte; l'acte a pour effet juridique de constituer un paiement annuel découlant d'une obligation personnelle, même si on l'interprète en tenant compte de toutes les circonstances²⁵;
- une règle de « substance » qui mettrait de côté l'effet juridique d'une opération porterait atteinte à la faculté (*entitlement*) de tout contribuable d'organiser ses affaires de façon à réduire son impôt²⁶;
- la « substance » d'une opération ne peut être autre chose que son effet juridique²⁷;
- la seule exception est le cas où des documents ne sont pas sincères (*bona fide*) ou sont rédigés sans qu'il y ait intention de les respecter, et où ils sont utilisés comme un masque cachant une opération différente²⁸;
- en l'espèce, la sincérité de l'acte signé par le duc et le jardinier est admise.

Lord Macmillan, lord Wright et lord Russell of Killowen interprètent les documents de la même façon que lord Tomlin : l'acte a pour effet juridique de constituer, conformément au libellé de la loi fiscale, un paiement annuel découlant d'une obligation personnelle en vertu d'un contrat, déductible du revenu total aux fins de la surtaxe.

Lord Russell of Killowen ajoute que la recherche de la « substance » d'une opération qui ne serait pas son effet juridique entraînerait une

²⁵ *Duke of Westminster*, précité, note 18, 519-520.

²⁶ *Id.*, 520.

²⁷ *Id.*, 521.

²⁸ *Id.*

imposition incompatible avec la règle d'interprétation stricte des lois fiscales²⁹.

Lord Atkin est dissident³⁰ :

- l'acte a été conçu comme un « procédé » permettant au duc d'éviter de payer une partie de la surtaxe³¹;
- certes, chacun, qu'il soit pauvre et humble ou fortuné et noble, a le droit de disposer de son capital et de son revenu de façon à payer le moins d'impôt possible³²;
- mais le rôle des tribunaux est de déterminer quel est l'effet juridique des dispositions prises, aux fins fiscales³³;
- en l'occurrence, il ne s'agit pas d'un paiement annuel découlant d'une obligation personnelle si l'on regarde l'effet juridique de la lettre explicative des avoués; celle-ci a précédé l'acte et constitue un contrat d'emploi entre le duc et le jardinier qui indique l'effet qu'aura l'acte sur le contrat d'emploi existant. Il s'agit de rémunération³⁴.

1.2. CONTEXTE DE L'INSTAURATION DE LA SURTAXE

Il n'est pas anodin de rappeler le contexte dans lequel a été instaurée la surtaxe dont il est question dans l'arrêt *Duke of Westminster*.

Il s'agit à l'origine d'une *super-tax*. Elle est proposée en 1909 par le chancelier de l'Échiquier³⁵, Lloyd George, dans ce qu'on appelle le budget du peuple (*People's Budget*). À l'époque, au Royaume-Uni, les inégalités

²⁹ *Id.*, 524.

³⁰ *Id.*, 511-517.

³¹ *Id.*, 511. Le mot « procédé » (*device*) n'a ici, pour lord Atkin, aucune connotation péjorative (*sinister sense*).

³² *Id.*

³³ *Id.*

³⁴ *Id.*, 516-517.

³⁵ Au Royaume-Uni, le chancelier de l'Échiquier est l'équivalent d'un ministre des Finances.

sociales et économiques sont criantes. Les nantis sont moins imposés que les pauvres³⁶ en pourcentage de leurs revenus respectifs. Le gouvernement libéral d'alors veut prendre des mesures, non seulement pour redresser les finances de l'État, mais aussi pour lutter contre la pauvreté, le chômage et la maladie, pour corriger les inégalités sociales et mieux équilibrer le fardeau fiscal des contribuables. La *super-tax* fait partie de ces mesures³⁷. Voici ce que dit Lloyd George à son sujet dans le discours du budget :

« The imposition of a super-tax, however, upon large incomes on the lines suggested by the Select Committee of 1906 is a practicable proposition, and it is upon this basis that I intend to proceed. Such a super-tax might take the form of [...] a uniform tax, not upon the total income, but upon the amount only by which the income exceeded a certain fixed amount which would naturally, but need not necessarily, be the amount of the minimum income which attracts the tax. We might begin, say, at £3000 and levy the tax upon income in excess of £3000, or at £5000, and levy the tax upon income in excess of £5000. In the former case some 25,000 assessments would be required, in the latter only 10,000 – from the point of view of administration a very strong argument in favour of the adoption of the higher figure, at any rate in the first instance. [...] Therefore I propose to limit the tax to incomes exceeding £5000, and to levy it upon the amount by which such incomes exceeded £3000, and at the rate of 6d. in the pound³⁸ upon the amount of such excess. An income of £5001 will thus pay in super-tax 6d. in the pound on £2001. [...] »³⁹ (Soulignement ajouté)

La *super-tax* touche donc, à ses débuts, les quelque 10 000 personnes les plus fortunées du Royaume-Uni, qui gagnent plus de 5 000 £ par année; elle est applicable sur la partie de leur revenu total qui dépasse 3 000 £. Les lords, dont la plupart sont de riches propriétaires terriens comme le duc de Westminster, font partie de ces personnes⁴⁰. Le budget du peuple est adopté

³⁶ Toutes taxes confondues (directes et indirectes).

³⁷ Le budget est déposé le 29 avril 1909. D'autres mesures visent notamment un fonds de pension public, les droits successoraux et l'imposition des gros propriétaires terriens. Voir le site www.parliament.uk/about/living-heritage/evolutionofparliament/houseoflords. Voir aussi des extraits du discours du budget de Lloyd George à la Chambre des communes qui dura plus de quatre heures : Carlton Joseph Huntley HAYES, *British social politics: materials illustrating contemporary state action*, Hallandale, New World Book Manufacturing Co., Inc., 1913, réimprimé en 1972, *extract* 58, pp. 361 et suiv.

³⁸ Soit un taux de 2,5 %.

³⁹ C. J. H. HAYES, précité, note 37, pp. 373-374.

⁴⁰ J. Graham JONES, *Lloyd George on the People's Budget*, Liberal Democrat History Group : dans un discours célèbre de Lloyd George du 30 juillet 1909 à Limehouse, quartier populaire de Londres, il est notamment question du duc de Westminster, sur le thème « This system is not business, it is blackmail ». Lloyd George reproche au (à suivre...)

par la Chambre des communes le 25 novembre 1909. Mais, jugé trop « socialisant » (*socialistic*), il est rejeté par la Chambre des Lords cinq jours plus tard par 350 voix contre 75⁴¹. Une crise constitutionnelle s'ensuit⁴².

Des élections générales sont déclenchées en janvier 1910 : elles prennent l'allure d'un référendum sur le budget et sur les lords. Il est reproché ouvertement aux lords l'égoïsme dont ils font preuve en refusant de payer leur juste part de l'impôt national. Les libéraux gagnent les élections. La *super-tax* est finalement adoptée en avril 1910⁴³.

Le conflit entre la Chambre des communes et la Chambre des Lords concernant les finances de l'État n'est pas terminé pour autant. De nouvelles élections générales doivent être tenues en décembre 1910, encore gagnées par les libéraux. La Chambre des Lords craint alors que le roi George V ne nomme de nouveaux pairs de tendance libérale en nombre suffisant pour contrer les lords de tendance conservatrice. Le gouvernement britannique réussit, dans ce contexte, à faire passer en 1911 une loi qui réforme les pouvoirs de la Chambre des Lords. L'article premier du *Parliament Act 1911*⁴⁴ retire notamment à celle-ci tout droit de veto sur les lois de finance et les lois fiscales :

(...suite)

duc son comportement envers M. Gorringer. Ce dernier tient un grand magasin sur un terrain dont le duc est propriétaire, donnant sur Buckingham Palace Road. À la demande de M. Gorringer, le duc renouvelle le bail du terrain mais en portant le loyer de 395 £ à 4 000 £ par an, plus un droit (*fine*) de 50 000 £ et de coûteuses réparations à faire à l'immeuble selon des plans à approuver par le duc. Selon Lloyd George : « If it is confiscation and robbery for us to say to that duke, being in need of money for public purposes, we will take 10 per cent of all you have got, for that purpose, what would you call his taking nine-tenths from Mr Gorringer? » (Traduction libre : « Si c'est de la confiscation et du vol de dire à ce duc que, pour des besoins publics, nous prélèverons 10 % de tout ce qu'il a eu, comment qualifier le prélèvement de 90 % qu'il impose à M. Gorringer? »). Voir aussi C. J. H. HAYES, précité, note 37, p. 354, à ce sujet.

⁴¹ C. J. H. HAYES, précité, note 37, pp. 356 à 358.

⁴² Discours du premier ministre Asquith du 2 décembre 1909 et résolution suivante adoptée par la Chambre des communes : « That the action of the House of Lords in refusing to pass into law the financial provision made by this House for the Service of the year is a breach of the Constitution and a usurpation of the rights of the Commons. » Voir *Hansard*, HC Deb 02 December 1909 vol. 13 cc546-81.

⁴³ *Finance (1909-1910) Act*, précité, note 14.

⁴⁴ 1 & 2 Geo. 5, c. 13, sanctionné le 18 août 1911.

« 1.(1) If a Money Bill having been passed by the House of Commons, and sent up to the House of Lords at least one month before the end of the session, is not passed by the House of Lords without amendment within one month after it is so sent up to that House, the Bill shall, unless the House of Commons directs to the contrary, be presented to His Majesty and become an Act of Parliament on the Royal Assent being signified, notwithstanding that the House of Lords have not consented to the Bill. »

En somme, la *super-tax* est instaurée, avec d'autres mesures fiscales jugées équitables par le gouvernement britannique, dans un contexte houleux qui aboutit à la réduction des pouvoirs de la Chambre des Lords en matière de fiscalité et de finances. En visant les personnes les plus fortunées, dont font généralement partie les lords, la *super-tax* a pour objet d'améliorer l'équité fiscale entre riches et pauvres.

En 1930, la *super-tax* devient une surtaxe. Le revenu total à partir duquel les contribuables y sont assujettis est alors de 2 000 £, mais à des taux qui varient par tranche de revenu, le taux maximal étant de 8 shillings et 3 pence par livre sur la partie du revenu qui dépasse 50 000 £, soit 41,25 %⁴⁵.

Dans l'arrêt *Duke of Westminster*, nul doute que la commission d'appel de la Chambre des Lords est au courant de cet historique ainsi que du caractère social et de l'objectif d'équité de la surtaxe, tout comme le juge Finlay en première instance. Ce dernier ne manque pas d'appeler brièvement *super-tax* la surtaxe dont il est question dans cette affaire⁴⁶.

⁴⁵ WHITEMAN & WHEATCROFT, *Income Tax and Surtax*, Londres, Sweet & Maxwell, 1971, p. 8, par. 1-13. Voir aussi : *Hansard*, HC Deb 14 April 1930, vol. 237, cc2677-2678 et HC Deb 10 September 1931, vol. 256, cc307 (discours du 14 avril 1930 et du 10 septembre 1931 du chancelier de l'Échiquier Philip Snowden); *Finance Act, 1930*, 20 & 21 Geo. 5, c. 28, art. 9; *Finance Act, 1931*, 21 & 22 Geo. 5, c. 28, art. 6, modifié par *Finance (No. 2) Act, 1931*, 21 & 22 Geo. 5, c. 49, art. 7. C'est à partir de l'année 1929-1930 que la *super-tax* devient une surtaxe : *Finance Act, 1927*, 17 & 18 Geo. 5, c. 10, art. 42. Pour 1927-1928 et 1928-1929, il s'agit toujours d'une *super-tax* : *Finance Act, 1927*, 17 & 18 Geo. 5, c. 10, par. 20(1) et *Finance Act, 1928*, 18 & 19 Geo. 5, c. 17, par. 15(2). Voir enfin A. B. ATKINSON, *Income Tax and Top Incomes over the Twentieth Century*, Discussion Paper in Economic and Social History, Oxford, University of Oxford, 2002, pp. 8-9 et 22-23 : le revenu total de 5 000 £ assujettissant à la *super-tax* est abaissé à 3 000 £ en 1914, puis à 2 500 £ en 1918 et enfin à 2 000 £ en 1927; les modalités de calcul du revenu total aux fins de la *super-tax* (surtaxe à partir de 1929-1930) changent également, le revenu total étant d'abord la moyenne des revenus des trois années précédentes, puis le revenu de l'année précédente et enfin le revenu de l'année.

⁴⁶ *Duke of Westminster K.B.*, précité, note 22, 497.

1.3. PRINCIPE ET OBSERVATION INCIDENTE DANS L'ARRÊT *DUKE OF WESTMINSTER*

L'histoire du duc et du jardinier ne serait pas complète si l'on ne précisait pas ce qui constitue, d'une part, le principe de droit que l'arrêt *Duke of Westminster* établit (*ratio*) et, d'autre part, l'observation incidente (*dictum*) faite par lord Tomlin.

1.3.1. Principe : primauté de l'effet juridique d'une opération sur sa substance

La primauté de l'effet juridique d'une opération sur sa « substance » lorsqu'il s'agit d'en déterminer les conséquences fiscales est incontestablement la *ratio decidendi* de l'arrêt *Duke of Westminster* rendu en 1935 par la Chambre des Lords. C'est ce que la Chambre des Lords devait trancher et c'est ce qu'elle a tranché. Ce principe fait autorité.

Dans l'arrêt *W. T. Ramsay Ltd. c. Commissioners of Inland Revenue*⁴⁷, rendu par la Chambre des Lords en 1981, lord Wilberforce considère effectivement qu'il s'agit là d'un principe fondamental, qu'il nuancera cependant, comme nous le verrons plus loin. Il formule ainsi ce principe :

« Given that a document or transaction is genuine, the court cannot go behind it to some supposed underlying substance. This is the well-known principle of *Inland Revenue Commissioners v. Duke of Westminster* [1936] A.C. 1. This is a cardinal principle [...]»⁴⁸. » (Soulignement ajouté)

« [TRADUCTION] Dès lors qu'un document ou une opération est véritable, la cour ne doit pas se lancer à la recherche d'une réalité sous-jacente supposée. C'est le principe bien connu de l'arrêt *Inland Revenue Commissioners c. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1. C'est un principe fondamental [...]»⁴⁹. » (Soulignement ajouté)

1.3.2. Observation (*dictum*) : libre choix de la voie la moins imposée

Voici ce que dit lord Tomlin dans l'arrêt *Duke of Westminster* sur le libre choix de la voie la moins imposée :

« Every man is entitled if he can to order his affairs so as that the tax attaching under the appropriate Acts is less than it otherwise would be. If he succeeds in ordering them so

« [TRADUCTION] Tout homme a le droit, s'il le peut, de diriger ses affaires de façon que son assujettissement aux impôts prescrits par les lois soit moindre qu'il ne le serait autrement.

⁴⁷ (1979-83) 54 T.C. 101, 168-199 (H.L.) (« *Ramsay* »).

⁴⁸ *Id.*, 185.

⁴⁹ Traduction de l'auteur.

as to secure this result, then, however unapreciative the Commissioners of Inland Revenue or his fellow taxpayers may be of his ingenuity, he cannot be compelled to pay an increased tax. This so-called doctrine of "the substance" seems to me to be nothing more than an attempt to make a man pay notwithstanding that he has so ordered his affairs that the amount of tax sought from him is not legally claimable⁵⁰. »

S'il réussit à obtenir ce résultat, alors, même si le perceuteur ou les autres contribuables n'apprécient guère son ingéniosité, on ne peut pas l'obliger à payer plus d'impôt⁵¹. La théorie dite de la "substance" me semble n'être rien d'autre qu'une manœuvre visant à le faire payer même s'il a organisé ses affaires de manière que le montant d'impôt qu'on lui réclame ne soit pas légalement exigible⁵². »

Lord Atkin, dissident, fait une remarque semblable, mais avec le souci de l'appliquer tant aux riches qu'aux pauvres, quoique, dans ce dernier cas, l'application soit plus théorique que pratique et quoique richesse et noblesse semblent aller de pair dans son esprit.

« [...] it has to be recognised that the subject, whether poor and humble or wealthy and noble, has the legal right so to dispose of his capital and income so as to attract upon himself the least amount of tax. [...] »⁵³ »

« [TRADUCTION] [...] il faut admettre que chacun, pauvre et humble ou fortuné et noble, a le droit de disposer de son capital et de son revenu de façon à être imposé le moins possible. [...] »⁵⁴ »

C'est la formulation de lord Tomlin qui franchit l'épreuve du temps. Elle frappe l'imagination. Son côté pragmatique plaît aux contribuables et à leurs conseillers. Certains l'appellent « privilège »⁵⁵. D'autres en font une « maxime »⁵⁶. D'autres encore l'appellent le « principe du choix »⁵⁷ ou encore le choix de la voie la moins imposée⁵⁸. Parfois, on en parle comme de

⁵⁰ *Duke of Westminster*, précité, note 18, 520.

⁵¹ Traduction tirée de l'arrêt *Stubart Investments Ltée c. Canada*, [1984] 1 R.C.S. 536, 552 (« *Stubart* »).

⁵² Traduction de l'auteur.

⁵³ *Duke of Westminster*, précité, note 18, 511.

⁵⁴ Traduction de l'auteur.

⁵⁵ Gilles LARIN et Robert DUONG et contribution de Marie JACQUES, « Des réponses efficaces aux planifications fiscales agressives – Leçons à retenir des autres juridictions », dans *Canadian Tax Paper*, n° 112, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2009, pp. 2 et 4 notamment. Dans la version anglaise de ce texte, le mot employé est *entitlement*.

⁵⁶ *Canada c. Consolidated Canadian Contractors Inc.*, [1999] 1 C.F. 209 (C.A.F.), j. Robertson, par. 32.

⁵⁷ *Whiteman's Income Tax*, 3^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1988, p. 86.

⁵⁸ Thomas DELAHAYE, *Le choix de la voie la moins imposée. Étude de droit fiscal comparé (Belgique, France, Pays-Bas, Royaume-Uni)*, Bruxelles, Établissements E. Bruylant, 1977, 230 pages, commenté dans la *Revue internationale de droit* (à suivre...)

la « réduction maximale légitime d'impôt »⁵⁹. Ce n'est en tout cas pas un « droit » (*right*) au sens juridique strict du terme. C'est plutôt une faculté (*entitlement*) ou une liberté⁶⁰ de choisir la voie la moins imposée. Nous emploierons indifféremment les mots droit, faculté ou liberté dans le présent texte.

La phrase de lord Tomlin est *a priori* une simple observation, une remarque. On en parle d'ailleurs le plus souvent comme d'un *dictum* dans les arrêts britanniques. Mais quelle est son importance? Les observations incidentes n'ont pas toutes le même poids. Tout dépend du contexte dans lequel elles sont faites. Comme le dit en 2005 le juge Binnie, au nom des neuf juges de la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *La Reine c. Henry*⁶¹ :

« 57. The issue in each case, to return to the Halsbury question, is what did the case decide? Beyond the *ratio decidendi* which, as the Earl of Halsbury L.C. pointed out, is generally rooted in the facts, the legal point decided by this Court may be [...] narrow [...] or [...] broad [...]. All obiter do not have, and are not intended to have, the same weight. The weight decreases as one moves from the dispositive *ratio decidendi* to a wider circle of analysis which is obviously intended for guidance and which should be accepted as authoritative. Beyond that, there will be commentary, examples or exposition that are intended to be helpful and may be found to be persuasive, but are certainly not “binding” [...]. The objective of the exercise is to promote certainty in the law, not to stifle its growth and creativity. » (Soulignement ajouté)

« 57. Pour reprendre la formulation du comte Halsbury, il faut se demander chaque fois quelles questions ont été effectivement tranchées. Au-delà de la *ratio decidendi*, qui est généralement ancrée dans les faits, comme l'a signalé le comte Halsbury, le point de droit tranché par la Cour peut être [...] étroit [...] ou [...] large [...]. Les remarques incidentes n'ont pas et ne sont pas censées avoir toutes la même importance. Leur poids diminue lorsqu'elles s'éloignent de la stricte *ratio decidendi* pour s'inscrire dans un cadre d'analyse plus large dont le but est manifestement de fournir des balises et qui devrait être accepté comme faisant autorité. Au-delà, il s'agira de commentaires, d'exemples ou d'exposés qui se veulent utiles et peuvent être jugés convaincants, mais qui ne sont certainement pas “contraignants” [...]. L'objectif est de contribuer à la certitude du droit, non de freiner son évolution et sa créativité. » (Soulignement ajouté)

(...suite)

comparé, (1978), vol. 30, n° 3, pp. 886-887. Stefan N. FROMMEL, « L'abus de droit en droit fiscal britannique », (1991), vol. 43, n° 3 *Revue internationale de droit comparé* 585-625, p. 598.

⁵⁹ *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, [2005] 2 R.C.S. 601 (« *Trustco* »), par. 16.

⁶⁰ *Inland Revenue Commissioners c. McGuckian*, [1997] 1 W.L.R. 991, 1000 (lord Steyn) (« *McGuckian* »). Voir aussi *Levene c. Commissioners of Inland Revenue*, [1928] A.C. 217, 227 (« *Levene* »).

⁶¹ [2005] 3 R.C.S. 609, par. 57. Il s'agit d'une cause de droit criminel et non d'une cause fiscale, mais la question de l'importance relative des observations incidentes (*obiter dicta*) est la même dans tous les domaines du droit.

Il faut donc, dans chaque cas, examiner comment l'observation se situe par rapport à la *ratio decidendi* du jugement. La common law est par essence évolutive : ce qui semble être un principe de droit à un moment donné peut n'être qu'une observation incidente à laquelle il n'y a pas lieu d'accorder d'importance à un autre moment⁶². Inversement, une simple observation qui n'est pas essentielle dans une décision peut devenir un principe fondamental plus tard dans une autre décision.

Au moment de l'arrêt *Duke of Westminster*, la faculté de choisir la voie la moins imposée est liée à deux éléments : d'une part, le principe de la primauté de l'effet juridique de l'opération conclue sur sa substance et, d'autre part, l'interprétation stricte et littérale de la loi fiscale qui prévaut alors.

Or le lien est étroit entre la faculté de choisir la voie la moins imposée et le principe de la primauté de l'effet juridique sur la substance d'une opération : en organisant ses affaires pour payer le moins d'impôt possible, le contribuable tient compte de l'effet juridique de ses opérations, peu importe le motif qui le pousse à les conclure.

Il n'existe que deux exceptions à ce principe, qui viennent nécessairement atténuer la faculté de choisir la voie la moins imposée :

- une disposition législative expresse qui permet d'aller au-delà de la forme ou des effets juridiques du document ou de l'opération;
- le trompe-l'œil (*sham*), c'est-à-dire l'opération qui n'a pas les effets juridiques qu'elle semble avoir et qui comporte un élément de tromperie vis-à-vis des tiers (comme le fisc) ou vis-à-vis du tribunal. L'arrêt *Snook c. London & West Riding Investments, Ltd.*⁶³ de la Chambre des Lords indique qu'il y a trompe-l'œil lorsque les parties ont des agissements :

⁶² Dans le domaine fiscal, les arrêts *McClurg c. Canada*, [1990] 3 R.C.S. 1020 (« *McClurg* ») et *Neuman c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 770 (« *Neuman* ») en sont un très bon exemple. Dans l'arrêt *McClurg*, le juge Dickson mentionne que le paragraphe 56(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.) et mod. (« L.I.R. »), ne s'applique pas aux revenus de dividendes, sauf s'il s'agit de dividendes discrétionnaires versés par une société à des actionnaires ayant un lien de dépendance avec elle et n'ayant fourni aucun apport légitime à la société. Huit ans plus tard, dans l'arrêt *Neuman*, par. 55 à 60, il est mentionné que cette dernière condition (contraire au droit des sociétés) n'était qu'une opinion incidente du juge Dickson et qu'il n'y avait pas lieu d'en tenir compte.

⁶³ [1967] 1 All E.R. 518, 528 (lord Diplock) (« *Snook* »).

« [...] which are intended by them to give to third parties or to the court the appearance of creating between the parties legal rights and obligations different from the actual legal rights and obligations (if any) which the parties intend to create. »

« [TRADUCTION] [...] dans l'intention de faire croire à des tiers ou à la cour qu'ils créent entre les parties des obligations et droits légaux différents des obligations et droits légaux réels (s'il en est) que les parties ont l'intention de créer⁶⁴. »

Il y a par ailleurs un lien étroit entre la faculté de choisir la voie la moins imposée et l'interprétation stricte des lois fiscales qui prévaut du temps de l'arrêt *Duke of Westminster*, comme le souligne lord Russell of Killowen dans ce dernier arrêt :

« The subject is not taxable by inference or by analogy, but only by the plain words of a statute applicable to the facts and circumstances of his case. As Lord Cairns said many years ago in *Partington v. Attorney General*, (1869) L.R. 4 E. & E. & I. App. H.L. 100 at page 122 :

« [TRADUCTION] Une personne n'est pas imposable par inférence ou par analogie, mais seulement par les termes de la loi applicables aux faits et à la situation en cause. Comme le disait lord Cairns il y a longtemps dans *Partington c. Attorney General*, (1869) L.R. 4 E. & E. & I. App. H.L. 100, à la page 122⁶⁶ :

“As I understand the principle of all fiscal legislation, it is this: If the person sought to be taxed comes within the letter of the law he must be taxed, however great the hardship may appear to the judicial mind to be. On the other hand, if the Crown, seeking to recover the tax, cannot bring the subject within the letter of the law, the subject is free, however apparently within the spirit of the law the case might otherwise appear to be.”⁶⁵ »

“[TRADUCTION] [...] selon moi, le principe à la base de toute mesure fiscale est le suivant : si la personne qu'on cherche à assujettir à l'impôt tombe sous le coup de la lettre de la loi, elle doit y être assujettie, si dur que cela puisse paraître au juge. Par contre, si le fisc, en tentant de recouvrer l'impôt, ne peut établir que la personne tombe sous le coup de la lettre de la loi, elle en est exempte, même si en apparence le cas peut sembler cadrer avec l'esprit de la loi.”⁶⁷ »

En 1926, soit neuf ans avant l'arrêt *Duke of Westminster*, lord Sumner, dans l'arrêt *Commissioners of Inland Revenue c. Fisher's Executors*⁶⁸, fait

⁶⁴ Traduction tirée de l'arrêt *Stuart*, précité, note 51, 572.

⁶⁵ *Duke of Westminster*, précité, note 18, 524.

⁶⁶ Traduction de l'auteur.

⁶⁷ Traduction tirée de l'arrêt *La Reine c. Malloney's Studio Ltd.*, [1979] 2 R.C.S. 326, 337.

⁶⁸ [1926] A.C. 395, 412. Traduction de l'auteur. Arrêt unanime en faveur du contribuable, selon lequel il ne faut pas tenter d'aller au-delà (*behind*) d'une opération par ailleurs valide (primauté de la forme juridique) : voir p. 407 (lord Shaw of Dunfermline). Voir aussi *Levene*, précité, note 60, 227 ; arrêt en faveur du fisc, compte tenu des termes de la loi portant sur la notion de résident du Royaume-Uni.

une observation similaire à celle de lord Tomlin : chacun est en droit d'organiser ses affaires pour ne pas payer d'impôt. Il est flagrant que cette observation allait aussi de pair avec une interprétation stricte de la loi fiscale. Voici en effet ce que dit lord Sumner :

« [...] the highest authorities have always recognised that the subject is entitled so to arrange his affairs as not to attract taxes imposed by the Crown, so far as he can do so within the law, and that he may legitimately claim the advantage of any expressed terms or any omissions that he can find in his favour in taxing Acts. In so doing, he neither comes under liability nor incurs blame. »

« [TRADUCTION] [...] les plus hautes instances ont toujours reconnu que chacun est en droit d'organiser ses affaires de façon à ne pas être imposé par la Couronne s'il parvient à le faire dans le cadre de la loi, et qu'il peut légitimement tirer avantage de tout terme ou de toute omission en sa faveur qu'il réussit à trouver dans les lois fiscales. Ce faisant, il n'encourt ni responsabilité ni blâme. »

Pour en revenir à l'observation de lord Tomlin dans l'arrêt *Duke of Westminster*, nous constatons donc que celle-ci n'a d'importance qu'en lien avec l'interprétation stricte de la loi fiscale appliquée à la forme juridique de l'opération conclue. Autrement dit, à l'époque du duc, le contribuable, quelle que soit sa motivation quand il organise ses affaires, peut se fier non seulement à l'effet juridique de ses opérations, mais aussi à la lettre de la loi. Cela lui donne, pense-t-il, une quasi-certitude dans l'application de la loi fiscale à son égard mais lui donne aussi beaucoup de latitude en matière d'évitement fiscal. Cela s'est vérifié pendant les nombreuses années où, sans coup férir ou presque, l'arrêt *Duke of Westminster* a été suivi tant au Royaume-Uni qu'au Canada. L'intégrité du régime fiscal en a souffert.

Il a fallu sortir du cercle vicieux suivant : l'interprétation stricte et littérale de la loi fiscale a pour corollaire que le doute, en cas d'ambiguïté, est en faveur du contribuable; le législateur a donc dû être précis et détaillé dans la rédaction de la loi; en cherchant à tout prévoir, il a rendu la loi fiscale de plus en plus complexe; les tribunaux, à cause de ces textes législatifs précis et détaillés et de cette complexité, ont été confortés dans leur interprétation stricte et littérale de la loi; l'évitement fiscal a proliféré⁶⁹.

⁶⁹ Voir à ce sujet P. W. HOGG, J. E. MAGEE et Jinyan LI, *Principles of Canadian Income Tax Law*, 7^e éd., Toronto, Carswell, 2010, p. 654.

2. QUELLES TRACES DE L'HISTOIRE DU DUC ET DU JARDINIER LE TEMPS A-T-IL LAISSÉES?

Les choses ont commencé à changer dans les années 1980 : les tribunaux et, au Canada, le législateur sont intervenus. Mais l'histoire du duc et du jardinier a laissé des traces : de moins en moins visibles au Royaume-Uni, indélébiles jusqu'ici au Canada, troublantes en Inde.

Nous ferons état d'arrêts qui marquent cette évolution et montrent l'influence que l'affaire *Duke of Westminster*⁷⁰ a eue au Royaume-Uni, berceau du duc, et a encore au Canada ainsi qu'en Inde. Il nous a paru important de citer certains passages de ces arrêts, en anglais et en français⁷¹, pour une meilleure compréhension et comme sources utiles de référence.

2.1. ÉVOLUTION AU ROYAUME-UNI : LE DUC S'ÉLOIGNE PEU À PEU

À partir de 1981, plus de 45 ans après l'arrêt *Duke of Westminster*, la Chambre des Lords change d'attitude face aux stratagèmes d'évitement fiscal : d'une part, elle passe de l'interprétation stricte de la loi fiscale à une interprétation en contexte et selon son objet; d'autre part, en analysant la nature juridique des opérations, elle prend en considération la réalité des faits.

Partant, sans que le principe de l'arrêt *Duke of Westminster* (primauté de l'effet juridique sur la substance) soit complètement abandonné, l'importance de l'observation de lord Tomlin sur la faculté de chacun d'organiser ses affaires à sa guise pour réduire son imposition décline lorsqu'il s'agit d'évitement fiscal.

⁷⁰ Nous ne ferons pas d'analyse détaillée des faits ni de la législation ou du droit applicable dans ces arrêts, en dehors de ce qui touche à l'arrêt *Duke of Westminster*. D'autres l'ont fait très bien et ce n'est pas l'objet du présent texte.

⁷¹ Traduction en français dans le cas des arrêts de la Chambre des Lords et de la Cour suprême du Royaume-Uni et d'autres textes d'origine britannique, ainsi que dans le cas des arrêts de la Cour suprême de l'Inde et de la Cour d'appel final de Hong Kong. Version française officielle des arrêts de la Cour suprême du Canada.

2.1.1. Arrêt *Ramsay*⁷² – L’observation de lord Tomlin et le principe de l’arrêt *Duke of Westminster* sont maintenus mais nuancés – Débuts de l’interprétation de la loi fiscale en contexte et selon son objet – Série d’opérations préconçues à analyser comme un tout (opération composite)

Dans l’arrêt *Ramsay*, des opérations circulaires, c’est-à-dire annulant l’une après l’autre l’effet de la précédente, ont été effectuées : une disposition de créances entraînant un gain en capital non imposable et une disposition d’actions entraînant une perte en capital déductible.

Nous sommes en mars 1981. Lord Wilberforce expose les principes retenus dans cet arrêt.

Le premier est un principe d’interprétation : il faut tenir compte du contexte et de l’objet de la loi.

« 1. A subject is only to be taxed on clear words, not upon the “intendment” or on the “equity” of an Act. Any taxing Act of Parliament is to be construed in accordance with this principle. What are “clear words” is to be ascertained upon normal principles: these do not confine the Court to literal interpretation. There may, indeed should, be considered the context and scheme of the relevant Act as a whole, and its purpose may, indeed should, be regarded⁷³. » (Soulignement ajouté)

« [TRADUCTION] 1. Une personne ne peut être assujettie à l’impôt qu’en fonction de termes clairs et non de l’“intention présumée” ou du “souci d’équité” d’une loi. Toute loi fiscale doit être interprétée selon ce principe. La signification de “termes clairs” se détermine selon des principes normaux qui ne confinent pas la Cour à une interprétation littérale. On peut, et on doit même, prendre en considération le contexte et l’économie de la loi pertinente lue comme un tout, ainsi que son objet⁷⁴. » (Soulignement ajouté)

Le deuxième principe concerne l’observation de lord Tomlin dans l’arrêt *Duke of Westminster* sur la faculté de choisir la voie la moins imposée : il

⁷² Précité, note 47. Arrêt unanime rendu en faveur du fisc le 12 mars 1981. Motifs donnés par lord Wilberforce et par lord Fraser of Tullybelton. Lord Russell of Killowen et lord Roskill sont d’accord avec les motifs donnés par lord Wilberforce et par lord Fraser of Tullybelton; lord Bridge of Harwich est d’accord avec les motifs donnés par lord Wilberforce (p. 199). L’arrêt *Ramsay* est commenté au Canada par le juge Estey dans l’arrêt *Stubart*, précité, note 51, 557-558; le juge Estey ne fait toutefois pas expressément référence aux quatre principes énoncés par lord Wilberforce et évoqués dans le présent texte.

⁷³ *Ramsay*, précité, note 47, 184.

⁷⁴ Traduction de l’auteur.

importe peu que l'opération n'ait qu'un motif fiscal; c'est son effet juridique qui compte.

« 2. A subject is entitled to arrange his affairs so as to reduce his liability to tax. The fact that the motive for a transaction may be to avoid tax does not invalidate it unless a particular enactment so provides. It must be considered according to its legal effect⁷⁵. »

« [TRADUCTION] 2. Chacun est en droit d'organiser ses affaires afin de réduire sa charge fiscale. Le fait qu'une opération puisse avoir pour motif d'éviter l'impôt ne l'invalide pas, sauf si une disposition législative le prévoit. Il faut prendre en considération l'effet juridique de l'opération⁷⁶. »

Le troisième principe a trait à la question de savoir si un document ou une opération sont véritables ou s'il s'agit de trompe-l'œil. Les premiers sont sincères car ils sont ce qu'ils affirment être, et rien de plus; les seconds prétendent être une chose mais en sont une autre. C'est une question de fait à évaluer par le fisc.

« 3. It is for the fact-finding commissioners to find whether a document or a transaction is genuine or a sham⁷⁷. »

« [TRADUCTION] 3. C'est au percepteur qui analyse les faits de déterminer si un document ou une opération est véritable ou constitue un trompe-l'œil⁷⁸. »

Selon lord Wilberforce, il existe un quatrième principe quand un document ou une opération est reconnu comme étant véritable : conformément à l'arrêt *Duke of Westminster*, il ne faut pas partir à la recherche d'une éventuelle réalité sous-jacente (*substance*), mais il ne faut pas non plus que la nature juridique du document ou de l'opération soit analysée avec des œillères et hors contexte.

« 4. Given that a document or transaction is genuine, the court cannot go behind it to some supposed underlying substance. This is the well-known principle of *Inland Revenue Commissioners v. Duke of Westminster* [1936] A.C. 1. This is a cardinal principle but it must not be overstated or overextended. While obliging the court to accept documents or transactions, found to be genuine, as such, it does not compel the court to look at the document or a

« [TRADUCTION] 4. Dès lors qu'un document ou une opération est véritable, la cour ne doit pas se lancer à la recherche d'une réalité sous-jacente supposée. C'est le principe bien connu de l'arrêt *Inland Revenue Commissioners c. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1. C'est un principe fondamental qu'il ne faut toutefois ni surévaluer ni trop élargir. S'il contraint la cour à accepter des documents ou des opérations reconnus véritables, il ne l'oblige pas à les examiner

⁷⁵ Ramsay, précité, note 47, 184.

⁷⁶ Traduction de l'auteur.

⁷⁷ Ramsay, précité, note 47, 184.

⁷⁸ Traduction de l'auteur.

transaction in blinkers, isolated from any context to which it properly belongs. [...] It is the task of the court to ascertain the legal nature of any transaction to which it is sought to attach a tax or a tax consequence [...]»⁷⁹. » (Soulignement ajouté)

avec des œillères, isolés du contexte dont ils font vraiment partie. [...] Il appartient à la cour de déterminer la nature juridique d'une opération que l'on cherche à imposer ou à laquelle on cherche à attribuer une conséquence fiscale [...]»⁸⁰. » (Soulignement ajouté)

Lord Wilberforce précise que le principe de l'arrêt *Duke of Westminster* n'empêche pas d'analyser comme un tout une série d'opérations conçue comme telle (appelée opération composite).

« [...] [The Commissioners] are not, under the *Westminster* doctrine or any other authority, bound to consider individually each separate step in a composite transaction intended to be carried through as a whole.[...]»⁸¹ »

« [TRADUCTION] [...] [Le percepteur] n'est pas tenu, en vertu du principe de l'arrêt *Westminster* ou de tout autre arrêt, d'analyser séparément chacune des étapes d'une opération composite qui a été conçue comme un tout. [...]»⁸² »

Il prend aussi soin de dire qu'il faut continuer d'analyser la nature juridique des opérations en cause pour en déterminer les conséquences fiscales selon la loi, mais qu'il faut le faire sans immobilisme et en contexte.

« [...] That does not introduce a new principle: it would be to apply to new and sophisticated legal devices the undoubted power and duty of the courts to determine their nature in law and to relate them to existing legislation. While the techniques of tax avoidance progress are technically improved, the courts are not obliged to stand still. Such immobility must result either in loss of tax, to the prejudice of other taxpayers, or to Parliamentary congestion or (most likely) to both»⁸³. » (Soulignement ajouté)

« [TRADUCTION] [...] Il ne s'agit pas d'un nouveau principe : Il suffit d'appliquer à des procédés légaux nouveaux et élaborés le pouvoir et le devoir indiscutables des tribunaux de déterminer leur nature en droit et de les rattacher à la législation en vigueur. Face à l'évolution et au raffinement des techniques d'évitement fiscal, les tribunaux ne sont pas tenus de rester immobiles. Une telle immobilité entraînerait inévitablement une perte d'impôt préjudiciable aux autres contribuables ou un engorgement du Parlement ou encore (plus probablement) les deux»⁸⁴. » (Soulignement ajouté)

⁷⁹ *Ramsay*, précité, note 47, 184-185

⁸⁰ Traduction de l'auteur.

⁸¹ *Ramsay*, précité, note 47, 185.

⁸² Traduction de l'auteur.

⁸³ *Ramsay*, précité, note 47, 187.

⁸⁴ Traduction de l'auteur.

Lord Wilberforce ajoute que l'impôt sur les gains en capital s'applique dans un monde réel et que la Chambre est à même de conclure qu'une opération ne correspond pas à ce qu'envisage la législation.

« The capital gains tax was created to operate in the real world, not that of make-belief. [...] To say that a loss (or gain) which appears to arise at one stage in an indivisible process, and which is intended to be and is cancelled out by a later stage [...] of what was bought as, and planned as, a single continuous operation, is not such a loss (or gain) as the legislation is dealing with, is in my opinion well and indeed essentially within the judicial function⁸⁵. » (Soulignement ajouté)

« [TRADUCTION] L'impôt sur les gains de capital a été institué pour s'appliquer dans un monde réel et non dans un monde fictif. [...] À mon avis, dire qu'une perte (ou un gain) qui paraît découler d'une étape d'un processus indivisible et qui vise à être annulé[e] et est effectivement annulée par une étape ultérieure de [...] ce qui a été élaboré et planifié comme une seule et même opération, ne constitue pas une perte (ou un gain) envisagée par la loi, relève éminemment de la fonction judiciaire⁸⁶. » (Soulignement ajouté)

De son côté, lord Fraser of Tullybelton juge aussi que la Chambre a le droit et le devoir de considérer comme un tout un plan préétabli conçu, comme dans l'affaire *Ramsay*, pour engendrer une perte équivalant à un gain⁸⁷. Il établit une distinction entre un tel plan et l'opération unique dont il est question dans l'arrêt *Duke of Westminster*.

« Nothing that I have said is in any way inconsistent with the decision in the *Duke of Westminster's* case [...] where there was only one transaction – the grant of an annuity – and there was no question of its having formed part of a larger scheme [...]»⁸⁸. »

« [TRADUCTION] Rien de ce que j'ai dit n'est incompatible avec l'arrêt *Duke of Westminster* [...], dans lequel une seule opération, l'attribution d'une rente, était en cause et où il n'était aucunement question que celle-ci ait fait partie d'un plan plus important [...]»⁸⁹. »

En somme, dans l'arrêt *Ramsay*, la Chambre des Lords se garde bien d'écarter l'arrêt *Duke of Westminster*, tout en disant que, dorénavant, il convient d'interpréter la loi fiscale selon son objet et d'analyser sans œillères et comme un tout la nature juridique d'une série d'opérations préconçues réalisées dans le cadre d'un plan d'évitement complexe. De plus, elle commence timidement à établir une distinction factuelle entre l'opération simple de l'affaire *Duke of Westminster* et des opérations complexes.

⁸⁵ *Ramsay*, précité, note 47, 187.

⁸⁶ Traduction tirée de l'arrêt *Stubart*, précité, note 51, 558.

⁸⁷ *Ramsay*, précité, note 47, 197.

⁸⁸ *Id.*, 198.

⁸⁹ Traduction de l'auteur.

2.1.2. Arrêt *Burmah*⁹⁰ – Importance de la démarche adoptée dans l'arrêt *Ramsay* – L'observation de lord Tomlin dans l'arrêt *Duke of Westminster* ne dit pas grand-chose

Nous sommes en décembre 1981, soit neuf mois après l'arrêt *Ramsay*. L'affaire *Burmah* porte sur une série d'opérations d'évitement circulaires créant une perte comme dans l'arrêt *Ramsay*⁹¹. Ayant probablement à l'esprit l'observation de lord Tomlin dans l'arrêt *Duke of Westminster* sur le libre choix de la voie la moins imposée, lord Fraser of Tullybelton reconnaît qu'il n'y a rien de répréhensible, au contraire, à ce que les administrateurs de la société *Burmah Oil* et leurs conseillers cherchent, comme ils l'ont fait, à réduire l'impôt sur les bénéfices de la société⁹². Mais il s'appuie sur l'arrêt *Ramsay*, tout comme lord Diplock, qui en souligne ainsi l'importance :

« It would be disingenuous to suggest, and dangerous on the part of those who advise on elaborate tax-avoidance schemes to assume, that *Ramsay's* case did not mark a significant change in the approach adopted by this House in its judicial role to a pre-ordained series of transactions (whether or not they include the achievement of a legitimate commercial end) into which there are inserted steps that have no commercial purpose apart from the avoidance of a liability to tax which in the absence of those particular steps would have been payable⁹³. » (Soulignement ajouté)

« [TRADUCTION] Il serait malhonnête de prétendre et dangereux de la part de ceux qui conseillent d'avoir recours à des plans compliqués d'évitement de l'impôt de présumer que l'arrêt *Ramsay* n'a pas marqué un changement important dans la façon dont cette Chambre aborde son rôle judiciaire à l'égard de chaînes d'opérations préconçues (que celles-ci comportent ou non la réalisation d'objets commerciaux légitimes) dont certaines étapes n'ont pas d'autre objet commercial que d'éviter l'assujettissement à l'impôt autrement payable en l'absence de ces étapes précises⁹⁴. » (Soulignement ajouté)

⁹⁰ Précité, note 20. Arrêt unanime en faveur du fisc rendu le 3 décembre 1981 : pp. 213 et suiv. Motifs donnés par lord Diplock, lord Fraser of Tullybelton et lord Scarman. Lord Roskill et lord Brandon of Oakbrook partagent les motifs de lord Diplock et de lord Fraser of Tullybelton (p. 222). L'arrêt *Burmah* est commenté par le juge Estey dans l'arrêt *Stubart*, précité, note 51, 559-560 : le juge Estey constate que comme dans l'arrêt *Ramsay*, une fois le plan mené à son terme, il n'y avait ni perte réelle ni perte au sens prévu par la loi; selon lui, c'est la nature artificielle du gain et de la perte qui a rendu ce gain et cette perte étrangers au régime d'imposition établi par le législateur.

⁹¹ *Burmah*, précité, note 20, 220 (référence par lord Fraser of Tullyberton à la *ratio* de l'arrêt *Ramsay* concernant l'impôt sur les gains en capital institué pour s'appliquer dans un monde réel).

⁹² *Id.*

⁹³ *Id.*, 214.

⁹⁴ Traduction tirée de l'arrêt *Stubart*, précité, note 51, 559-560.

C'est le résultat final qu'il convient de regarder⁹⁵. Lord Diplock rappelle que cette façon de voir différente n'invalide pas l'arrêt *Duke of Westminster*. Mais il note que l'observation de lord Tomlin dans cet arrêt ne dit pas grand-chose sur le mode d'organisation des affaires diminuant l'impôt que les tribunaux reconnaîtront comme valide. D'ailleurs, la situation factuelle dans l'affaire *Duke of Westminster* est simple et ne se compare guère aux stratagèmes complexes d'évitement fiscal qui ont suivi.

« The difference is in the approach. It does not necessitate the over-ruling of any earlier decisions of this House; but it does involve recognising that Lord Tomlin's oft-quoted dictum in *Commissioners of Inland Revenue v. Duke of Westminster* [...] "Every man is entitled if he can to order his affairs so as that the tax attaching under the appropriate Acts is less than it otherwise would be", tells us little or nothing as to what methods of ordering one's affairs will be recognised by the courts as effective to lessen the tax that would attach to them if business transactions were conducted in a straight-forward way. The *Duke of Westminster's* case was about a simple transaction entered into between two real persons each with a mind of his own, the Duke and his gardener – even though in the nineteen-thirties and at a time of high unemployment there might be reason to expect that the mind of the gardener would manifest some degree of subservience to that of the Duke. The kinds of tax avoidance schemes that have occupied the attention of the courts in recent years, however, involve inter-connected transactions between artificial persons, limited companies, without minds of their own but directed by a single master-mind. [...]⁹⁶ » (Soulignement ajouté)

« [TRADUCTION] Il s'agit d'une façon de voir différente. Elle n'exige pas qu'on infirme des décisions antérieures de cette Chambre, mais qu'on reconnaisse que l'opinion incidente souvent citée de lord Tomlin dans *Commissioners of Inland Revenue c. Duke of Westminster*, "tout homme a le droit, s'il le peut, de diriger ses affaires de façon que son assujettissement aux impôts prescrits par les lois soit moindre qu'il ne le serait autrement", ne nous dit rien ou presque rien sur le mode d'organisation de ses affaires que les tribunaux reconnaîtront comme diminuant valablement l'impôt qui serait autrement payable si les opérations avaient été faites de façon directe. L'arrêt *Duke of Westminster* visait une opération simple intervenue entre deux personnes physiques ayant chacune son intention propre, le duc et son jardinier – quoique dans les années trente et à une période de grand chômage, on pût raisonnablement s'attendre à ce que la volonté du jardinier manifestât un certain degré de servilité envers celle du duc. Les types de plans d'évitement de l'impôt soumis à l'analyse des tribunaux depuis quelques années comportent des opérations intimement liées faites entre des personnes morales, des sociétés à responsabilité limitée, sans volonté propre, mais dirigées par un seul maître d'œuvre. [...]⁹⁷ » (Soulignement ajouté)

Lord Scarman, d'accord avec lord Diplock et lord Fraser of Tullybelton, ajoute qu'il est important que la communauté fiscale soit bien au fait de la nouvelle façon d'aborder les causes d'évitement fiscal.

⁹⁵ *Burmah*, précité, note 20, 215 (lord Diplock) et 220 (lord Fraser of Tullybelton). Il n'y avait pas de perte liée à une mauvaise créance en fin de compte.

⁹⁶ *Id.*, 214.

⁹⁷ Traduction tirée de l'arrêt *Stuart*, précité, note 51, 559-560.

« [...] it is of the utmost importance that the business community (and others, including their advisers) should appreciate [...] that *Ramsay* case marks “a significant change in the approach adopted by this House in its judicial role” towards tax avoidance schemes. [...]»⁹⁸ »

« [TRADUCTION] [...] il est de la plus haute importance que le monde des affaires en particulier (y compris ses conseillers) comprenne [...] que l’arrêt *Ramsay* marque “un changement important dans la façon dont la Chambre aborde son rôle judiciaire” en ce qui concerne les plans d’évitement fiscal. [...]»⁹⁹ »

En résumé, dans l’arrêt *Burmah*, la Chambre des Lords distingue l’affaire *Duke of Westminster* d’affaires plus complexes d’évitement fiscal et constate que l’observation de lord Tomlin sur la faculté de choisir la voie la moins imposée ne dit pas grand-chose sur ce qu’il est ou non légal de faire. Surtout, elle confirme que l’interprétation stricte des lois fiscales n’a plus cours et est remplacée par une interprétation qui tient compte de l’objet de la loi, sans que cela n’invalide l’arrêt *Duke of Westminster*.

2.1.3. Arrêt *Furniss c. Dawson*¹⁰⁰ – Méthode de lord Brightman sur les étapes annulables d’une série d’opérations (opération composite) – Les limites au libre choix de la voie la moins imposée sont à préciser par les tribunaux – Fantôme du duc de Westminster (lord Roskill)

Dans l’arrêt *Dawson*, rendu le 9 février 1984, il ne s’agit plus d’opérations circulaires, mais d’opérations linéaires qui ne s’annulent pas l’une l’autre et qui visent un report d’impôt. Une société créée à l’île de Man est notamment utilisée pour éviter l’impôt sur les gains en capital réalisés lors de ventes d’actions.

Lord Brightman, avec lequel les autres lords sont d’accord, part du principe que les arrêts *Ramsay* et *Burmah* constituent le droit applicable en la matière. De l’arrêt *Ramsay*, il tire que, dans un plan d’évitement fiscal, il n’y a pas de distinction à faire entre une série d’opérations résultant

⁹⁸ *Burmah*, précité, note 20, 222.

⁹⁹ Traduction de l’auteur.

¹⁰⁰ [1984] A.C. 474, 512-528 (H.L.) (« *Dawson* »). Cet arrêt est parfois désigné sous le nom de *Furniss*. Arrêt unanime en faveur du fisc. Motifs donnés par chacun des cinq lords de la commission d’appel de la Chambre des Lords : Brightman, Scarman, Fraser of Tullybelton, Bridge of Harwich et Roskill. Les motifs principaux sont donnés par lord Brightman. L’arrêt *Dawson* est commenté par le juge Estey dans l’arrêt *Stubart*, précité, note 51, 561-562.

d'arrangements et une série d'opérations effectuées par contrat¹⁰¹. De l'arrêt *Burmah*, il tire le cadre dans lequel on peut suivre l'arrêt *Ramsay*, à savoir :

« First, there must be a pre-ordained series of transactions, or, if one likes, one single composite transaction. This composite transaction may or may not include the achievement of a legitimate commercial (i.e. business) end. [...]. Secondly, there must be steps inserted which have no commercial (business) purpose apart from the avoidance of a liability to tax – not “no business effect”. If those two ingredients exist, the inserted steps are to be disregarded for fiscal purposes. The court must then look at the end result. Precisely how the end result will be taxed will depend on the terms of the taxing statute sought to be applied¹⁰². » (Soulignement ajouté)

« [TRADUCTION] D'abord, il doit y avoir une série d'opérations préconçues ou, si on préfère, une seule opération composite. Cette opération composite peut ou non comporter la poursuite d'un objectif commercial légitime (c'est-à-dire d'affaires) [...]. En second lieu, il doit y avoir des étapes qui n'ont pas d'objet commercial (ou d'affaires) sauf celui d'éviter l'assujettissement à l'impôt, et non pas des étapes qui n'ont pas d'"effet commercial". Si ces deux éléments existent, ces étapes doivent être écartées pour fins fiscales. La cour considère alors le résultat définitif. La façon précise dont le résultat définitif est imposé dépend du texte de la loi fiscale à appliquer¹⁰³. » (Soulignement ajouté)

De son côté, lord Fraser of Tullybelton, qui faisait partie de la commission d'appel de la Chambre dans les arrêts *Ramsay* et *Burmah*, rappelle que, selon l'arrêt *Ramsay*, les tribunaux ne sont pas tenus, en vertu de l'arrêt *Duke of Westminster*, d'examiner une par une les étapes d'un plan d'évitement fiscal. Il faut regarder le résultat de l'ensemble des opérations.

« The true principle of the decision in *Ramsay* was that the fiscal consequences of a preordained series of transactions, intended to operate as such, are generally to be ascertained by considering the result of the series as a whole, and not by dissecting the scheme and considering each individual transaction separately¹⁰⁴. » (Soulignement ajouté)

« [TRADUCTION] Le véritable principe de la décision dans l'affaire *Ramsay* était que les conséquences fiscales d'une chaîne préétablie d'opérations conçues dans l'intention d'atteindre l'effet visé, s'évaluent en fonction du résultat de l'ensemble des opérations et non par une dissection du plan et une analyse distincte de chaque opération particulière¹⁰⁵. » (Soulignement ajouté)

Quant à lord Scarman, il souligne que c'est aux tribunaux de préciser les limites de l'observation de lord Tomlin, qu'il appelle principe, sur le libre choix de la voie la moins imposée. Le droit n'en est qu'à ses débuts en

¹⁰¹ Dawson, précité, note 100, 526.

¹⁰² *Id.*, 527.

¹⁰³ Traduction tirée partiellement de l'arrêt *Stuart*, précité, note 51, 562.

¹⁰⁴ Dawson, précité, note 100, 512.

¹⁰⁵ Traduction tirée de l'arrêt *Stuart*, précité, note 51, 562.

matière d'évitement fiscal et évoluera en fonction des situations qui se présenteront.

« These words [from Lord Diplock in *Burmah*] leave space in the law for the principle enunciated by Lord Tomlin in *Inland Revenue Commissioners v. Duke of Westminster* [1936] A.C. 1, 19, that every man is entitled if he can to order his affairs so as to diminish the burden of tax. The limits within which this principle is to operate remain to be probed and determined judicially. [...]»¹⁰⁶ » (Soulignement ajouté)

« [TRADUCTION] Ces observations [de lord Diplock dans l'affaire *Burmah*] laissent le champ libre pour préciser en droit le principe énoncé par lord Tomlin dans *Inland Revenue Commissioners c. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1, page 19, selon lequel tout homme est en droit, s'il le peut, d'organiser ses affaires de façon à réduire sa charge fiscale. Les limites à l'intérieur desquelles ce principe s'appliquera doivent encore être situées et précisées par les tribunaux. [...]»¹⁰⁷ » (Soulignement ajouté)

Par ailleurs, lord Bridge of Harwich s'étonne que les tribunaux inférieurs accordent encore autant d'importance à l'arrêt *Duke of Westminster*.

« The extent to which the speeches of the majority in the *Westminster* case still tend to dominate the thinking in this field of the English judiciary is well shown by the judgments in the courts below in the instant case. In particular, the *Westminster* case seems still to be accepted as establishing that the only ground on which it can be legitimate to draw a distinction between the substance and the form of transactions in considering their tax consequences is that the transactions are shams, in the sense that they are not what, on their face, they purport to be. The strong dislike expressed by the majority in the *Westminster* case for what Lord Tomlin described [...] as "a doctrine that the court may ignore the legal position and regard what is called 'the substance of the matter'", is in the least surprising when one remembers that the only transaction in question was the duke's covenant in favour of his gardener and the bona fides of that transaction was never for a moment impugned.

« [TRADUCTION] Les jugements des instances inférieures dans la présente affaire montrent combien les motifs de la majorité dans l'arrêt *Westminster* prévalent encore chez les tribunaux en Angleterre. En particulier, ceux-ci semblent encore considérer que, suivant cet arrêt, la seule raison pour laquelle il peut être légitime de faire une distinction entre la "substance" et la forme d'opérations en déterminant leurs conséquences fiscales, est que ces opérations sont des trompe-l'œil, en ce sens qu'elles ne sont pas ce pour quoi on les fait passer. Dans l'arrêt *Westminster*, la vigueur avec laquelle la majorité a rejeté ce que lord Tomlin a décrit [...] comme "une théorie selon laquelle la cour peut mettre de côté l'aspect juridique pour examiner 'la substance de l'affaire'", est pour le moins surprenante quand on se souvient que la seule opération en cause était la promesse du duc à son jardinier et que la sincérité de l'opération n'a jamais été contestée.

[...] I do suggest that the distinction between form and substance is one which can usefully be drawn in determining the tax

[...] je crois vraiment que la distinction entre forme et "substance" peut être utile pour établir les conséquences fiscales d'opérations composites et qu'elle aidera les tribunaux à se

¹⁰⁶ Dawson, précité, note 100, 513-514.

¹⁰⁷ Traduction de l'auteur.

consequences of composite transactions and one which will help to free the courts from the shackles which have for so long been thought to be imposed upon them by the *Westminster* case¹⁰⁸. »

libérer du carcan que l'arrêt *Westminster* leur a paru si longtemps leur imposer¹⁰⁹. »

Enfin, lord Roskill, qui faisait déjà partie de la commission d'appel de la Chambre des Lords dans les arrêts *Ramsay* et *Burmah*, propose d'oublier l'arrêt *Duke of Westminster*. Dans un langage imagé faisant référence au fantôme du duc, il fait les remarques suivantes :

« [...] It is perhaps worth recalling the warning given albeit in another context by Lord Atkin, who himself dissented in the *Duke of Westminster's* case, in *United Australia Ltd. v. Barclays Bank Ltd.* [1941] A.C. 1, 29:

“When these ghosts of the past stand in the path of justice clanking their mediaeval chains the proper course for the judge is to pass through them undeterred.”

1936, a bare half-century ago, cannot be described as part of the Middle Ages but the ghost of Duke of Westminster and of his transaction, be it noted a single and not a composite transaction, with his gardener and with other members of his staff has haunted the administration of this branch of the law for too long. I confess that I had hoped that that ghost might have found quietude with the decisions in *Ramsay* and in *Burmah*. Unhappily it has not. Perhaps the decision of this House in these appeals will now suffice as exorcism¹¹⁰. »

(Soulignement ajouté)

« [TRADUCTION] [...] Même si le contexte était différent, il est peut-être bon de rappeler l'avertissement que lord Atkin, dissident dans l'affaire *Duke of Westminster*, a donné dans l'arrêt *United Australia Ltd. c. Barclays Bank Ltd.*, [1941] A.C. 1¹¹¹, page 29 :

“Quand ces fantômes du passé se dressent sur le chemin de la justice en faisant tinter leurs chaînes médiévales, la chose à faire pour le juge est de les traverser sans appréhension.”

L'année 1936, il y a près d'un demi-siècle, ne peut être considérée comme faisant partie du Moyen-Âge, mais le fantôme du duc de Westminster et de l'opération – unique et non pas composite – conclue avec son jardinier et avec d'autres membres de son personnel, a hanté pendant trop longtemps l'administration du droit fiscal. J'avoue avoir espéré que ce fantôme ait trouvé le repos avec les arrêts *Ramsay* et *Burmah*. Malheureusement, il n'en est rien. Peut-être la décision de la Chambre dans la présente affaire sera-t-elle un exorcisme suffisant cette fois-ci¹¹². » (Soulignement ajouté)

¹⁰⁸ Dawson, précité, note 100, 516-517.

¹⁰⁹ Traduction de l'auteur.

¹¹⁰ Dawson, précité, note 100, 514-515. Il convient de noter que le juge Estey n'a pas relevé, dans l'arrêt *Stuart*, précité, note 51, ces observations de lord Roskill.

¹¹¹ Le contexte de cette affaire n'est pas fiscal. Il s'agit de la validité d'une action en dommages contre une banque à propos d'un chèque.

¹¹² Traduction de l'auteur.

Cependant, lord Roskill ne se prononce pas sur la question de savoir qui, du duc ou du fisc, aurait eu gain de cause si l'affaire *Duke of Westminster* avait été entendue après l'arrêt *Ramsay* :

« I would only add, ignoring for the moment that the effect of the *Duke of Westminster's* case was subsequently nullified by statute, that I express no view whether, were that case to arise for decision since 1982, the duke or the revenue would emerge as the ultimate victor¹¹³. »

« Faisant abstraction un instant de l'annulation ultérieure des effets de l'arrêt *Duke of Westminster* par le législateur, j'ajoute simplement que je ne me prononce pas sur la question de savoir qui du duc ou du percepteur aurait gagné en fin de compte si la cause avait été entendue après 1981¹¹⁴. »

Ainsi, dans l'arrêt *Dawson*, au moins deux des lords de la commission d'appel de la Chambre sont prêts à se détacher de l'arrêt *Duke of Westminster*. Pour un troisième, la faculté de choisir la voie la moins imposée comporte des limites, que les tribunaux devront établir.

2.1.4. Arrêt *Craven c. White*¹¹⁵ – L'arrêt *Duke of Westminster* est encore valide – Limite à la portée de la méthode de lord Brightman dans l'arrêt *Dawson* concernant les étapes annulables d'une opération composite – Interprétation de la loi fiscale selon son objet

En 1988, l'arrêt *White* (décision prise à trois contre deux) limite la portée de l'arrêt *Dawson*.

Revenant sur les propos de lord Brightman dans l'arrêt *Dawson*, lord Oliver of Aylmerton, pour la majorité, précise qu'une opération réalisée dans le but de réduire l'impôt ne doit pas être écartée ou invalidée pour cette seule raison¹¹⁶. Il n'a jamais été question d'établir un principe général voulant que des opérations puissent être écartées du seul fait qu'elles sont réalisées dans le but d'obtenir un avantage fiscal¹¹⁷. Lord Oliver of

¹¹³ *Dawson*, précité, note 100, 515.

¹¹⁴ Traduction de l'auteur.

¹¹⁵ [1989] 1 A.C. 398, 477-536 (H.L.) (« *White* »). Arrêt en faveur du contribuable. Lords majoritaires : Keith of Kinkel (477-483), Oliver of Aylmerton (496-519), Jauncey of Tullichettle (526-536). Lords dissidents : Templeman (483-496) et Goff of Chieveley (519-526). Les motifs principaux sont donnés par lord Oliver of Aylmerton pour la majorité.

¹¹⁶ *White*, précité, note 115, 503.

¹¹⁷ *Id.*, 503-504 et 509.

Aylmerton revient à ce qui a été décidé dans l'arrêt *Ramsay* en ce qui concerne les opérations composites et que n'empêche pas l'arrêt *Duke of Westminster*¹¹⁸.

« Both Lord Wilberforce and Lord Fraser of Tullybelton [in *Ramsay*] emphasize the continued validity and application of the principle of *Inland Revenue Commissioners v. Duke of Westminster* [...], a principle which Lord Wilberforce described as a “cardinal principle”. What [*Ramsay*] did decide was that that cardinal principle does not, where it is plain that a particular transaction is but one step in a connected series of interdependent steps designed to produce a single composite overall result, compel the court to regard it as otherwise that what it is, that is to say, merely a part of the composite whole¹¹⁹. »

« [TRADUCTION] Tant lord Wilberforce que lord Fraser of Tullybelton [dans l'arrêt *Ramsay*] soulignent que le principe de l'arrêt *Duke of Westminster* [...] continue d'être valide et applicable, principe que lord Wilberforce qualifie de “fondamental”. Ce que l'arrêt *Ramsay* a décidé, c'est que ce principe fondamental n'oblige pas la cour à regarder une opération comme autre chose que ce qu'elle est, c'est-à-dire un simple élément d'un tout composite, quand il est clair que cette opération n'est qu'une étape d'une série d'étapes interdépendantes conçue pour produire un résultat global unique¹²⁰. »

On ne peut écarter des étapes d'une opération composite que si au départ il est pratiquement certain que chaque étape succédera à l'autre. La définition de l'expression « série d'opérations » donnée par lord Oliver of Aylmerton est devenue, en common law, un classique. Une série se compose d'opérations :

« [...] pre-ordained in order to produce a given result [with] no practical likelihood that the pre-planned events would not take place in the order ordained¹²¹. »

« [TRADUCTION] déterminées d'avance de manière à produire un résultat donné [alors qu'] il n'existait aucune probabilité pratique que les événements planifiés d'avance ne se produiraient pas dans l'ordre envisagé¹²². »

Lord Oliver of Aylmerton souligne l'importance, dans chaque cas, d'interpréter les dispositions législatives selon leur objet et de les appliquer aux faits¹²³.

¹¹⁸ Pour une bonne analyse de cette décision, voir Guy LAPERRIÈRE, « Substance c. forme : où en sommes-nous? », (1994), vol. 16, n° 4 *Revue de planification fiscale et successorale* 737-793, pp. 765 à 769.

¹¹⁹ *White*, précité, note 115, 504.

¹²⁰ Traduction de l'auteur.

¹²¹ *Id.*, 514.

¹²² Traduction tirée de l'arrêt *Trustco*, précité, note 59, par. 25.

¹²³ *White*, précité, note 115, 521.

Il est intéressant de noter que, selon la Chambre des Lords, le principe de l'arrêt *Ramsay* n'a rien à voir avec la moralité et vient simplement d'une interprétation axée sur l'objet de la loi¹²⁴.

Au fond, dans l'arrêt *White*, la Chambre des Lords n'exclut pas l'arrêt *Duke of Westminster* (primauté de l'effet juridique sur la « substance » d'une opération). Mais, renvoyant à l'arrêt *Ramsay*, elle limite, en fonction de la loi applicable interprétée selon son objet, la portée des propos de lord Brightman dans l'arrêt *Dawson* sur la possibilité d'écarter certaines étapes d'une série d'opérations d'évitement vue comme un tout.

2.1.5. Arrêt *Ensign Tankers (Leasing) Ltd. c. Stokes*¹²⁵ – Coup de grâce à l'arrêt *Duke of Westminster*? Le libre choix de la voie la moins imposée ne s'applique pas à l'évitement fiscal

Lord Templeman et lord Goff of Chieveley, dissidents dans l'arrêt *White* rendu quatre ans plus tôt, sont ceux qui donnent les motifs principaux de l'arrêt unanime *Ensign Tankers* de 1992.

Lord Templeman¹²⁶, aux motifs duquel souscrivent lord Keith of Kindel¹²⁷, lord Jauncey of Tullichettle¹²⁸ et lord Brandon of Oakbrook¹²⁹, semble donner le coup de grâce à l'arrêt *Duke of Westminster*.

Après examen des explications contradictoires sur les opérations du duc avec son jardinier, lord Templeman approuve l'analyse factuelle et juridique faite par lord Atkin, dissident dans cet arrêt.

¹²⁴ *Id.*, 507-508 (lord Oliver of Aylmerton) et 519-520 (lord Goff of Chieveley, dissident par ailleurs).

¹²⁵ [1992] 1 A.C. 655, 660 et suiv. (H.L.) (« *Ensign Tankers* »). Arrêt unanime rendu en faveur du fisc le 12 mars 1992. Motifs principaux par lord Templeman complétés par ceux de lord Goff of Chieveley. Lords présents : Templeman, Goff of Chieveley, Keith of Kindel, Jauncey of Tullichettle et Brandon of Oakbrook.

¹²⁶ *Ensign Tankers*, précité, note 125, 669.

¹²⁷ *Id.*, 660-661.

¹²⁸ *Id.*, 684-686.

¹²⁹ *Id.*, 661.

- L'explication retenue à l'époque par la majorité des lords est que le jardinier travaillait à plein temps pour la moitié de ses gages et recevait le reste sous forme de rente, avec des inconvénients tant pour le duc que pour le jardinier :

« [...] The first explanation is that the gardener voluntarily worked full time for the Duke for half-wages and enjoyed the annuity given to him by the Duke. This explanation was accepted by the majority. Lord Atkin, however, in his dissenting speech pointed out [...] that assuming the gardener was content to draw half wages, the Duke would remain at all times liable to pay to the gardener the arrears of the contractual wages.

“However long a time the service continued the servant would be entitled to this sum within the limit, if the Duke of Westminster chose to plead the *Statute of Limitations*, of six years’ arrears. The arrears would be a debt due to the servant, and could be attached by any creditor of the servant, and would on death be assets of his which his personal representative would be bound to recover. [...] [P]eculiar results might follow if the wages were regulated by statute as by the *Agricultural Wages Act* or similar legislation. [...] A nice question might also arise as to the amount which the Duke would be bound to tender as wages in lieu of notice. The embarrassments however, are not all on the Duke’s side.”

The gardener would incur liability for income tax for wages that he was entitled to but voluntarily omitted to draw¹³⁰. »

« [TRADUCTION] [...] La première explication est que le jardinier acceptait de travailler à plein temps chez le duc pour la moitié de ses gages et qu’il bénéficiait de la rente que le duc lui accordait. Cette explication a été retenue par la majorité. Toutefois, lord Atkin, dans ses motifs dissidents, souligna [...] que, en supposant que le jardinier se satisfaisait de la moitié de ses gages, le duc resterait contractuellement tenu à tout moment de lui payer les arriérés de gages.

“Aussi longtemps que le serviteur resterait au service du duc, il aurait droit à cette somme [les arriérés] sous réserve de la prescription de six ans pour arriérés si le duc invoquait le *Statute of Limitations*. Les arriérés seraient une dette due au serviteur et pourraient être saisis par tout créancier du serviteur, et ils constitueraient au décès du serviteur un élément d’actif que son représentant personnel serait tenu de recouvrer. [...] [S]i les gages étaient réglementés par une loi telle que l’*Agricultural Wages Act*, de curieux résultats pourraient s’ensuivre. [...] Une question intéressante pourrait aussi se poser quant au montant que le duc serait tenu d’offrir comme gages en guise de préavis. Les difficultés ne sont toutefois pas toutes du côté du duc.”

Le jardinier serait assujéti à l’impôt sur le revenu pour des gages auxquels il avait droit mais qu’il avait volontairement omis de toucher¹³¹. »

- L'explication retenue par lord Atkin, dissident, est que le jardinier recevait la totalité de ses gages et ne recevrait la rente qu'à sa retraite.

¹³⁰ *Ensign Tankers*, précité, note 125, 669.

¹³¹ Traduction de l’auteur.

Les jardiniers ne travaillent pas pour des demi-gages! Lord Templeman est de cet avis.

« The second explanation of the facts in the *Westminster* case is that the gardener worked full time for full wages and volunteered or agreed that he would not take his annuity until he had retired. Lord Atkin thought that this was the true effect in law on the facts. I agree with Lord Atkin: gardeners do not work for Dukes on half-wages¹³². » (Soulignement ajouté)

« [TRADUCTION] La seconde explication des faits dans l'affaire *Westminster* est que le jardinier travaillait à plein temps pour de pleins gages et qu'il offrait ou acceptait de ne recevoir la rente que lorsqu'il prendrait sa retraite. Lord Atkin pensait que c'était là le véritable effet juridique de la situation. Je suis de l'avis de lord Atkin : les jardiniers ne travaillent pas chez les ducs pour des demi-gages¹³³. » (Soulignement ajouté)

Lord Templeman signale que l'observation de lord Tomlin dans l'arrêt *Duke of Westminster* sur la faculté de choisir la voie la moins imposée ne veut pas dire que tout stratagème d'évitement fiscal qui n'est pas un trompe-l'œil doit pouvoir réussir.

« [...] But if the dictum of Lord Tomlin implied that any tax avoidance scheme which was not a sham and not unlawful must be allowed to succeed, subsequent authorities have determined otherwise. The *Westminster* case does not assist the appellant in the present case. In the *Westminster* case, the fiscal consequences claimed by the Duke corresponded to the legal consequences of the transaction as construed by the majority of this House. In the present case the fiscal consequences claimed by the appellant do not correspond to the legal consequences of the scheme documents read and construed as a whole.

« [TRADUCTION] [...] Mais si l'observation de lord Tomlin signifiait qu'il faut laisser réussir tout plan d'évitement fiscal qui n'est pas un trompe-l'œil et n'est pas illégal, les arrêts subséquents en ont décidé autrement. L'affaire *Westminster* n'aide pas l'appelant dans la présente cause. Dans l'affaire *Westminster*, les conséquences fiscales demandées par le duc correspondaient aux conséquences juridiques de l'opération selon l'analyse qu'en avait faite la majorité de la Chambre. Dans la présente cause, les conséquences fiscales demandées par l'appelant ne correspondent pas aux conséquences juridiques des documents du plan lus et analysés comme un tout.

In the last two decades there have been a number of tax avoidance schemes which have proved unsuccessful despite the taxpayers' reliance on the dictum and decision in the *Westminster* case¹³⁴. » (Soulignement ajouté)

Dans les vingt dernières années, un certain nombre de plans d'évitement fiscal ont échoué même si les contribuables se sont appuyés sur l'observation de lord Tomlin et sur la décision rendue dans l'affaire *Westminster*¹³⁵. » (Soulignement ajouté)

¹³² *Ensign Tankers*, précité, note 125, 669.

¹³³ Traduction de l'auteur.

¹³⁴ *Ensign Tankers*, précité, note 125, 670.

¹³⁵ Traduction de l'auteur.

Plus précisément, lord Templeman souligne que l'observation de lord Tomlin ne s'applique pas à l'évitement fiscal.

« In the present case the argument for the appellant amounts to no more than a repetition of the dictum of Lord Tomlin in the *Westminster* case [...]. Subsequent events have shown that though this dictum is accurate so far as tax mitigation is concerned it does not apply to tax avoidance¹³⁶. » (Soulignement ajouté)

« Dans la présente cause, l'argument de l'appelant revient simplement à répéter l'observation de lord Tomlin dans l'affaire *Westminster* [...]. La suite a montré que cette observation, quoique pertinente dans un cas classique d'atténuation de l'impôt, ne s'applique pas à l'évitement fiscal¹³⁷. » (Soulignement ajouté)

Lord Goff of Chieveley est d'accord avec lord Templeman sur la différence à faire entre un cas classique d'atténuation de l'impôt et un cas d'évitement fiscal inacceptable.

« Like my noble and learned friend, Lord Templeman, I approach this case on the basis that there is a fundamental difference between tax mitigation and unacceptable tax avoidance. [...]. These are cases in which the taxpayer takes advantage of the law to plan his affairs so as to minimise the incidence of tax. Unacceptable tax avoidance typically involves the creation of complex artificial structures by which, as through by the wave of a magic wand, the taxpayer conjures out of the air a loss, or a gain, or expenditure, or whatever it may be, which otherwise would never have existed. These structures are designed to achieve an adventitious tax benefit for the taxpayer, and in truth are no more than raids on the public funds at the expense of the general body of taxpayers, and as such are unacceptable¹³⁸. » (Soulignement ajouté)

« [TRADUCTION] Comme mon noble et savant collègue lord Templeman, j'aborde la présente affaire en considérant qu'il y a une différence fondamentale entre l'atténuation de l'impôt et l'évitement fiscal inacceptable. [...] Dans un cas d'atténuation de l'impôt, le contribuable tire parti de la loi pour agencer ses affaires de façon à réduire le plus possible l'effet fiscal. Dans un cas typique d'évitement fiscal inacceptable, il y a création de structures artificielles complexes grâce auxquelles, comme par un coup de baguette magique, le contribuable sort de nulle part une perte, un gain, une dépense ou quoi que ce soit d'autre, qui n'aurait sans cela jamais existé. Ces structures sont conçues pour que le contribuable obtienne un avantage fiscal normalement imprévisible; en réalité, elles ne sont rien de plus que des raids contre les fonds publics aux frais de l'ensemble des contribuables; elles sont, de ce fait, inacceptables¹³⁹. » (Soulignement ajouté)

¹³⁶ *Ensign Tankers*, précité, note 125, 676.

¹³⁷ Traduction de l'auteur.

¹³⁸ *Ensign Tankers*, précité, note 125, 681.

¹³⁹ Traduction de l'auteur.

Lord Templeman s'attache à l'effet juridique et lord Goff of Chieveley à la nature et à l'effet véritables de l'opération dans son ensemble¹⁴⁰. Or, dans l'affaire *Ensign Tankers*, il s'agit précisément d'un cas où le contribuable semble avoir engagé une dépense en capital importante alors que la vérité est tout autre. La structure créée pour réussir ce tour est à la fois complexe et artificielle¹⁴¹.

De toute façon, il ressort de l'arrêt *Ensign Tankers* que la Chambre des Lords s'éloigne de l'arrêt *Duke of Westminster*, y compris de l'observation de lord Tomlin sur la faculté de choisir la voie la moins imposée, laquelle ne s'applique pas en matière d'évitement fiscal.

2.1.6. Arrêt *McGuckian*¹⁴² – L'observation de lord Tomlin dans l'arrêt *Duke of Westminster* a cessé d'être canonique en matière d'évitement fiscal – Interprétation de la loi fiscale selon son objet – Analyse juridique réaliste des faits

Dans l'arrêt *McGuckian* rendu en 1997, lord Steyn commence par limiter la portée de l'observation de lord Tomlin sur le libre choix de la voie la moins imposée. S'agissant d'évitement fiscal, cette observation n'a pas un caractère sacré, d'autant plus qu'elle en dit bien peu.

« While Lord Tomlin's observations in the *Duke of Westminster* case [...] still point to a material consideration, namely the general liberty of the citizen to arrange his financial affairs as he thinks fits, they have ceased to

« [TRADUCTION] Même si les observations de lord Tomlin dans l'affaire *Duke of Westminster* appellent l'attention sur une considération importante, à savoir la liberté générale qu'a chaque citoyen d'organiser ses

¹⁴⁰ *Ensign Tankers*, précité, note 125, 680 (lord Templeman) et 681 (lord Goff of Chieveley). Pour une analyse détaillée de cette décision, voir G. LAPERRIÈRE, précité, note 118, 769 à 776. En bref, la société *Ensign Tankers* est membre d'une société de personnes qui finance, à hauteur de 25 %, le coût de production du film intitulé *Escape to Victory*. Les 75 % restants du coût de production du film sont financés par un supposé « prêt » un peu particulier de la société *Lorimar* productrice du film à la société de personnes. Les membres de la société de personnes demandent le bénéfice d'une déduction correspondant au plein montant du coût de production du film. La Chambre des Lords refuse la demande, mais accorde une déduction calculée sur 25 % du coût correspondant à l'apport véritable de la société de personnes.

¹⁴¹ *Ensign Tankers*, précité, note 125, 683 (lord Goff of Chieveley).

¹⁴² *McGuckian*, précité, note 60. Arrêt unanime en faveur du fisc. Motifs principaux donnés par lord Steyn; motifs donnés également par lord Browne-Wilkinson, lord Cooke of Thorndon et lord Clyde; lord Lloyd of Berwick souscrit à leurs motifs. Voir le site www.publications.parliament.uk.

be canonical as to the consequence of a tax avoidance scheme. Indeed, as Lord Diplock observed, Lord Tomlin's observations tells us little or nothing as to what method of ordering one's affairs will be recognised by the courts as effective to lessen the tax that would otherwise be payable: *Inland Revenue Commissioners v. Burmah Oil Co. Ltd.* [...]¹⁴³. » (Soulignement ajouté)

affaires comme il l'entend, elles ont cessé d'être canoniques quant aux conséquences d'un plan d'évitement fiscal. En vérité, comme le note lord Diplock, les observations de lord Tomlin ne nous disent rien ou presque rien sur le mode d'organisation des affaires que les tribunaux accepteront pour réduire valablement l'impôt qui, sans lui, serait payable : *Inland Revenue Commissioners c. Burmah Oil Co. Ltd.* [...]¹⁴⁴. » (Soulignement ajouté)

Puis lord Steyn rappelle que depuis l'arrêt *Ramsay*, la loi fiscale doit être interprétée selon son objet. Cet arrêt a sauvé le droit fiscal de l'« île de l'interprétation littérale »¹⁴⁵!

« The new *Ramsay* principle [...] was not invented on a juristic basis independent of statute. That would have been indefensible since a court has no power to amend a tax statute. The principle was developed as a matter of statutory construction. That was made clear by Lord Wilberforce in *Ramsay* and is also made clear in subsequent decisions in this line of authority [...]. The new development was not based on a linguistic analysis of the meaning of particular words in a statute. It was founded on a broad purposive interpretation, giving effect to the intention of Parliament. The principle enunciated in *Ramsay* was therefore based on an orthodox form of statutory interpretation¹⁴⁶. » (Soulignement ajouté)

« [TRADUCTION] Le nouveau principe de l'arrêt *Ramsay* [...] n'a pas été établi à partir d'une base juridique extérieure à la loi. Cela n'aurait pas été accepté puisqu'un tribunal n'a pas le pouvoir de modifier une loi fiscale. Le principe qui a été élaboré relève de l'interprétation législative. Tant lord Wilberforce dans l'affaire *Ramsay* que les arrêts subséquents qui en découlent ont été clairs à ce sujet [...]. La nouvelle conception n'était pas fondée sur une analyse linguistique du sens des termes employés par la loi. Elle s'appuyait sur une interprétation large axée sur l'objet de la loi, pour donner effet à l'intention du Parlement. Le principe énoncé dans l'arrêt *Ramsay* était donc fondé sur une forme orthodoxe d'interprétation législative¹⁴⁷. » (Soulignement ajouté)

Lord Steyn rappelle ensuite que dans l'analyse d'une opération composite, il convient de rejeter le formalisme au profit d'une analyse juridique plus réaliste. Mais le droit relatif à l'évitement fiscal peut encore évoluer.

¹⁴³ *McGuckian*, précité, note 60, 1000.

¹⁴⁴ Traduction de l'auteur.

¹⁴⁵ *McGuckian*, précité, note 60, 999.

¹⁴⁶ *Id.*, 1000.

¹⁴⁷ Traduction de l'auteur.

« And in asserting the power to examine the substance of a composite transaction the House of Lords was simply rejecting formalism in fiscal matters and choosing a more realistic legal analysis. Given the reasoning underlying the new approach it is wrong to regard the decisions of the House of Lords since *Ramsay* as necessarily marking the limit of the law on tax avoidance schemes¹⁴⁸. »

« [TRADUCTION] De plus, en déclarant que les tribunaux ont le pouvoir d'examiner la substance d'une opération composite, la Chambre des Lords a simplement rejeté le formalisme en matière fiscale et a choisi de faire une analyse juridique plus réaliste. Étant donné le raisonnement sur lequel se fonde la nouvelle orientation, il est faux de considérer les décisions de la Chambre des Lords depuis l'arrêt *Ramsay* comme marquant nécessairement la limite du droit en ce qui concerne les plans d'évitement fiscal¹⁴⁹. »

Lord Steyn rappelle enfin qu'il ne faut pas analyser les opérations avec des œillères et que la loi applicable ne doit pas recevoir une interprétation littérale comme dans l'arrêt *Duke of Westminster*. En l'occurrence, le montant obtenu, à l'issue d'une série d'opérations, par la fiducie dont M. McGuckian est bénéficiaire, est du revenu de dividende si l'on suit, comme il se doit, l'arrêt *Ramsay* alors qu'il aurait été du capital si l'on avait suivi l'arrêt *Duke of Westminster*.

« On a formalistic view of the individual tax avoidance steps, and a literal interpretation of the statute in the spirit of the *Duke of Westminster* case [...], it is possible to say that the money which reached Shurltrust was capital. But the court is no longer compelled to look at transactions in blinkers, and literalism has given way to purposive interpretation. [...] »

The governing principle, as Lord Wilberforce observed in *Ramsay* [...], is that the court is not obliged to adopt "a step by step, dissecting approach which the parties themselves may have negated"¹⁵⁰. » (Soulignement ajouté)

« [TRADUCTION] En portant un regard formaliste sur chacune des étapes du plan d'évitement fiscal et en adoptant une interprétation littérale de la loi dans l'esprit de l'affaire *Duke of Westminster* [...], il est possible de dire que l'argent qui est parvenu à la fiducie Shurltrust était du capital. Mais la cour n'est plus tenue de regarder les opérations avec des œillères et l'interprétation littérale de la loi a fait place à l'interprétation selon son objet. [...] »

Comme lord Wilberforce le notait dans l'arrêt *Ramsay* [...], le principe directeur est que la cour n'est pas obligée d'adopter "une démarche consistant à analyser séparément chaque étape, démarche que les parties elles-mêmes n'ont sans doute pas suivie"¹⁵¹. » (Soulignement ajouté)

¹⁴⁸ *McGuckian*, précité, note 60, 1000.

¹⁴⁹ Traduction de l'auteur.

¹⁵⁰ *McGuckian*, précité, note 60, 1002.

¹⁵¹ Traduction de l'auteur.

Lord Cooke of Thorndon est d'accord avec lord Steyn sur la question de l'interprétation législative et ajoute qu'il est plus normal d'analyser comme un tout une série planifiée d'opérations que de prendre une position extrême comme dans l'arrêt *Duke of Westminster* :

« The principle of looking on a planned series of steps as a whole transaction appears to be, as one would expect, perfectly natural and orthodox. It is surely decidedly more natural and less extreme than the decision which in 1935 a majority of their Lordships felt forced to reach in the *Duke of Westminster's* case. One can well understand that in *Ramsay* this House was unwilling to carry the latter decision further. [...] ¹⁵² »

« [TRADUCTION] Le principe selon lequel il faut considérer comme un tout une série organisée d'étapes se révèle, comme on pouvait s'y attendre, parfaitement normal et orthodoxe. Il est indubitablement plus normal et moins extrême que la décision que la majorité des lords s'est sentie obligée de rendre en 1935 dans l'affaire *Duke of Westminster*. On comprend sans peine que, dans l'arrêt *Ramsay*, la Chambre des Lords ait été réticente à poursuivre sur la voie de cette décision. [...] ¹⁵³ »

À propos de la dernière phrase de lord Cooke of Thorndon dans cet extrait, il convient de rappeler que, dans l'arrêt *Ramsay*, la Chambre des Lords n'a pas écarté l'arrêt *Duke of Westminster*, mais a plutôt établi une distinction factuelle entre ces deux causes et a adopté une nouvelle façon de voir.

Toujours est-il que, dans l'arrêt *McGuckian*, lord Cooke of Thorndon rappelle ensuite, avec raison, qu'il faut chaque fois prendre en compte l'intention du législateur. Et il souligne que les motifs de la commission d'appel de la Chambre dans l'arrêt *Dawson*, en particulier ceux des lords Scarman, Roskill et Bridge of Harwich (ceux-là mêmes qui portaient un œil critique sur l'arrêt *Duke of Westminster*), méritent d'être bien compris par les contribuables.

« Always one must go back to the discernible intent of the taxing Act. I suspect that advisers of those bent on tax avoidance, which in the end tends to involve an attempt to cast on other taxpayers more than their fair share of sustaining the national tax base, do not always pay sufficient heed to the theme in the speeches in *Furniss* [v. *Dawson*], especially those of Lords Scarman, Roskill and Bridge of Harwich, to the effect that the journey's end may not yet have been

« [TRADUCTION] On doit toujours revenir à l'intention discernable de la législation fiscale. Je soupçonne que les conseillers de ceux qui sont résolus à éviter l'impôt, et qui en fin de compte essaient ainsi de faire porter par d'autres contribuables plus que leur juste part de l'impôt national, n'accordent pas toujours assez d'attention aux motifs donnés dans l'arrêt *Furniss* [c. *Dawson*], et particulièrement à ceux de lord Scarman, de lord Roskill et de lord Bridge of Harwich,

¹⁵² *McGuckian*, précité, note 60, 1004.

¹⁵³ Traduction de l'auteur.

found¹⁵⁴. » (Soulignement ajouté)

selon lesquels la fin de l'histoire n'est peut-être pas encore écrite¹⁵⁵. » (Soulignement ajouté)

Tout comme lord Roskill dans l'arrêt *Dawson*, lord Cooke of Thorndon déclare ne pas se prononcer sur la question de savoir si une analyse de la loi selon son objet aurait ou non changé le résultat de l'arrêt *Duke of Westminster*.

« I will profit from the example of Lord Roskill in *Furniss* [...], by refraining from speculating about whether a sharper focus on the concept of “wages” in the light of the statutory purpose and the circumstances of the case would or would not have led to a different result in the *Duke of Westminster* case¹⁵⁶. »

« [TRADUCTION] À l'instar de lord Roskill dans l'arrêt *Furniss* [c. *Dawson*] [...], je m'abstiendrai de spéculer sur la question de savoir si une analyse plus poussée de la notion de “gages” à la lumière de l'objet de la loi et des circonstances de l'affaire *Duke of Westminster* aurait ou non donné un résultat différent¹⁵⁷. »

En somme, dans l'arrêt *McGuckian*, la Chambre des Lords rappelle l'importance d'interpréter la loi selon son objet et laisse clairement entendre que l'arrêt *Duke of Westminster* n'est plus pertinent en matière d'évitement fiscal.

2.1.7. Arrêt *MacNiven (Her Majesty's Inspector of Taxes) c. Westmoreland Investments Ltd.*¹⁵⁸ – Les arrêts *Duke of Westminster* et *Ramsay* sont difficiles à concilier – Sens juridique du mot paiement selon la loi applicable – Application du principe de l'arrêt *Duke of Westminster* (primauté de l'effet juridique)

Nous sommes au début des années 2000. Lord Nicholls of Birkenhead note que les motifs de lord Wilberforce dans l'arrêt *Ramsay* ont pu être mal

¹⁵⁴ *McGuckian*, précité, note 60, 1005.

¹⁵⁵ Traduction de l'auteur.

¹⁵⁶ *McGuckian*, précité, note 60, 1005.

¹⁵⁷ Traduction de l'auteur.

¹⁵⁸ [2001] UKHL 6, [2003] 1 A.C. 311 (« *MacNiven* »). Arrêt unanime rendu en faveur du contribuable le 8 février 2001. Motifs principaux donnés par lord Hoffman. Autres motifs par lord Nicholls of Birkenhead, lord Hope of Craighead et lord Hutton. Lord Nicholls of Birkenhead, lord Hobhouse of Woodborough et lord Hope of Craighead souscrivent aux motifs de lord Hoffman; lord Hutton souscrit aux motifs de lord Hoffman et de lord Nicholls of Birkenhead. Voir le site suivant : www.publications.parliament.uk.

compris par suite des propos de lord Brightman dans l'arrêt *Dawson*¹⁵⁹. Comme il le souligne, chaque affaire dépend de l'interprétation de la législation applicable et de ses propres faits¹⁶⁰.

Lord Hoffman rappelle que l'arrêt *Ramsay* n'a pas écarté le principe de l'arrêt *Duke of Westminster* (primauté de l'effet juridique sur la substance d'une opération), mais qu'il est difficile de concilier ces deux causes. Il avance une explication : si la loi renvoie à une notion commerciale, analyser la réalité commerciale ne revient pas à mettre de côté l'aspect juridique mais, au contraire, à lui donner effet; si la loi renvoie à une notion juridique, il faut tenir compte de l'effet juridique.

« 38. In the *Ramsay* case [...] both Lord Wilberforce and Lord Fraser of Tullybelton, who gave the other principal speech, were careful to stress that the House was not departing from the principle in the *Duke of Westminster's* case [...]. There has nevertheless been a good deal of discussion about how the two cases are to be reconciled. [...]

39. [...] I venture to suggest that some of the difficulty which may have been felt in reconciling the *Ramsay* case with the *Duke of Westminster's* case arises out of an ambiguity in Lord Tomlin's statement that the courts cannot ignore "the legal position" and have regard to "the substance of the matter". If "the legal position" is that the tax is imposed by reference to a legally defined concept, such as stamp duty payable on a document which constitutes a conveyance on sale, the court cannot tax a transaction which uses no such document on the ground that it achieves the same economic effect. On the other hand, if the legal position is that tax is imposed by reference to a commercial concept, then to have regard to the business "substance" of the matter is not to ignore the legal position but to give effect to it. » (Soulignement ajouté)

« [TRADUCTION] 38. Dans l'arrêt *Ramsay* [...], lord Wilberforce et lord Fraser of Tullybelton, qui a donné les autres motifs principaux, ont tous deux soigneusement souligné que la Chambre des Lords n'écartait pas le principe de l'arrêt *Duke of Westminster* [...]. Cependant la question de savoir comment concilier ces deux décisions a largement fait débat. [...]

39. [...] Il me semble qu'une partie de la difficulté éprouvée à concilier l'arrêt *Ramsay* et l'arrêt *Duke of Westminster* vient peut-être d'une ambiguïté de l'affirmation de lord Tomlin selon laquelle les tribunaux ne peuvent mettre de côté "l'aspect juridique" pour examiner "la substance de l'affaire". Si, par "aspect juridique", on veut dire que l'impôt est établi par référence à une notion définie par la loi, comme un droit de timbre à payer sur un document qui constate le transfert découlant d'une vente, la cour ne peut imposer une opération qui n'utilise pas un tel document en considérant que cette opération produit le même résultat économique. Si, en revanche, par aspect juridique, on veut dire que l'impôt est établi par référence à une notion commerciale, alors ce n'est pas mettre de côté l'aspect juridique que d'examiner la "substance" commerciale de l'affaire, c'est lui donner effet¹⁶¹. » (Soulignement ajouté)

¹⁵⁹ *MacNiven*, précité, note 158, par. 7 renvoyant à *Dawson*, précité, note 100, 527 sur les opérations composites.

¹⁶⁰ *Id.*, par. 8.

¹⁶¹ Traduction de l'auteur.

Tout dépend de la législation visée. Il faut d'abord interpréter la loi avant de pouvoir appliquer la méthode de lord Brightman dans l'arrêt *Dawson* selon laquelle, aux fins fiscales, des étapes sans but commercial insérées dans une opération composite peuvent être écartées. Voici ce que dit lord Hoffman à ce sujet :

« 49. [...] Before one can apply Lord Brightman's words it is first necessary to construe the statutory language and decide that it refers to a concept which Parliament intended to be given a commercial meaning capable of transcending the juristic individuality of its component parts. But there are many terms in tax legislation which cannot be construed in this way. They refer to purely legal concepts which have no broader commercial meaning. In such cases, the *Ramsay* principle can have no application. It is necessary to make this point because, in the first flush of victory after the *Ramsay*, *Burmah* and *Furniss* cases, there was a tendency on the part of the Inland Revenue to treat Lord Brightman's words as if they were a broad spectrum antibiotic which killed off all tax avoidance schemes, whatever the tax and whatever the relevant statutory provisions. » (Soulignement ajouté)

« [TRADUCTION] 49. [...] Avant de pouvoir appliquer la méthode de lord Brightman, il faut d'abord interpréter les termes de la loi et déterminer si ces termes renvoient à une notion à laquelle le Parlement voulait donner un sens commercial pouvant transcender la spécificité juridique de ses divers éléments. Mais la loi fiscale contient de nombreux termes qu'on ne peut interpréter ainsi. Ils renvoient à des notions purement juridiques qui n'ont pas de sens commercial plus large. Dans de tels cas, le principe de l'arrêt *Ramsay* ne peut s'appliquer. C'est un point qu'il importe de signaler car, emporté par l'enthousiasme de la victoire après les arrêts *Ramsay*, *Burmah* et *Furniss*, le fisc a eu tendance à considérer la méthode de lord Brightman comme la panacée contre tous les plans d'évitement fiscal, quels que soient l'impôt et les dispositions législatives applicables¹⁶². » (Soulignement ajouté)

Dans l'affaire *MacNiven*, la société Westmoreland a versé des montants correspondant à des arriérés d'intérêts aux fiduciaires du fonds de pension auquel elle les devait, fonds qui était exempté d'impôt. La société a payé ces montants à l'aide d'un nouveau prêt consenti par les fiduciaires du fonds. S'agit-il de paiements d'intérêts déductibles dans le calcul des bénéfices de la société en vertu de l'article 338 de l'*Income and Corporation Taxes Act* de 1988? Pour la Chambre des Lords, le mot « paiement », dans le contexte de la définition de *charges on income*, a un sens juridique; le mot ne change pas de sens du fait que le prêteur est exempté d'impôt. Les paiements d'intérêts effectués sont donc déductibles. Le principe de l'arrêt *Duke of Westminster* (primauté de l'effet juridique) n'est pas étranger à la décision¹⁶³. Il n'y a pas là d'opération composite révisable.

¹⁶² *Id.*

¹⁶³ *MacNiven*, précité, note 158, par. 69 *in fine*, lord Hoffman se disant sur ce point d'accord avec le juge Bingham dans l'affaire *Customs and Excise Commissioners c. Faith Construction Ltd.*, [1990] 1 Q.B. 905, 921, lequel juge Bingham renvoie à l'arrêt *Duke of Westminster*.

2.1.8. Arrêt *Barclays Mercantile Business Finance Ltd. (BMBF) c. Mawson (Her Majesty's Inspector of Taxes)*¹⁶⁴ – Il ne faut pas aller trop loin en écartant des étapes qui sont sans raison commerciale – Il faut éviter les généralisations sur le sens commercial ou juridique des mots – Interprétation de la loi selon son objet et analyse réaliste des faits – Approbation de l'arrêt *Collector of Stamp Revenue c. Arrowtown Assets Ltd.*¹⁶⁵ (Hong Kong)

Dans l'arrêt *BMBF*, rendu le 25 novembre 2004, il n'est pas question de l'arrêt *Duke of Westminster*. À notre avis, c'est à bon escient puisque la loi fiscale n'y est plus interprétée de façon littérale et que les faits sont analysés de façon réaliste.

Au Royaume-Uni, l'arrêt *BMBF* est en quelque sorte l'aboutissement, à ce jour, de l'évolution du droit relatif à l'évitement fiscal depuis l'arrêt *Ramsay*. C'est pourquoi il nous a paru important d'y faire référence¹⁶⁶.

La Chambre des Lords souligne d'abord que c'est aller trop loin que d'affirmer que les opérations ou parties d'opérations sans raison commerciale doivent être systématiquement écartées. Il s'agit avant tout de déterminer si les dispositions pertinentes de la loi, interprétées correctement, s'appliquent aux faits prouvés¹⁶⁷. En ce qui concerne l'interprétation et l'application des lois fiscales, la Chambre des Lords fait sienne la formule

¹⁶⁴ [2004] UKHL 51, [2005] 1 A.C. 684 (« *BMBF* »). Cet arrêt est parfois désigné sous le nom de « *Mawson* ». Arrêt unanime en faveur du contribuable. Commission d'appel composée des lords suivants : Nicholls of Birkenhead, Steyn, Hoffman, Hope of Craighead et Walker of Gestingthorpe. Voir le site www.publications.parliament.uk. Voir commentaire sur cet arrêt : Judith FREEDMAN, « Converging Tracks? Recent Developments in Canadian and UK Approaches to Tax Avoidance », (2005), vol. 53, n° 4 *Revue fiscale canadienne* 1038-1046, pp. 1040-1041.

¹⁶⁵ [2003] HKCFA 46 (« *Arrowtown* »), par. 35.

¹⁶⁶ Voir aussi *Her Majesty's Commissioners of Inland Revenue c. Scottish Provident Institution*, [2004] UKHL 52. Arrêt unanime en faveur du fisc, rendu le 25 novembre 2004, soit le même jour que l'arrêt *BMBF*. Voir à ce sujet J. FREEDMAN, précité, note 164, 1042.

¹⁶⁷ *BMBF*, précité, note 164, par. 32.

concise du juge Ribeiro de la Cour d'appel final de Hong Kong¹⁶⁸ dans l'arrêt *Arrowtown*¹⁶⁹.

« 36. Cases such as these [*Burmah, Dawson and Carreras Group Ltd v. Stamp Commissioner (Jamaica)*] [2004] STC 1377 gave rise to a view that, in the application of any taxing statute, transactions or elements of transactions which had no commercial purpose were to be disregarded. But that is going too far. It elides the two steps which are necessary in the application of any statutory provision: first, to decide, on a purposive construction, exactly what transaction will answer to the statutory description and secondly, to decide whether the transaction in question does so. As Ribeiro PJ said in *Collector of Stamp Revenue v Arrowtown Assets Ltd*. [2003] HKCFA 46, para 35:

“[T]he driving principle in the *Ramsay* line of cases continues to involve a general rule of statutory construction and an unblinkered approach to the analysis of the facts. The ultimate question is whether the relevant statutory provisions, construed purposively, were intended to apply to the transaction, viewed realistically.”
[...] » (Soulignement ajouté)

« [TRADUCTION] 36. De telles causes [*Burmah, Dawson et Carreras Group Ltd c. Stamp Commissioner (Jamaica)*], [2004] STC 1377 ont conduit à penser que, dans l'application de toute loi fiscale, des opérations ou parties d'opérations qui n'ont pas d'objet commercial doivent être écartées. C'est aller trop loin. Cela élimine les deux étapes qu'il est nécessaire de suivre en appliquant toute disposition fiscale : premièrement, déterminer, en interprétant la disposition selon son objet, quel type d'opération répond exactement à la description que donne la loi; deuxièmement, déterminer si l'opération en cause correspond à cette description. Comme le juge Ribeiro le dit dans l'arrêt *Collector of Stamp Revenue c. Arrowtown Assets Ltd*, [2003] HKCFA 46, par. 35 :

“[L]e principe directeur de la série de jugements qui ont suivi l'arrêt *Ramsay* continue de reposer sur une règle générale d'interprétation législative et sur une façon d'analyser les faits sans œillères. La question est en définitive de savoir si les dispositions législatives pertinentes, interprétées selon leur objet, visent à s'appliquer à l'opération en cause, vue de façon réaliste.”
[...] »¹⁷⁰ » (Soulignement ajouté)

La Chambre des Lords nuance par ailleurs les propos de lord Hoffman dans l'arrêt *MacNiven*. Pour mémoire, selon lord Hoffman, si la loi renvoie à une notion commerciale, comme un gain ou une perte, il s'ensuit habituellement que les éléments sans raison commerciale insérés dans une opération composite peuvent être écartés; en revanche, si la loi renvoie à une

¹⁶⁸ *Court of Final Appeal*. Il s'agit du tribunal de dernier ressort de la région administrative spéciale de Hong Kong, Chine. Voir l'article suivant publié avant que l'arrêt *BMBF* ne soit rendu : Jefferson P. VANDERWOLK, « Hong Kong Decision in *Arrowtown* – Unrestricted Purposive Interpretation Prevails », (2004), vol. 58 *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 261.

¹⁶⁹ Précité, note 165.

¹⁷⁰ Traduction de l'auteur.

notion juridique, comme le paiement dans l'arrêt *MacNiven*, il suffit de regarder l'effet juridique, qu'il y ait ou non une raison commerciale.

Or, l'arrêt *BMBF* souligne qu'il faut se garder de généraliser. Tout dépend de la loi applicable, qu'il convient d'interpréter selon son objet.

« 38. [...] [Lord Hoffman's speech in *MacNiven*] certainly does not justify the assumption that an answer can be obtained by classifying all concepts a priori as either "commercial" or "legal". That would be the very negation of purposive construction: see Ribeiro PJ in *Arrowtown* at paras 37 and 39 [...].

39. The present case, like *MacNiven*, illustrates the need for a close analysis of what, on a purposive construction, the statute actually requires [...]. »

« [TRADUCTION] 38. [...] [Les motifs de lord Hoffman dans l'arrêt *MacNiven*] ne permettent pas de postuler qu'on peut trouver une réponse en classant a priori toutes les notions fiscales soit comme "commerciales", soit comme "juridiques". Ce serait la négation même de l'interprétation selon l'objet de la loi : voir le juge Ribeiro dans l'arrêt *Arrowtown*, aux par. 37 et 39 [...].

39. La présente cause, comme l'affaire *MacNiven*, illustre la nécessité d'une analyse serrée de ce que la loi, interprétée selon son objet, exige réellement [...] ¹⁷¹. »

2.1.9. Arrêt *Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs c. Tower MCashback LLP* ¹⁷² – La validité des arrêts *Ensign Tankers* et *BMBF* de la Chambre des Lords est confirmée par la Cour suprême du Royaume-Uni – Interprétation de la loi fiscale selon son objet et analyse réaliste des faits

En 2011, la Cour suprême du Royaume-Uni ¹⁷³ confirme, par la voix du juge Walker, que tant l'arrêt *Ensign Tankers* que l'arrêt *BMBF* rendus par la

¹⁷¹ *Id.*

¹⁷² [2011] UKSC 19 (« *MCashback* »). Arrêt unanime en faveur du fisc rendu par la Cour suprême du Royaume-Uni. Motifs donnés par le juge Walker, complétés par quelques notes du juge Hope qui cite notamment, au paragraphe 87, lord Nicholls of Birkenhead dans l'arrêt *BMBF*, précité, note 164, par. 32, selon lequel la question est toujours de savoir si les dispositions pertinentes de la loi, interprétées correctement, s'appliquent aux faits prouvés. Les cinq autres juges de la Cour approuvent aussi les motifs du juge Walker.

¹⁷³ La commission d'appel de la Chambre des Lords est maintenant remplacée par la Cour suprême du Royaume-Uni (*Supreme Court*). C'est en 2005 qu'une séparation des pouvoirs entre le Parlement britannique et la plus haute cour du Royaume-Uni est décidée. L'article 23 de la *Constitutional Reform Act 2005*, c. 4, prévoit la création d'une Cour suprême du Royaume-Uni (*Supreme Court*). Mais il faudra attendre le 30 juillet 2009 pour que la Chambre des Lords, en tant qu'instance judiciaire, cesse (à suivre...)

Chambre des Lords sont valables en droit. Les deux éléments pris en considération dans ces causes sont, d'une part, l'interprétation de la loi selon son objet et, d'autre part, l'analyse réaliste des faits. C'est ce qu'il convient de faire aussi dans l'affaire *MCashback*.

Dans cette affaire, il s'agit d'interpréter la *Capital Allowances Act 2001* et d'analyser la série d'opérations réalisées pour acquérir des droits sur des logiciels. L'incertitude, s'il en est une, ne vient pas de l'interprétation de la loi selon son objet mais de conseillers qui cherchent à en éviter l'application à leurs clients!

Voici comment s'exprime le juge Walker à ce sujet :

« 80. If a majority of the Court agrees with my conclusion, it is to be expected that commentators will complain that this Court has abandoned the clarity of *BMBF* and returned to the uncertainty of *Ensign*. I would disagree. Both are decisions of the House of Lords and both are good law. The composite transactions in this case, like that in *Ensign* (and unlike that in *BMBF*) did not, on a realistic appraisal of the facts, meet the test laid down by the CAA [*Capital Allowances Act*], which requires real expenditure for the real purpose of acquiring plant for use in a trade. Any uncertainty that there may be will arise from the unremitting ingenuity of tax consultants and investment bankers determined to test the limits of the capital allowances legislation. » (Soulignement ajouté)

« [TRADUCTION] 80. Si la majorité de la Cour approuve ma conclusion, on peut s'attendre à ce que des commentateurs se plaignent que la Cour ait abandonné la clarté de l'arrêt *BMBF* pour revenir à l'incertitude créée par l'arrêt *Ensign*. Je ne serais pas d'accord avec eux. Ces deux arrêts de la Chambre des Lords demeurent valables en droit. Comme celle de l'affaire *Ensign* (mais contrairement à celle de l'affaire *BMBF*), les opérations composites de la présente affaire ne répondent pas, selon une évaluation réaliste des faits, aux conditions de la loi [*Capital Allowances Act*], qui exige des dépenses réelles dans le but réel d'acquérir de l'équipement à utiliser dans une entreprise. Toute éventuelle incertitude viendra de l'inlassable ingéniosité de conseillers fiscaux et de banques d'investissement déterminés à éprouver les limites de la législation sur les déductions au titre du capital¹⁷⁴. » (Soulignement ajouté)

La Cour n'a pas eu besoin de renvoyer à l'observation de lord Tomlin dans l'arrêt *Duke of Westminster* sur le libre choix de la voie la moins imposée. Il lui a suffi de s'appuyer sur l'arrêt *Ramsay* et sur les décisions

(...suite)

d'exister. La nouvelle cour l'a remplacée le 1^{er} octobre 2009. Voir le site www.supremecourt.gov.uk/about/history.

¹⁷⁴ Traduction de l'auteur.

subséquentes, notamment les arrêts *Ensign Tankers* et *BMBF* qui concernaient aussi le *Capital Allowances Act*¹⁷⁵.

À notre avis, s'il faut résumer en une phrase l'état actuel du droit au Royaume-Uni en matière d'évitement fiscal, le juge Ribeiro de la Cour d'appel final de Hong Kong l'a fait mieux que personne : « La question est en définitive de savoir si les dispositions législatives pertinentes, interprétées selon leur objet, visent à s'appliquer à l'opération en cause, vue de façon réaliste¹⁷⁶. » Le duc n'y a plus sa place.

2.1.10. Une règle générale anti-abus britannique en 2013?

En décembre 2010, le gouvernement britannique a demandé à M^e Graham Aaronson, c.r., d'analyser, avec l'aide d'un comité consultatif, la question de savoir s'il pourrait être utile que le Parlement établisse une règle générale anti-évitement¹⁷⁷. Le 11 novembre 2011, M^e Aaronson a soumis un rapport recommandant une règle générale anti-abus.

Celle-ci différerait de la règle générale anti-évitement canadienne (RGAÉ) en ce qu'elle serait plus axée sur des arrangements anormaux que les tribunaux britanniques ne peuvent actuellement contrer même en interprétant les termes de la loi fiscale en contexte et à la lumière de son objet¹⁷⁸. La règle anti-abus recommandée n'est pas conçue comme une règle d'interprétation, mais bien comme une règle législative qui chapeauterait toute la législation fiscale¹⁷⁹.

Il est révélateur que le début de ce rapport, sans renvoyer expressément à l'observation de lord Tomlin dans l'arrêt *Duke of Westminster*, mentionne que certains pensent être en droit, sans limite, d'organiser leurs affaires de façon à avoir une imposition moindre. Le rapport ajoute que cette attitude va de pair avec l'interprétation stricte des lois fiscales qui prévalait autrefois :

¹⁷⁵ *MCashback*, précité, note 172, par. 41 à 51, où le juge invoque les arrêts *Ramsay*, *Burmah*, *Dawson (Furniss)*, *White*, *Ensign Tankers*, *McGuckian*, *MacNiven* et *BMBF (Mawson)*.

¹⁷⁶ *Arrowtown*, précité, note 165, par. 35.

¹⁷⁷ Graham AARONSON QC, *GAAR STUDY, A study to consider whether a general anti-avoidance rule should be introduced into the UK tax system*, 11 novembre 2011, (« rapport Aaronson »), par. 2.1 à 2.4.

¹⁷⁸ *Id.*, par. 5.21.

¹⁷⁹ *Id.*, par. 5.4.

« 3.1 Some people hold the view that while Parliament might have expected tax legislation to apply to a particular transaction in such a way as would produce a predictable amount of tax, nonetheless every taxpayer is entitled to use his wiles and skill without limit in order to secure a lower tax charge. To those who hold this view the appropriate response is for Parliament to introduce specific rules to block such attempts. This is therefore a sort of fiscal chess game, but with an ever increasing number of moves and pieces.

« [TRADUCTION] 3.1 Certains sont d'avis que si le Parlement peut s'attendre à ce que la loi fiscale s'applique à une opération particulière de façon à produire un montant prévisible d'impôt, chaque contribuable est, lui, en droit de recourir sans limite à son ingéniosité et à des astuces pour parvenir à une imposition moindre. Pour ceux-là, c'est au Parlement d'adopter des dispositions précises pour bloquer ces tentatives. C'est en somme une sorte de jeu d'échecs fiscal, mais avec un nombre toujours croissant de pièces et de manœuvres.

3.2 This approach had more adherents in earlier days, when it was common to regard tax as a form of confiscation by the state, and which to be lawful had to be justified by the letter of the law. It went hand in hand with a very strict approach to the interpretation of tax statutes. » (Soulignement ajouté)

3.2 Cette conception avait plus de tenants autrefois, quand il était courant de considérer l'impôt comme une forme de confiscation par l'État, laquelle, pour être légale, devait être justifiée par la lettre de la loi. Cela allait de pair avec une conception très stricte de l'interprétation des lois fiscales¹⁸⁰. » (Soulignement ajouté)

Comme le rapport l'indique, l'interprétation stricte des lois fiscales n'a bien sûr plus cours au Royaume-Uni depuis l'arrêt *Ramsay* de 1981¹⁸¹. L'interprétation téléologique de la loi est un des moyens de contrer l'évitement fiscal. Le rapport souligne que la position des tribunaux britanniques se résume à cet égard à ce que le juge Ribeiro dit dans l'arrêt *Arrowtown* et que la Chambre des Lords a approuvé dans l'arrêt *BMBF*¹⁸².

Le rapport Aaronson part du principe que lever des impôts est le principal moyen qu'a l'État de payer les services fournis à la société. Il est donc raisonnable d'encadrer la faculté du contribuable de choisir la voie la moins imposée¹⁸³.

Selon le rapport, la meilleure façon d'aborder cette question est celle qu'indique le même juge Ribeiro dans l'affaire *Ngai Lik Electronics*

¹⁸⁰ Traduction de l'auteur.

¹⁸¹ Rapport Aaronson, précité, note 177, par. 3.10.

¹⁸² *Id.*, al. 3.7(i) et par. 3.11; voir *BMBF*, précité, note 164, par. 36 : passage cité à la section 2.1.8. et à la fin de la section 2.1.9. du présent texte.

¹⁸³ Rapport Aaronson, précité, note 177, par. 3.3 et 3.4.

*Company Ltd. c. Commissioner of Inland Revenue*¹⁸⁴ : un certain nombre de choix raisonnables sont laissés aux contribuables quant au genre d'opérations qu'ils peuvent faire; le résultat fiscal dépend du choix effectué¹⁸⁵. Voici ce que dit le juge Ribeiro :

« [...] the statutory purpose of section 61A [Inland Revenue Ordinance] is not to attack arrangements made to secure benefits which are legislatively intended to be available to the taxpayer¹⁸⁶. »

« [TRADUCTION] [...] l'article 61A [de l'*Inland Revenue Ordinance*] n'a pas pour objet de contrer des dispositions prises pour obtenir des résultats que le législateur avait l'intention de rendre accessibles au contribuable¹⁸⁷. »

L'ébauche de règle générale anti-abus annexée au rapport Aaronson précise donc que cette règle ne s'appliquerait pas aux dispositions prises pour obtenir un résultat fiscal qui peuvent être considérées comme un exercice raisonnable de choix permis par le législateur. Il s'agirait alors de « planifications fiscales raisonnables »¹⁸⁸ par opposition aux planifications fiscales abusives.

Le 21 mars 2012, dans le discours du budget 2012-2013, le chancelier de l'Échiquier George Osborn a annoncé que le gouvernement britannique acceptait la recommandation du rapport Aaronson relative à l'instauration d'une règle générale anti-abus pour contrer les stratagèmes d'évitement fiscal artificiels et abusifs¹⁸⁹. Il a ajouté que le gouvernement allait publier un document de consultation durant l'été 2012 en vue de proposer un texte dans le projet de loi de finances (*Finance Bill*) de 2013¹⁹⁰.

Cela n'est pas de bon augure pour la pérennité du duc dans son propre pays.

¹⁸⁴ (2009) 12 HKCFAR 296, par. 101; FACV No. 29 of 2008; jugement sur le fond rendu le 24 juillet 2009.

¹⁸⁵ Rapport Aaronson, précité, note 177, par. 5.20.

¹⁸⁶ *Id.*, par. 3.12.

¹⁸⁷ Traduction de l'auteur.

¹⁸⁸ Rapport Aaronson, précité, note 177, par. 5.21 et 5.22; par. 4(1) de l'annexe I du rapport Aaronson intitulée « Illustrative draft GAAR » et par. 23 à 32 de l'annexe II intitulée « Illustrative Guidance Note for the draft GAAR ».

¹⁸⁹ ROYAUME-UNI, Her Majesty's Treasury, *Budget documents*, 21 mars 2012, chapter 1b, « A fair, more efficient and simpler tax system », par. 1.194.

¹⁹⁰ *Id.*, chapter 2, « Budget policy decisions », par. 2.198.

2.2. ÉVOLUTION AU CANADA : LE DUC PERSISTE ET SIGNE

Au Canada, le principe de l'arrêt *Duke of Westminster* selon lequel l'effet juridique prime la « substance » a été intégré dans le droit interne par l'arrêt *Shell Canada Ltée c. Canada*¹⁹¹ de la Cour suprême du Canada, auquel nous reviendrons.

Quant à l'observation de lord Tomlin selon laquelle tout contribuable peut organiser ses affaires de façon à réduire son impôt, elle est devenue au Canada un principe fondamental de droit fiscal, en dépit de l'interprétation textuelle, contextuelle et téléologique unifiée de la loi qui doit prévaloir¹⁹².

Nous n'analyserons pas en détail chacun des arrêts qui ont marqué cette évolution, pour nous concentrer plutôt sur les traces indélébiles laissées jusqu'ici par l'affaire *Duke of Westminster* dans ces arrêts.

2.2.1. Arrêt *Stubart*¹⁹³ – L'observation de lord Tomlin dans l'arrêt *Duke of Westminster* est ancrée dans le droit canadien – Interprétation des termes de la loi en contexte et selon son objet – Validité des opérations sans objet commercial

Nous sommes en 1984. Le juge Estey de la Cour suprême du Canada fait remonter l'origine du « droit du contribuable d'organiser ses affaires de manière à réduire son impôt sans violer une disposition expresse de la loi » à l'arrêt *Borough of Bradford c. Pickles*¹⁹⁴, rendu par la Chambre des Lords en 1895 dans une affaire civile.

« What then is the law in Canada as regards the right of a taxpayer to order his affairs so as to reduce his tax liability without breaching

« Qu'en est-il alors, en droit canadien, du droit du contribuable d'organiser ses affaires de manière à réduire ses impôts sans violer

¹⁹¹ [1999] 3 R.C.S. 622 (« *Shell* »).

¹⁹² Brian J. ARNOLD, « Reflections on the Relationship Between Statutory Interpretation and Tax Avoidance », (2001), vol. 49, n° 1 *Revue fiscale canadienne* 1-39, p. 29 : « The court's unquestioning adherence to the Duke of Westminster principle has precluded it from confronting fairly the relationship between the court's approach to statutory interpretation and its attitude to tax avoidance. »

¹⁹³ *Stubart*, précité, note 51. Arrêt unanime contre le fisc. Motifs principaux donnés par le juge Estey avec l'accord des juges Beetz et McIntyre, auxquels s'ajoutent les motifs de la juge Wilson avec l'accord du juge Ritchie.

¹⁹⁴ [1895] A.C. 587 (« *Bradford* »).

any express term in the statute? Historically, the judicial response is found in *Bradford (Borough of) v. Pickles*, [1895] A.C. 587, where it was stated:

“If it was a lawful act, however ill the motive might be, he had a right to do it. If it was an unlawful act, however good his motive might be, he would have no right to do it. [Per Lord Halsbury L.C., at p. 594.]

No use of property, which would be legal if due to a proper motive, can become illegal because it is prompted by a motive which is improper or even malicious.” [Per Lord Watson, at p. 598.] »

de disposition expresse de la loi? Historiquement, la réponse des tribunaux se trouve dans l’arrêt *Bradford (Borough of) c. Pickles*, [1895] A.C. 587, où l’on dit :

“[TRADUCTION] S’il s’agit d’un acte légal, quel que mauvais qu’en soit le motif, il a le droit de l’accomplir. S’il s’agit d’un acte illégal, quel que louable que puisse être son motif, il n’a pas le droit de l’accomplir. [Le lord chancelier Halsbury, à la p. 594.]

Aucun usage d’un bien qui serait légal s’il était fait pour un motif bien-fondé ne peut devenir illégal parce qu’il est inspiré par un motif mal fondé ou même délictueux.” [Lord Watson, à la p. 598.] »

Le contexte de l’arrêt *Bradford* est particulier. M. Pickles est propriétaire d’une terre sous laquelle coulent des eaux qui, suivant des voies inconnues, sourdent sur le terrain voisin appartenant à la ville de Bradford. La ville ne manque pas d’en profiter. M. Pickles fait des travaux pour retenir ces eaux sur sa terre, ce qui en prive la ville. La Chambre des Lords juge que M. Pickles a le droit de faire ces travaux, quel que soit le motif qui l’a incité à les entreprendre : améliorer de bonne foi sa propre terre, porter malicieusement préjudice à son voisin ou encore inciter son voisin à lui acheter sa terre. Ce n’était pas illégal selon les termes de la loi applicable.

Cet arrêt remonte à une époque où les lois étaient interprétées de façon littérale dans un pays de common law où la théorie de l’abus de droit n’existe pas!

Quoi qu’il en soit, dans l’arrêt *Stubart*, le juge Estey souligne que l’arrêt *Duke of Westminster* ne fait que répéter ce même principe, appliqué à la fiscalité.

« In the field of taxation itself the traditional position was re-echoed in *Inland Revenue Commissioners v. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1, at pp. 19-20, where it was stated:

“Every man is entitled if he can to order his affairs so as that the tax attaching under the appropriate Acts is less than it otherwise would be. If he succeeds in ordering them so as to secure this result, then, however unappreciative the Commissioners of

« Dans le domaine de la fiscalité elle-même, le principe traditionnel a été répété dans l’arrêt *Inland Revenue Commissioners c. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1, aux pp. 19 et 20 où l’on dit :

“[TRADUCTION] Tout homme a le droit, s’il le peut, de diriger ses affaires de façon que son assujettissement aux impôts prescrits par les lois soit moindre qu’il ne le serait autrement. S’il réussit à obtenir ce résultat, alors, même si le percepteur ou les autres contribuables

Inland Revenue or his fellow taxpayers may be of his ingenuity, he cannot be compelled to pay an increased tax¹⁹⁵. »

n'appréciant guère son ingéniosité, on ne peut pas l'obliger à payer plus d'impôt. »

Après une revue de la jurisprudence, notamment celle de la Chambre des Lords (arrêts *Ramsay*, *Burmah* et *Dawson*), le juge Estey rejette la proposition voulant que les opérations à but uniquement fiscal soient écartées. Les contribuables doivent pouvoir mettre en œuvre les planifications encouragées par le législateur, même s'ils le font dans un but essentiellement fiscal. Autant dire que le juge Estey ne remet pas en question l'observation de lord Tomlin sur la faculté de choisir la voie la moins imposée.

« I would therefore reject the proposition that a transaction may be disregarded for tax purposes solely on the basis that it was entered into by a taxpayer without an independent or *bona fide* business purpose. [...] »

Indeed, where Parliament is successful and a taxpayer is induced to act in a certain manner by virtue of incentives prescribed in the legislation, it is at least arguable that the taxpayer was attracted to these incentives for the valid business purpose of reducing his cash outlay for taxes to conserve his resources for other business activities¹⁹⁶. »

« Je suis donc d'avis de rejeter la proposition selon laquelle il est possible d'écarter une opération du point de vue fiscal uniquement parce que le contribuable l'a faite sans but commercial distinct ou véritable. [...] »

En réalité, lorsque le législateur réussit à amener le contribuable à agir d'une façon déterminée à cause d'incitations contenues dans la Loi, on peut au moins dire que le contribuable y a été amené pour le motif commercial valide de réduire ses paiements d'impôt dans le but de conserver ses ressources pour d'autres activités commerciales. »

Pour diminuer l'attrait de l'évitement fiscal et favoriser une application uniforme de la loi, le juge Estey mise cependant sur une interprétation de la loi selon ses termes lus « dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur »¹⁹⁷.

« It seems more appropriate to turn to an interpretation test which would provide a means of applying the Act so as to affect only the conduct of a taxpayer which has the designed effect of defeating the expressed intention of Parliament. In short, the tax statute, by this interpretative technique, is

« Il paraît plus approprié d'avoir recours à un critère d'interprétation qui permettrait d'appliquer la Loi de manière à viser seulement la conduite du contribuable qui a comme effet intentionnel de contourner la volonté expresse du législateur. En bref, cette technique d'interprétation fait porter la

¹⁹⁵ *Stuart*, précité, note 51, 552.

¹⁹⁶ *Id.*, 578

¹⁹⁷ *Id.*, 575-576, par référence à la formule du professeur E. A. DRIEDGER, *The Construction of Statutes*, 2^e éd., Toronto, Butterworths, 1983, p. 87.

extended to reach conduct of the taxpayer which clearly falls within “the object and spirit” of the taxing provisions. Such an approach would promote rather than interfere with the administration of the *Income Tax Act* [...] in both its aspects without interference with the granting and withdrawal, according to the economic climate, of tax incentives. The desired objective is a simple rule which will provide uniformity of application of the Act across the community, and at the same time, reduce the attraction of elaborate and intricate tax avoidance plans, and reduce the rewards to those best able to afford the services of the tax technicians¹⁹⁸. » (Soulignement ajouté)

Dans ce même arrêt *Stubart*, la juge Wilson, aux motifs de laquelle le juge Ritchie souscrit, précise qu'écarter des opérations sans but commercial reviendrait à rejeter le principe énoncé par lord Tomlin dans l'arrêt *Duke of Westminster*.

« I am also of the view that the business purpose test and the sham test are two distinct tests. A transaction may be effectual and not in any sense a sham (as in this case) but may have no business purpose other than the tax purpose. The question then is whether the Minister is entitled to ignore it on that ground alone. If he is, then a massive inroad is made into Lord Tomlin's dictum that “Every man is entitled if he can to order his affairs so as that the tax attaching under the appropriate Acts is less than it otherwise would be” [...]. Indeed, it seems to me that the business purpose test is a complete rejection of Lord Tomlin's principle.

[...] I think Lord Tomlin's principle is far too deeply entrenched in our tax law for the courts to reject it in the absence of clear statutory authority. No such authority has been put to us in this case¹⁹⁹. » (Soulignement ajouté)

législation fiscale sur la conduite du contribuable qui relève manifestement de l'objet et de l'esprit des dispositions fiscales. Une telle façon de voir aurait pour effet de faciliter l'administration de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [...] plutôt que de l'entraver, sous ces deux aspects, sans gêner l'attribution ou le retrait, selon le climat économique, d'incitations fiscales. L'objectif recherché est une règle simple qui amènera l'uniformité d'application de la Loi dans la société et, par la même occasion, diminuera l'attrait de plans compliqués et subtils d'évitement de l'impôt et, par conséquent, les avantages de ceux qui sont le plus en mesure de s'offrir les services de fiscalistes. » (Soulignement ajouté)

« Je suis aussi d'avis que le critère de l'objet commercial et celui du trompe-l'œil sont deux critères distincts. Une opération peut être valide sans être un trompe-l'œil de quelque façon (comme en l'espèce), mais elle peut n'avoir d'autre objet commercial qu'un objet fiscal. La question est donc de savoir si le Ministre a le droit de ne pas en tenir compte pour ce seul motif. Dans l'affirmative, c'est une énorme brèche dans l'opinion incidente de lord Tomlin: [TRADUCTION] “Tout homme a le droit, s'il le peut, de diriger ses affaires de façon que son assujettissement aux impôts prescrits par les lois soit moindre qu'il ne le serait autrement” [...]. En réalité, il me semble que le critère de l'objet commercial constitue un rejet total du principe énoncé par lord Tomlin.

[...] Je crois que le principe exprimé par lord Tomlin est beaucoup trop ancré dans notre droit pour que les tribunaux puissent l'écarter en l'absence de disposition législative expresse. On ne nous a signalé aucun texte ayant cette portée, en l'espèce. » (Soulignement ajouté)

¹⁹⁸ *Id.*, 578.

¹⁹⁹ *Id.*, 540.

Dans l'arrêt *Stubart*, la Cour considère donc que la faculté de choisir la voie la moins imposée est un principe ancré dans le droit canadien, qu'on ne peut écarter que par un texte législatif.

2.2.2. Adoption de la règle générale anti-évitement

À la suite de l'arrêt *Stubart*, des règles générales anti-évitement sont édictées au Canada. Au fédéral, la RGAÉ est en vigueur depuis le 13 septembre 1988²⁰⁰. Au Québec, il existe une règle similaire, applicable à compter de la même date²⁰¹. Ces règles permettent de supprimer l'avantage fiscal qui résulte d'une opération d'évitement ou d'une série d'opérations d'évitement entraînant un abus dans l'application de dispositions de la législation fiscale.

Avant que la RGAÉ ne soit adoptée, le ministère des Finances du Canada souligne, dans les *Notes explicatives* jointes au Projet de loi C-139 de 1988, que « la planification fiscale – c'est-à-dire le fait d'organiser ses affaires de manière à payer le moins possible d'impôts – est une dimension légitime et admise du droit fiscal canadien »²⁰².

Les *Notes explicatives* indiquent par ailleurs quel est l'objet de la RGAÉ :

« Le nouvel article 245 de la Loi établit une règle générale anti-évitement qui vise à prévenir les opérations ou mécanismes abusifs d'évitement fiscal, sans gêner pour autant les opérations commerciales et familiales légitimes. En conséquence, la nouvelle règle vise à distinguer la planification fiscale légitime et l'évitement abusif de l'impôt, de manière à établir un équilibre convenable

²⁰⁰ L.C. 1988, ch. 55, art. 185 édictant l'article 245 L.I.R. (« RGAÉ »), sanction royale le 13 septembre 1988. Il existe aussi, bien sûr, des règles particulières d'évitement fiscal. Ni ces règles particulières, ni le détail de la RGAÉ ne font l'objet du présent texte.

²⁰¹ L.Q. 1990, c. 59, sanctionné le 14 décembre 1990, art. 351 édictant les articles 1079.9 à 1079.16 de la *Loi sur les impôts* du Québec, L.R.Q., c. I-3, (« L.I. »), applicables aux opérations conclues après le 12 septembre 1988 de façon générale. Des pénalités ont été ajoutées et le délai pour établir des nouvelles cotisations a été augmenté, dans le cadre de la stratégie du gouvernement du Québec de lutte contre les planifications fiscales agressives : L.Q. 2010, c. 25, sanctionné le 27 octobre 2010, article 193 édictant les articles 1079.13.1 à 1079.13.4 L.I. et article 194 édictant l'article 1079.15.1 L.I., applicables aux opérations réalisées après le 14 octobre 2009 de façon générale.

²⁰² CANADA, ministère des Finances, *Notes explicatives sur le projet de loi concernant l'impôt sur le revenu*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1988, p. 495.

entre la protection de l'assiette fiscale et le besoin de certitude des contribuables pour la planification de leurs activités²⁰³. »

Dix-sept ans plus tard, dans l'arrêt *Trustco* rendu en 2005, la Cour suprême du Canada en déduira que « [b]ien qu'il ait eu l'intention de prévenir l'évitement fiscal abusif en édictant la RGAÉ, le législateur a néanmoins voulu maintenir la prévisibilité, la certitude et l'équité en droit fiscal canadien [c'est nous qui soulignons]. Il veut que les contribuables profitent pleinement des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui confèrent des avantages fiscaux. En fait, il s'agit là de la condition de réussite des différentes politiques que la *Loi de l'impôt sur le revenu* cherche à promouvoir »²⁰⁴. Nous y reviendrons.

2.2.3. Arrêt *Hickman Motors Ltd. c. Canada*²⁰⁵ – L'observation de lord Tomlin dans l'arrêt *Duke of Westminster* devient un principe fondamental de droit fiscal – Arrêts *Neuman et Duha Printers (Western) Ltd. c. Canada*²⁰⁶ au même effet

En 1997, l'observation de lord Tomlin dans l'arrêt *Duke of Westminster* est qualifiée de « principe fondamental de droit fiscal » par les juges majoritaires de la Cour suprême dans l'arrêt *Hickman Motors*. Voici ce que dit la juge McLachlin :

« 8. The fact that the directors of the taxpayer may have intended to obtain a tax saving by acquiring the asset is irrelevant. It is a fundamental principle of tax law that "[e]very man is entitled if he can to order his affairs so as that the tax attaching under the appropriate Acts is less than it otherwise would be": *Inland Revenue Commissioners v. Westminster (Duke of)*, [1936] A.C. 1 (H.L.), at p. 19, *per* Lord Tomlin. As Wilson J. put it in *Stubart Investments Ltd. v.*

« 8. Le fait que les administrateurs de la contribuable aient pu vouloir obtenir une économie d'impôt en se portant acquéreur de l'actif n'est pas pertinent. C'est un principe fondamental de droit fiscal que [TRADUCTION] "[t]out homme a le droit, s'il le peut, de diriger ses affaires de façon que son assujettissement aux impôts prescrits par les lois soit moindre qu'il ne le serait autrement" : *Inland Revenue Commissioners c. Westminster (Duke of)*, [1936] A.C. 1 (H.L.), à la p. 19,

²⁰³ *Id.*, p. 492. Passage cité dans *Trustco*, précité, note 59, par. 15.

²⁰⁴ *Trustco*, précité, note 59, par. 31.

²⁰⁵ [1997] 2 R.C.S. 336 (« *Hickman Motors* »). Arrêt en faveur du contribuable. Juges majoritaires : McLachlin, La Forest et Major (motifs par la juge McLachlin) et L'Heureux-Dubé (motifs séparés). Juges dissidents : Sopinka, Cory et Iacobucci (motifs par le juge Iacobucci).

²⁰⁶ [1998] 1 R.C.S. 795 (« *Duha Printers* »). Arrêt en faveur du contribuable; motifs du juge Iacobucci pour la Cour.

The Queen, [1984] 1 S.C.R. 536, at p. 540, “[a] transaction may be effectual and not in any sense a sham (as in this case) but may have no business purpose other than the tax purpose”. » (Soulignement ajouté)

lord Tomlin. Comme l’a dit le juge Wilson dans *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, à la p. 540, “[u]ne opération peut être valide sans être un trompe-l’œil de quelque façon (comme en l’espèce), mais elle peut n’avoir d’autre objet commercial qu’un objet fiscal”. » (Soulignement ajouté)

Cela s’explique d’abord par le fait que la faculté de choisir la voie la moins imposée est étroitement liée au principe, énoncé dans l’arrêt *Stubart*, qu’une opération dont le seul objet est fiscal peut être parfaitement valide. Cela peut aussi s’expliquer par le fait que, dans l’affaire *Hickman Motors*, la RGAÉ n’était pas invoquée²⁰⁷.

Mais la Cour, en faisant de la faculté de choisir la voie la moins imposée un principe fondamental, laisse de côté le fait que l’on est passé de l’interprétation stricte et littérale de la loi fiscale à une interprétation des termes de la loi en contexte et selon son objet.

D’autres affaires où la RGAÉ n’est pas invoquée sont jugées l’année suivante : la Cour suprême du Canada, sans renvoyer expressément à l’arrêt *Duke of Westminster* mais en s’appuyant sur l’arrêt *Stubart*, qui permet de faire valablement des opérations sans raison commerciale, réaffirme le droit du contribuable de choisir la voie la moins imposée. C’est le cas dans l’arrêt *Neuman*²⁰⁸ :

« 63. [...] taxpayers are entitled to arrange their affairs for the sole purpose of achieving a favourable position regarding taxation and no distinction is to be made in the application of this principle between arm’s length and non-arm’s length transactions (see *Stubart*, *supra*). » (Soulignement ajouté)

« 63. [...] les contribuables ont le droit d’organiser leurs affaires dans le seul but de se trouver dans une situation favorable sur le plan fiscal et, pour appliquer ce principe, aucune distinction ne doit être établie entre les opérations effectuées sans lien de dépendance et celles effectuées avec lien de dépendance (voir *Stubart*, précité). » (Soulignement ajouté)

²⁰⁷ Il s’agissait de savoir si, en vertu du paragraphe 88(1) L.I.R., une société mère avait droit à une déduction pour amortissement à l’égard des biens de sa filiale, à la liquidation de celle-ci. Pour en bénéficier, *Hickman Motors Ltd.* devait avoir une source de revenu tiré d’une entreprise à laquelle se rapporte l’actif selon le paragraphe 20(1) L.I.R. et l’actif devait avoir été acquis aux fins de produire un revenu selon l’alinéa 1102(1)c) du *Règlement de l’impôt sur le revenu*, C.R.C. 1978, ch. 945 et mod.

²⁰⁸ Précité, note 62. Arrêt en faveur du contribuable; motifs du juge Iacobucci pour la Cour.

C'est aussi le cas dans l'arrêt *Duha Printers*²⁰⁹ :

« 87. It is well established in the jurisprudence of this Court that no “business purpose” is required for a transaction to be considered valid under the *Income Tax Act*, and that a taxpayer is entitled to take advantage of the Act even where a transaction is motivated solely by the minimization of tax: *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536. [...] » (Soulignement ajouté)

« 87. Il est bien établi, dans la jurisprudence de notre Cour, qu'aucune “fin commerciale” n'est exigée pour qu'une opération soit jugée valide selon la *Loi de l'impôt sur le revenu* et qu'un contribuable peut se prévaloir de la *Loi même si l'opération en cause vise seulement à réduire au minimum l'imposition* : *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536. [...] » (Soulignement ajouté)

Aucun de ces arrêts n'atténue le droit de choisir la voie la moins imposée en fonction de la nouvelle façon d'interpréter les lois fiscales, c'est-à-dire en contexte et selon leur objet.

2.2.4. Arrêt *Shell*²¹⁰ – Primauté des effets juridiques sur la substance d'une opération – La liberté de choisir la voie la moins imposée est maintenue intégralement

Dans l'arrêt *Shell* rendu en 1999, la juge McLachlin, pour la Cour suprême du Canada, exprime clairement le principe de la primauté des effets juridiques d'une opération sur la réalité économique, principe que la Chambre des Lords avait déjà établi dans l'arrêt *Duke of Westminster*. Dorénavant, au Canada, on renvoie à l'arrêt *Shell* et non plus à l'arrêt *Duke of Westminster* à cet égard.

« 39. [...] this Court has never held that the economic realities of a situation can be used to recharacterize a taxpayer's *bona fide* legal relationships. To the contrary, we have held that, absent a specific provision of the Act to

« 39. [...] notre Cour n'a jamais statué que la réalité économique d'une situation pouvait justifier une nouvelle qualification des rapports juridiques véritables établis par le contribuable. Au contraire, nous avons décidé qu'en

²⁰⁹ Précité, note 206. Voir aussi le paragraphe 88 de cet arrêt selon lequel les « parties étaient entièrement libres de se servir [...] des aspects techniques de la législation pour réaliser la fin qu'elles recherchaient : transférer le contrôle *de jure* de Duha n° 2 à Marr's tout en empêchant cette dernière d'exercer le contrôle réel ou *de facto* sur l'entreprise de la société. C'est précisément ce qu'elles ont fait et rien dans “l'objet et l'esprit” de l'une ou l'autre des diverses dispositions ne saurait servir à écarter ce résultat. Autrement dit, si le par. 111(5) peut avoir pour objet général d'empêcher le transfert de pertes autres qu'en capital d'une société à une autre, les parties ont réussi à se soustraire à la règle générale en assujettissant les deux sociétés à un contrôle commun avant leur fusion ».

²¹⁰ Précité, note 191. Arrêt en faveur du contribuable. Motifs donnés par la juge McLachlin pour la Cour. Présents : juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie.

the contrary or a finding that they are a sham, the taxpayer's legal relationships must be respected in tax cases. Recharacterization is only permissible if the label attached by the taxpayer to the particular transaction does not properly reflect its actual legal effect: *Continental Bank Leasing Corp. v. Canada*, [1998] 2 S.C.R. 298, at para. 21, *per* Bastarache J. » (Soulignement ajouté)

l'absence d'une disposition expresse contraire de la Loi ou d'une conclusion selon laquelle l'opération en cause est un trompe-l'œil, les rapports juridiques établis par le contribuable doivent être respectés en matière fiscale. Une nouvelle qualification n'est possible que lorsque la désignation de l'opération par le contribuable ne reflète pas convenablement ses effets juridiques véritables : *Continental Bank Leasing Corp. c. Canada*, [1998] 2 R.C.S. 298, au par. 21, le juge Bastarache. » (Soulignement ajouté)

Comme au Royaume-Uni, il y a deux exceptions à ce principe : une disposition expresse de la loi ou un trompe-l'œil.

Au Canada, les paragraphes 6(3), 16(1), 76(1) et 138(1) L.I.R. et l'article 68 L.I.R. sont des exemples de dispositions expresses permettant, par exception, d'aller au-delà de la forme ou des effets juridiques d'un document, d'une opération ou d'un arrangement.

Quant au trompe-l'œil, cette notion, définie dans l'arrêt *Snook*²¹¹ de la Chambre des Lords en 1967, est intégrée dans le droit canadien par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *MRN c. Cameron*²¹² en 1974 et réitérée dans l'arrêt *Stuart*²¹³ en 1984.

En ce qui concerne le droit de choisir la voie la moins imposée correspondant à l'observation de lord Tomlin dans l'arrêt *Duke of Westminster*, la juge McLachlin le confirme dans l'arrêt *Shell* :

« 45. However, this Court has made it clear in more recent decisions that, absent a specific provision to the contrary, it is not the courts' role to prevent taxpayers from relying on the sophisticated structure of their transactions, arranged in such a way that the particular provisions of the Act are met, on the basis that it would be inequitable to those taxpayers who have not chosen to structure their transactions that way. This issue was specifically addressed by this Court in *Duha Printers (Western) Ltd. v. Canada*, [1998] 1

« 45. Cependant, il ressort des arrêts plus récents de notre Cour qu'en l'absence d'une disposition expresse contraire, il n'appartient pas aux tribunaux d'empêcher les contribuables de recourir, dans le cadre de leurs opérations, à des stratégies complexes qui respectent les dispositions pertinentes de la Loi, pour le motif que ce serait inéquitable à l'égard des contribuables qui n'ont pas opté pour cette solution. Notre Cour s'est précisément penchée sur cette question dans *Duha Printers (Western) Ltd. c. Canada*,

²¹¹ Précité, note 63.

²¹² [1974] R.C.S. 1062, 1068, j. Martland.

²¹³ Précité, note 51, 572.

S.C.R. 795, at para. 88, *per* Iacobucci J. See also *Neuman v. M.N.R.*, [1998] 1 S.C.R. 770, at para. 63, *per* Iacobucci J. The courts' role is to interpret and apply the Act as it was adopted by Parliament. *Obiter* statements in earlier cases that might be said to support a broader and less certain interpretive principle have therefore been overtaken by our developing tax jurisprudence. Unless the Act provides otherwise, a taxpayer is entitled to be taxed based on what it actually did, not based on what it could have done, and certainly not based on what a less sophisticated taxpayer might have done. » (Soulignement ajouté)

[1998] 1 R.C.S. 795, au par. 88, le juge Iacobucci. Voir également *Neuman c. M.R.N.*, [1998] 1 R.C.S. 770, au par. 63, le juge Iacobucci. Il incombe aux tribunaux d'interpréter et d'appliquer la Loi telle qu'elle a été adoptée par le Parlement. Les remarques incidentes formulées dans des arrêts antérieurs dont on peut dire qu'elles appuient un principe d'interprétation plus large et moins certain ont donc été supplantées par les arrêts que notre Cour a rendus depuis en matière fiscale. Sauf disposition contraire de la Loi, le contribuable a le droit d'être imposé en fonction de ce qu'il a fait, et non de ce qu'il aurait pu faire et encore moins de ce qu'un contribuable moins habile aurait fait. » (Soulignement ajouté)

La juge McLachlin ajoute qu'examiner la réalité économique (au lieu de l'effet juridique des opérations) reviendrait à ne pas accorder toute l'importance voulue au droit du contribuable de choisir la voie la moins imposée.

« 46. Inquiring into the “economic realities” of a particular situation, instead of simply applying clear and unambiguous provisions of the Act to the taxpayer’s legal transactions, has an unfortunate practical effect. This approach wrongly invites a rule that where there are two ways to structure a transaction with the same economic effect, the court must have regard only to the one without tax advantages [Emphasis added by the Court]. With respect, this approach fails to give appropriate weight to the jurisprudence of this Court providing that, in the absence of a specific statutory bar to the contrary, taxpayers are entitled to structure their affairs in a manner that reduces the tax payable. *Stuart*, *supra*, at p. 540, *per* Wilson J., and at p. 557, *per* Estey J.; *Hickman Motors Ltd. v. Canada*, [1997] 2 S.C.R. 336, at para. 8, *per* McLachlin J.; *Duha*, *supra*, at para. 88, *per* Iacobucci J.; *Neuman*, *supra*, at para. 63, *per* Iacobucci J. An unrestricted application of an “economic effects” approach does indirectly what this Court has consistently held Parliament did not intend the Act to do directly. » (Soulignement ajouté)

« 46. Examiner la “réalité économique” d’une situation donnée, au lieu d’appliquer simplement une disposition claire et non équivoque de la Loi aux opérations juridiques effectuées par le contribuable, a des répercussions regrettables en pratique. Cette démarche favorise à tort l’application d’une règle voulant que, s’il existe deux manières de structurer une opération pour produire le même effet économique, le tribunal doive ne tenir compte que de l’option qui ne confère aucun [soulignement par la Cour] avantage fiscal. Avec égards, cette démarche n’accorde pas l’importance voulue à la jurisprudence de notre Cour selon laquelle, en l’absence de dispositions législatives expresses contraires, le contribuable peut diriger ses affaires de façon à réduire son obligation fiscale. *Stuart*, précité, à la p. 540, le juge Wilson, et à la p. 557, le juge Estey; *Hickman Motors Ltd. c. Canada*, [1997] 2 R.C.S. 336, au par. 8, le juge McLachlin; *Duha*, précité, au par. 88, le juge Iacobucci; *Neuman*, précité, au par. 63, le juge Iacobucci. Le tribunal qui adopte sans réserve une démarche fondée sur “l’effet économique” fait indirectement ce que, selon la jurisprudence constante de notre Cour, le législateur n’a pas voulu que la Loi fasse directement. » (Soulignement ajouté)

Il convient de noter que la RGAÉ n'était pas invoquée dans cette affaire. Il s'agissait principalement de savoir si Shell pouvait, en vertu du sous-alinéa 20(1)c)(i) L.I.R., déduire de son revenu la totalité des intérêts versés semestriellement aux prêteurs au cours des années d'imposition 1992 et 1993 en vertu de contrats d'achat de débentures en dollars néo-zélandais, mais après avoir passé un contrat de change à terme concernant l'achat de dollars américains et leur échange contre des dollars néo-zélandais. La Cour donna raison à Shell en se fondant sur le texte très clair, selon elle, du sous-alinéa 20(1)c)(i) L.I.R.²¹⁴; cette disposition a été simplement appliquée.

2.2.5. Arrêt *Trustco*²¹⁵ – Interprétation textuelle, contextuelle et téléologique unifiée – La liberté de choisir la voie la moins imposée est atténuée par la RGAÉ

L'arrêt *Trustco*, rendu en 2005, est bien connu pour son principe d'interprétation législative : une interprétation unifiée qui tient compte du texte, du contexte et de l'objet de la loi.

Pourtant, la juge en chef McLachlin et le juge Major, parlant au nom de la Cour dans des motifs communs, y mentionnent le rôle primordial du sens ordinaire des mots. La justification donnée par la Cour est que la *Loi de l'impôt sur le revenu* « demeure un instrument dominé par des dispositions explicites qui prescrivent des conséquences particulières et commandent une interprétation largement textuelle »²¹⁶.

« 11. As a result of the Duke of Westminster principle [...] that taxpayers are entitled to arrange their affairs to minimize the amount of tax payable, Canadian tax legislation received a strict interpretation in an era of more literal statutory interpretation than the present. There is no doubt today that all statutes, including the *Income Tax Act*, must be interpreted in a textual, contextual and purposive way. However, the particularity

« 11. En raison du principe du duc de Westminster [...] selon lequel le contribuable a le droit d'organiser ses affaires de façon à réduire au maximum l'impôt qu'il doit payer, le droit fiscal canadien a reçu une interprétation stricte à une époque où l'interprétation littérale des lois était plus courante qu'aujourd'hui. De nos jours, il ne fait aucun doute que toutes les lois, y compris la *Loi de l'impôt sur le revenu*, doivent être

²¹⁴ *Shell*, précité, note 191, par. 42.

²¹⁵ Précité, note 59. Arrêt unanime contre le fisc. Motifs des juges McLachlin et Major pour la Cour composée de la juge en chef McLachlin et des juges Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella et Charron. Mais dans l'arrêt *Mathew c. Canada*, [2005] 2 R.C.S. 643, le même banc donne raison au fisc sur la base des mêmes principes d'interprétation législative et d'application de la RGAÉ que dans l'arrêt *Trustco*; motifs des juges McLachlin et Major pour la Cour également.

²¹⁶ *Trustco*, précité, note 59, par. 13.

and detail of many tax provisions have often led to an emphasis on textual interpretation. Where Parliament has specified precisely what conditions must be satisfied to achieve a particular result, it is reasonable to assume that Parliament intended that taxpayers would rely on such provisions to achieve the result they prescribe. » (Soulignement ajouté)

interprétées de manière textuelle, contextuelle et téléologique. Cependant, le caractère détaillé et précis de nombreuses dispositions fiscales a souvent incité à mettre l'accent sur l'interprétation textuelle. Lorsque le législateur précise les conditions à remplir pour obtenir un résultat donné, on peut raisonnablement supposer qu'il a voulu que le contribuable s'appuie sur ces dispositions pour obtenir le résultat qu'elles prescrivent. » (Soulignement ajouté)

À notre avis, cela n'est pas si éloigné de l'interprétation littérale et stricte des lois fiscales qui prévalait du temps de l'arrêt *Duke of Westminster*. Certes, le rôle du texte est atténué lorsque les mots peuvent avoir plus d'un sens raisonnable²¹⁷ et le texte doit s'harmoniser avec le contexte et l'objet de la loi²¹⁸. Mais il s'agit d'« assurer l'uniformité, la prévisibilité et l'équité » dans l'application de la loi fiscale « pour que les contribuables puissent organiser leurs affaires intelligemment »²¹⁹.

« 12. The provisions of the *Income Tax Act* must be interpreted in order to achieve consistency, predictability and fairness so that taxpayers may manage their affairs intelligently. As stated at para. 45 of *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622:

“[A]bsent a specific provision to the contrary, [Emphasis added] it is not the courts' role to prevent taxpayers from relying on the sophisticated structure of their transactions, arranged in such a way that the particular provisions of the Act are met, on the basis that it would be inequitable to those taxpayers who have not chosen to structure their transactions that way.”

See also 65302 *British Columbia*, at para. 51, per Iacobucci J. citing P. W. Hogg and J. E. Magee, *Principles of Canadian Income Tax Law* (2nd ed. 1997), at pp. 475-76:

« 12. Les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* doivent être interprétées de manière à assurer l'uniformité, la prévisibilité et l'équité requises pour que les contribuables puissent organiser intelligemment leurs affaires. Comme l'affirme la Cour, au par. 45 de l'arrêt *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622 :

“[E]n l'absence d'une disposition expresse contraire, [soulignement dans le texte] il n'appartient pas aux tribunaux d'empêcher les contribuables de recourir, dans le cadre de leurs opérations, à des stratégies complexes qui respectent les dispositions pertinentes de la Loi, pour le motif que ce serait inéquitable à l'égard des contribuables qui n'ont pas opté pour cette solution.”

Voir également l'arrêt 65302 *British Columbia*, par. 51, où le juge Iacobucci cite P. W. Hogg et J. E. Magee, *Principles of Canadian Income Tax Law* (2^e éd. 1997), p. 475-476 :

²¹⁷ *Id.*, par. 10.

²¹⁸ *Id.*, par. 10, 39 et 40.

²¹⁹ *Id.*, par. 12.

“It would introduce intolerable uncertainty into the Income Tax Act if clear language in a detailed provision of the Act were to be qualified by unexpressed exceptions derived from a court’s view of the object and purpose of the provision.” » (Soulignement ajouté)

“[TRADUCTION] La Loi de l’impôt sur le revenu serait empreinte d’une incertitude intolérable si le libellé clair d’une disposition détaillée de la Loi était nuancé par des exceptions qui n’y sont pas exprimées, provenant de la conception qu’un tribunal a de l’objet de la disposition.” » (Soulignement ajouté)

En soulignant l’importance d’interpréter la loi de manière à assurer l’uniformité (*consistency*) requise, la Cour paraît privilégier une interprétation textuelle. Elle semble en effet vouloir éviter l’incertitude, que les auteurs Hogg et Magee²²⁰ qualifiaient d’« intolérable », en cas d’interprétation en fonction de la conception qu’un tribunal aurait de l’objet de la loi. En réalité, commentant l’arrêt *Canada c. Antosko*²²¹, ces auteurs constataient que la Cour y avait adopté une interprétation littérale du paragraphe 20(14) L.I.R., ce qui revenait à dire que l’objet de la loi ne pouvait jouer qu’un rôle limité dans l’interprétation d’une loi aussi précise et détaillée que la *Loi de l’impôt sur le revenu*. Mais les auteurs ajoutaient, en bas de page, que la Cour était peut-être allée trop loin dans l’arrêt *Antosko* en présumant qu’on pouvait se reposer sur les termes de la loi sans prendre en considération son objet : après tout, les termes ne peuvent être interprétés sans tenir compte du contexte, et l’objet de la loi fait partie de ce contexte; prendre l’objet de la loi en considération permet non seulement de résoudre une ambiguïté évidente mais aussi, à l’occasion, de déceler une ambiguïté dans des termes apparemment clairs²²². De toute façon, à notre avis, la situation dans l’arrêt *Antosko* était particulière et ne comportait aucun artifice : dans le cadre d’une tentative de remise sur pied d’une société en difficulté, un organisme gouvernemental, exonéré d’impôt, a transféré à des investisseurs privés les débentures émises par cette société sur lesquelles des intérêts s’étaient accumulés; comme le paragraphe 20(14) L.I.R. permet au bénéficiaire du transfert d’un titre de créance de déduire dans le calcul de son revenu l’intérêt accumulé sur ce titre avant la date du transfert, les investisseurs en ont profité à bon droit. Cela n’empêche pas, selon nous, que la prise en compte de l’objet réel de la loi puisse, de façon générale, favoriser

²²⁰ P. W. HOGG et J. E. MAGEE, *Principles of Canadian Income Tax Law*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 1997, pp. 475-476. Passage plus complet cité par le juge Iacobucci dans l’arrêt *65302 British Columbia Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 804, par. 51. Extrait seulement de ce passage cité dans *Trustco*, précité, note 59, par. 12.

²²¹ [1994] 2 R.C.S. 312 (« *Antosko* »).

²²² P. W. HOGG et J. E. MAGEE, précité, note 220, p. 476, note 21.

une application uniforme de la loi, comme le pensait le juge Estey dans l'arrêt *Stuart*²²³.

Pour ce qui est de la prévisibilité, faut-il le rappeler, les contribuables n'ont pas de droit acquis à profiter de la loi fiscale, à moins que celle-ci ne le dise expressément. Les seuls droits dont un contribuable peut se prévaloir au cours d'une année d'imposition sont ceux que la *Loi de l'impôt sur le revenu* alors en vigueur lui accorde²²⁴. Comme le disait la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Gustavson* :

« [E]n droit fiscal, il est impérieux que la législation reflète l'évolution des besoins sociaux et de l'attitude du gouvernement. Un contribuable est libre de planifier sa vie financière en se fondant sur l'espoir que le droit fiscal demeure statique : il prend alors le risque d'une modification à la législation²²⁵. »

La prévisibilité a ses limites.

Enfin, qu'entend la Cour lorsqu'elle justifie par l'équité le droit de chacun d'organiser ses affaires « intelligemment »? Équité pour ceux qui ont l'« intelligence » de chercher à éviter l'impôt ou pour l'ensemble des contribuables? Il semble que l'équité pour les autres contribuables ne soit pas un facteur à prendre en considération si l'on en croit le passage de l'arrêt *Shell* cité plus haut par la Cour.

Il reste que dans l'arrêt *Trustco*, quoi qu'on en dise, l'accent est mis sur l'interprétation textuelle de la loi fiscale, qui est simplement atténuée par la RGAÉ :

« 13. The *Income Tax Act* remains an instrument dominated by explicit provisions dictating specific consequences, inviting a largely textual interpretation. Onto this compendium of detailed stipulations, Parliament has engrafted quite a different sort of provision, the GAAR. This is a broadly drafted provision, intended to negate arrangements that would be permissible under a literal interpretation of other provisions of the *Income Tax Act*, on the basis that they amount to abusive tax avoidance. To the extent that the

« 13. La *Loi de l'impôt sur le revenu* demeure un instrument dominé par des dispositions explicites qui prescrivent des conséquences particulières et commandent une interprétation largement textuelle. À cet ensemble de dispositions détaillées, le législateur a greffé une disposition d'un genre bien différent, la RGAÉ, qui est une disposition générale destinée à invalider, pour le motif qu'ils constituent de l'évitement fiscal abusif, des mécanismes qui seraient acceptables selon une

²²³ Précité, note 51, 578. Voir aussi la section 2.2.1. du présent texte.

²²⁴ *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. MRN*, [1977] 1 R.C.S. 271, 282 (juge Dickson avec l'accord des juges Martland et Judson, représentant la majorité).

²²⁵ *Id.*, 283.

GAAR constitutes a “provision to the contrary” as discussed in *Shell* (at para. 45), the Duke of Westminster principle and the emphasis on textual interpretation may be attenuated. Ultimately, as affirmed in *Shell*, “[t]he courts’ role is to interpret and apply the Act as it was adopted by Parliament” (para. 45). The court must to the extent possible contemporaneously give effect to both the GAAR and the other provisions of the *Income Tax Act* relevant to a particular transaction. » (Soulignement ajouté)

interprétation littérale d’autres dispositions de la *Loi de l’impôt sur le revenu*. Comme l’indique l’arrêt *Shell* (par. 45), dans la mesure où la RGAÉ constitue une “disposition [...] con-traire”, le principe du duc de Westminster et l’accent mis sur l’interprétation textuelle peuvent être atténués. En définitive, comme le précise l’arrêt *Shell*, “[i]l incombe aux tribunaux d’interpréter et d’appliquer la Loi telle qu’elle a été adoptée par le Parlement” (par. 45). Les tribunaux doivent, dans la mesure du possible, donner effet simultanément à la RGAÉ et aux autres dispositions de la *Loi de l’impôt sur le revenu* applicables à une opération donnée. » (Soulignement ajouté)

On revient donc à la faculté du contribuable de choisir la voie la moins imposée selon l’arrêt *Duke of Westminster*, faculté qui, au Canada, est liée à une interprétation textuelle de la loi, atténuée par la RGAÉ. Cette approche de la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Trustco* se démarque de celle retenue par la Chambre des Lords dans l’arrêt *Ensign Tankers* en 1992, selon laquelle le libre choix de la voie la moins imposée ne s’applique pas à l’évitement fiscal.

2.2.6. Arrêts *Cie pétrolière Impériale ltée c. Canada* et *Inco ltée c. Canada*²²⁶ – La liberté de choisir la voie la moins imposée est-elle tempérée par l’interprétation téléologique de la loi fiscale?

Nous sommes maintenant en 2006. Les affaires *Cie pétrolière Impériale* et *Inco* ne sont pas des causes dans lesquelles la RGAÉ est invoquée, pas plus que la liberté du choix de la voie la moins imposée. Il s’agit essentiellement d’interprétation législative.

Leur intérêt, dans le cadre du présent texte, vient du rappel fait par le juge LeBel, pour les juges majoritaires, de la tension qui existe entre l’interprétation textuelle de la loi, la certitude recherchée par les contribuables et l’objet de la loi. Le juge LeBel évoque à ce sujet un passage

²²⁶ [2006] 2 R.C.S. 447 (« *Cie pétrolière Impériale* et *Inco* »). Arrêts rendus en faveur du fisc. Motifs des juges majoritaires (LeBel, McLachlin, Deschamps et Abella) rendus par le juge LeBel; motifs des juges dissidents (Binnie, Fish et Charron) rendus par le juge Binnie.

de l'arrêt *Trustco* où il est question notamment de l'arrêt *Duke of Westminster*.

« 29. The Chief Justice and Major J. [in *Trustco*] then addressed the underlying tension between textual interpretation, taxpayers' expectations as to the reliability of their tax and business arrangements, the legislature's objectives and the purposes of specific provisions or of the statute as a whole:

“As a result of the *Duke of Westminster* principle [...] that taxpayers are entitled to arrange their affairs to minimize the amount of tax payable, Canadian tax legislation received a strict interpretation in an era of more literal statutory interpretation than the present. There is no doubt today that all statutes, including the *Income Tax Act*, must be interpreted in a textual, contextual and purposive way. However, the particularity and detail of many tax provisions have often led to an emphasis on textual interpretation. Where Parliament has specified precisely what conditions must be satisfied to achieve a particular result, it is reasonable to assume that Parliament intended that taxpayers would rely on such provisions to achieve the result they prescribe.” [para. 11] (See also *Mathew*, at paras. 42-43.) »

De son côté, en renvoyant aussi à l'arrêt *Trustco* et dans un parler percutant qui évoque une bataille rangée entre les contribuables et le fisc, le juge Binnie, pour les juges dissidents, favorise une interprétation textuelle, au vu des dispositions très détaillées de la loi fiscale :

« 73. The *Income Tax Act* is the battlefield on which over 21 million Canadian taxpayers engage with the Minister of National Revenue (“Minister”) and his or her various tax assessors, adjudicators and collectors. The rules of engagement, hammered out in countless rulings, adjudications and statutory amendments, are immensely complex. Issues of interpretation can be approached with a degree of confidence that in the various detailed provisions of the Act, Parliament can

« 29. La Juge en chef et le juge Major [dans l'arrêt *Trustco*] ont ensuite abordé le problème de la tension sous-jacente entre l'interprétation textuelle, les attentes des contribuables concernant la fiabilité de leurs arrangements fiscaux et commerciaux, les objectifs du législateur et les objets de certaines dispositions ou de la loi dans son ensemble :

“En raison du principe du duc de *Westminster* [...] selon lequel le contribuable a le droit d'organiser ses affaires de façon à réduire au maximum l'impôt qu'il doit payer, le droit fiscal canadien a reçu une interprétation stricte à une époque où l'interprétation littérale des lois était plus courante qu'aujourd'hui. De nos jours, il ne fait aucun doute que toutes les lois, y compris la *Loi de l'impôt sur le revenu*, doivent être interprétées de manière textuelle, contextuelle et téléologique. Cependant, le caractère détaillé et précis de nombreuses dispositions fiscales a souvent incité à mettre l'accent sur l'interprétation textuelle. Lorsque le législateur précise les conditions à remplir pour obtenir un résultat donné, on peut raisonnablement supposer qu'il a voulu que le contribuable s'appuie sur ces dispositions pour obtenir le résultat qu'elles prescrivent.” [par. 11] (Voir aussi *Mathew*, par. 42-43.) »

« 73. La *Loi de l'impôt sur le revenu* est le champ de bataille où plus de 21 millions de contribuables canadiens affrontent le ministre et ses divers répartiteurs, agents et percepteurs. Les règles d'engagement établies dans d'innombrables décisions et modifications législatives sont extrêmement complexes. On peut aborder les questions d'interprétation en étant assuré jusqu'à un certain point que le législateur peut être pris au mot dans les diverses dispositions

be taken at its word (or will quickly introduce an amendment if this turns out not to be the case). As the Court pointed out in *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, [2005] 2 S.C.R. 601, 2005 SCC 54:

“[...] the particularity and detail of many tax provisions have often led to an emphasis on textual interpretation. Where Parliament has specified precisely what conditions must be satisfied to achieve a particular result, it is reasonable to assume that Parliament intended that taxpayers would rely on such provisions to achieve the result they prescribe.” [para. 11]» (Soulignement ajouté)

détaillées de la Loi (ou qu’il s’empressera de les modifier s’il appert que ce n’est pas le cas). Comme la Cour l’a souligné dans l’arrêt *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, [2005] 2 R.C.S. 601, 2005 CSC 54 :

“[...] le caractère détaillé et précis de nombreuses dispositions fiscales a souvent incité à mettre l’accent sur l’interprétation textuelle. Lorsque le législateur précise les conditions à remplir pour obtenir un résultat donné, on peut raisonnablement supposer qu’il a voulu que le contribuable s’appuie sur ces dispositions pour obtenir le résultat qu’elles prescrivent.” [par. 11] » (Soulignement ajouté)

De la nature même des remarques du juge Binnie et de celles du juge LeBel, on peut déduire ceci : pour les juges minoritaires, l’interprétation textuelle de la loi fiscale prévaut, ce qui sous-entend que le droit de choisir la voie la moins imposée qui est lié à une telle interprétation doit être intégralement respecté; en revanche, pour les juges de la majorité, conscients de l’importance de regarder l’objet de la loi, ce droit pourrait être tempéré par une interprétation de la loi qui tiendrait compte de cet objet. Cela n’est, bien sûr, qu’une inférence de notre part.

Il convient en tout cas de noter que tant les juges minoritaires que les juges de la majorité se sont appliqués à interpréter la disposition législative en cause dans les arrêts *Cie pétrolière Impériale* et *Inco* en tenant compte de son libellé mais aussi du contexte et de l’objet de la loi; toutefois, en analysant différemment ce contexte, ils arrivent à un résultat différent²²⁷! L’influence plus ou moins grande du duc y a-t-elle été pour quelque chose? L’arrêt *Lipson c. Canada*²²⁸, dans lequel les juges Binnie et LeBel se sont à nouveau exprimés, nous en donne une idée.

²²⁷ La question en litige était de savoir si l’alinéa 20(1)f) L.I.R. couvrait les pertes sur change à titre de financement découlant de l’émission de titres de créance à escompte. La majorité jugea que non, compte tenu du texte de l’alinéa 20(1)f) L.I.R., de son contexte (art. 3, 9, 18 et 20 L.I.R.) et de son objet et compte tenu de l’existence de l’article 39 L.I.R. sur les pertes en capital pouvant viser les pertes sur change. Pour les juges dissidents, l’alinéa 20(1)f) L.I.R. n’était pas limité à l’escompte initial d’émission et il fallait tenir compte de la définition du terme « principal » au paragraphe 248(1) L.I.R.

²²⁸ [2009] 1 R.C.S. 3 (« *Lipson* »). Arrêt rendu en faveur du fisc. Motifs des juges majoritaires (LeBel, Fish, Abella et Charron) rendus par le juge LeBel; motifs des juges dissidents (Binnie, Deschamps et Rothstein) rendus par les juges Binnie et Rothstein.

2.2.7. Arrêt *Lipson* – La liberté du choix de la voie la moins imposée n’a jamais été absolue – RGAÉ

Il s’agit d’un jugement partagé de 2009 dans une cause où la RGAÉ s’applique.

Le juge LeBel, pour les juges majoritaires, évoque le principe correspondant à l’observation de lord Tomlin dans l’arrêt *Duke of Westminster*. Pour la première fois, la Cour dit clairement que ce principe n’a jamais été absolu, en invoquant notamment la RGAÉ.

« [21] It has long been a principle of tax law that taxpayers may order their affairs so as to minimize the amount of tax payable (*Commissioners of Inland Revenue v. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1 (H.L.)). This remains the case. However, the Duke of Westminster principle has never been absolute, and Parliament enacted s. 245 of the *ITA*, known as the GAAR, to limit the scope of allowable avoidance transactions while maintaining certainty for taxpayers (*Canada Trustco*, at para. 15). [...] » (Soulignement ajouté)

« [21] En droit fiscal, un principe de longue date veut que le contribuable puisse organiser ses affaires de manière à réduire le plus possible l’impôt exigible (*Commissioners of Inland Revenue c. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1 (H.L.)). Ce principe, qui vaut toujours, n’a jamais été absolu. Aussi, le législateur a adopté l’art. 245 de la *LIR* – la RGAÉ – pour limiter les opérations d’évitement permises tout en respectant le besoin de certitude des contribuables (*Trustco Canada*, par. 15). [...] » (Soulignement ajouté)

Pour les juges majoritaires, la « volonté d’éviter l’incertitude ne saurait justifier que l’on fasse abstraction d’une disposition [...] à laquelle le législateur a clairement voulu assujettir des opérations qui sont par ailleurs valables à première vue »²²⁹.

Le juge Binnie, dissident, aux motifs duquel la juge Deschamps souscrit, s’inquiète de la santé du duc avec un certain humour auquel la communauté fiscale canadienne n’a pas été insensible. Selon lui, le « principe » de libre choix de la voie la moins imposée, « consacré » dans l’arrêt *Duke of Westminster*, a été confirmé par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Trustco* et n’est tempéré que par la RGAÉ.

« [54] How healthy is the *Duke of Westminster*? There is cause for concern. Although this Court in *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, affirmed, at para. 11, the continuing viability of the principle that taxpayers are entitled to arrange their affairs

« [54] Faut-il s’inquiéter de l’état de santé du *Duke of Westminster*? Je le crains. Même si, dans l’arrêt *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, notre Cour a confirmé au par. 11 la validité du principe consacré dans *Commissioners of Inland Revenue c. Duke of Westminster*,

²²⁹ *Id.*, par. 52.

to minimize the amount of tax payable (a principle enshrined in *Commissioners of Inland Revenue v. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1 (H.L.)), the traditional approach is now tempered by the application of the general anti-avoidance rule (“GAAR”). The question in these appeals, as it was in *Canada Trustco*, is where the appropriate balance is to be struck.» (Soulignement ajouté)

[1936] A.C. 1 (H.L.), à savoir que le contribuable a le droit d'organiser ses affaires de façon à réduire le plus possible l'impôt qu'il lui faut payer, l'approche traditionnelle est désormais tempérée par l'application de la règle générale anti-évitement (“RGAÉ”). Dans les présents pourvois, comme dans l'affaire *Trustco Canada*, notre Cour est appelée à établir un juste équilibre.» (Soulignement ajouté)

Dans ses motifs dissidents, le juge Binnie considère que, dans les circonstances de l'affaire *Lipson*, appliquer la RGAÉ revient à n'invoquer que pour la forme le droit de chacun d'organiser ses affaires de façon à réduire ses impôts, en négligeant l'importance du rôle de ce principe de l'arrêt *Duke of Westminster* pour la cohérence, la prévisibilité et l'équité du régime fiscal.

« [98] [...] I do not believe the Minister has shown that the abusive nature of this transaction is “clear”. The application of the GAAR in these circumstances, in my respectful view, means paying lip service to the *Duke of Westminster* principle without taking seriously its role in promoting consistency, predictability and fairness in the tax system. » (Soulignement ajouté)

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

L'argument de la cohérence est assimilable à celui de l'uniformité (*consistency*) avancé dans l'arrêt *Trustco*. Comme s'il n'était pas possible d'appliquer la loi fiscale de façon cohérente ou uniforme en tenant compte de l'objet de cette dernière! Rappelons que, dans l'arrêt *Stuart*, le juge Estey pense, au contraire, que le respect de l'objet et de l'esprit des dispositions législatives favorise l'uniformité²³⁰. En ce qui concerne l'argument de la prévisibilité, il a ses limites; nous en avons déjà parlé à propos de l'arrêt *Trustco*. Quant à l'argument de l'équité invoqué par le juge Binnie, il se comprend difficilement si, par équité, on entend le soin mis par le législateur à être juste vis-à-vis de l'ensemble des contribuables et non de quelques-uns seulement. La santé du régime fiscal paraît moins préoccupante que la santé du duc...

²³⁰ *Stuart*, précité, note 51, 578. Voir aussi les sections 2.2.1. et 2.2.5. du présent texte.

Par ailleurs, au nom, semble-t-il, du libre choix de la voie la moins imposée, le juge Binnie qualifie la RGAÉ de sanction extrême²³¹. Pourtant, à supposer que la RGAÉ ait pu s'appliquer au duc de Westminster, le paiement annuel effectué par le duc à son jardinier aurait sans doute été considéré comme des gages non déductibles, ce qui n'aurait pas été plus douloureux que la surtaxe que le duc aurait dû payer normalement s'il n'avait pas cherché à l'éviter²³².

On retient finalement des motifs des juges majoritaires dans l'arrêt *Lipson* que, en ce qui a trait à l'arrêt *Duke of Westminster*, le droit de choisir la voie la moins imposée n'a jamais été un principe absolu.

2.2.8. Arrêt *Copthorne Holdings Ltd. c. Canada*²³³ – Le libre choix de la voie la moins imposée ne sous-entend pas qu'il soit moral – Incertitude créée par la RGAÉ – Souci d'uniformité, de prévisibilité et d'équité

Le 16 décembre 2011, dans l'arrêt *Copthorne*, le juge Rothstein, avec l'accord des huit autres juges de la Cour suprême du Canada, rappelle néanmoins, dans le contexte de la RGAÉ, que le contribuable est en droit de choisir la voie la moins imposée.

Il le fait en soulignant que la notion d'abus n'a rien à voir avec la morale. Les notions de bien et de mal n'ont pas non plus à être prises en compte lorsqu'il s'agit de déterminer l'objet de la loi. Autrement dit, la motivation du contribuable importe peu, ce qui correspond à l'essence même de l'observation de lord Tomlin dans l'arrêt *Duke of Westminster*.

« [65] [...] The terms abuse or misuse might be viewed as implying moral opprobrium regarding the actions of a taxpayer to minimize tax liability utilizing the provisions of the *Income Tax Act* in a creative way. That would be inappropriate. Taxpayers are

« [65] [...] On pourrait voir dans le mot "abus" la réprobation morale du contribuable qui, afin de réduire son obligation fiscale, se montre ingénieux pour faire jouer la *Loi de l'impôt sur le revenu* en sa faveur. On aurait tort, car le contribuable peut opter pour les

²³¹ *Lipson*, précité, note 228, par. 62. Il est vrai cependant que la RGAÉ ne doit pas être utilisée de façon routinière.

²³² Voir P. W. HOGG, J. E. MAGEE et J. LI, précité, note 69, p. 669. Pour ces auteurs, il est inexact de dire que la RGAÉ est une sanction extrême; l'application hypothétique de la RGAÉ à la situation du duc le démontre.

²³³ 2011 CSC 63 (« *Copthorne* »). Arrêt rendu en faveur du fisc. Les motifs de cet arrêt sont donnés par le juge Rothstein, avec l'accord de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Cromwell.

entitled to select courses of action or enter into transactions that will minimize their tax liability (see *Duke of Westminster*).

[...]

[70] [...] However, determining the rationale of the relevant provisions of the Act should not be conflated with a value judgment of what is right or wrong nor with theories about what tax law ought to be or ought to do. » (Soulignement ajouté)

avenues ou les opérations qui sont propres à réduire son obligation fiscale (voir *Duke of Westminster*).

[...]

[70] [...] Il ne faut cependant pas confondre la détermination de la raison d'être des dispositions applicables de la Loi avec le jugement de valeur quant à ce qui est bien ou mal non plus qu'avec les conjectures sur ce que devrait être une loi fiscale ou sur l'effet qu'elle devrait avoir. » (Soulignement ajouté)

Cette attitude ne diffère guère de celle de la Chambre des Lords dans les arrêts *Burmah* et *White*, et même de celle de lord Atkin, dissident, dans l'arrêt *Duke of Westminster* : il n'y a rien de répréhensible dans le fait qu'un contribuable tente de payer le moins d'impôt possible; l'aspect moral, ou immoral, n'est pas pertinent²³⁴. La Cour suprême ne déroge pas à cette conception traditionnelle.

Dans l'arrêt *Cophthorne*, la Cour parle aussi de l'incertitude créée par la RGAÉ du fait qu'elle permet d'aller « au-delà » (*behind*) du texte de la loi pour en déterminer l'objet.

« [66] The GAAR is a legal mechanism whereby Parliament has conferred on the court the unusual duty of going behind the words of the legislation to determine the object, spirit or purpose of the provision or provisions relied upon by the taxpayer. While the taxpayer's transactions will be in strict compliance with the text of the relevant provisions relied upon, they may not necessarily be in accord with their object, spirit or purpose. In such cases, the GAAR may be invoked by the Minister. The GAAR does create some uncertainty for taxpayers. Courts, however, must remember that s. 245 was enacted "as a provision of last resort" (*Trustco*, at para. 21). » (Soulignement ajouté)

« [66] La RGAÉ est un mécanisme juridique par lequel le législateur confie aux tribunaux la tâche inhabituelle d'aller au-delà du texte de la disposition invoquée par le contribuable pour en déterminer l'objet ou l'esprit. Il se peut qu'une opération du contribuable respecte à la lettre la disposition en cause sans nécessairement être conforme à l'objet ou à l'esprit de celle-ci. Dans ce cas, le ministre peut invoquer la RGAÉ, laquelle crée effectivement de l'incertitude chez le contribuable. Les tribunaux doivent toutefois se rappeler que l'art. 245 représente une "mesure de dernier recours" (*Trustco*, par. 21). » (Soulignement ajouté)

De quelle incertitude s'agit-il? De celle que n'a pas la très grande majorité des contribuables ou de celle qu'ont les contribuables qui, à l'aide

²³⁴ Voir *Burmah*, précité, note 20, page 200 évoquée à la section 2.1.2. du présent texte; *White*, précité, note 115, pages 507-508 et 519-520 évoquées à la section 2.1.4. du présent texte et *Duke of Westminster*, note 18, page 511 évoquée à la note 31 du présent texte.

de leurs conseillers, testent les limites de la loi fiscale, comme le faisait observer la Cour suprême du Royaume-Uni dans l'arrêt unanime *MCashback*²³⁵ en 2011?

La Cour souligne dans un premier temps qu'il ne faut pas oublier que le législateur recherche l'uniformité, la prévisibilité et l'équité en matière de droit fiscal²³⁶. Puis, dans un second temps, elle semble voir une contradiction entre le souci d'uniformité, de prévisibilité et d'équité du législateur et l'incertitude créée, selon elle, par la RGAÉ.

« [123] While Parliament's intent is to seek consistency, predictability and fairness in tax law, in enacting the GAAR, it must be acknowledged that it has created an unavoidable degree of uncertainty for taxpayers. This uncertainty underlines the obligation of the Minister who wishes to overcome the countervailing obligations of consistency and predictability to demonstrate clearly the abuse he alleges. » (Soulineusement ajouté)

« [123] Bien que le législateur ait un souci d'uniformité, de prévisibilité et d'équité lorsqu'il légifère en matière fiscale, il faut reconnaître qu'en adoptant la RGAÉ, il a soumis les contribuables à une incertitude inévitable. Dès lors, le ministre a d'autant plus l'obligation de démontrer clairement l'abus allégué s'il veut satisfaire aux deux autres principes que sont l'uniformité et la prévisibilité. » (Soulineusement ajouté)

Pour remédier à cette incertitude, la Cour s'attend à ce que le ministre du Revenu national démontre encore plus clairement l'abus pour satisfaire aux principes d'uniformité et de prévisibilité. Trois remarques à ce sujet :

- 1) Il est curieux que la Cour mentionne à deux reprises le souci d'équité du législateur²³⁷ mais qu'elle semble se préoccuper uniquement de ce que doit faire le ministre pour satisfaire aux deux autres principes. Qu'en est-il donc du principe d'équité voulu par le Parlement? Cette omission résulte sans doute de ce que, depuis plus d'un siècle, on considère que chacun peut organiser ses affaires de façon à payer le moins d'impôt possible même si le résultat obtenu est inéquitable envers les autres contribuables. Pourtant, l'équité peut faire partie de l'objet de la loi. Dans

²³⁵ Précité, note 172, par. 80; voir aussi la section 2.1.9. du présent texte.

²³⁶ *Copthorne*, précité, note 233, par. 67.

²³⁷ Exemples de préoccupations et d'efforts préalables des gouvernements pour assurer l'équité : CANADA, ministère des Finances, *Plan d'équité fiscale*, 31 octobre 2006; QUÉBEC, ministère des Finances, *Les planifications fiscales agressives*, document de consultation, janvier 2009; QUÉBEC, cabinets du ministre des Finances et du ministre du Revenu, *Communiqué de presse*, « Québec intensifie sa lutte contre les planifications fiscales agressives », 15 octobre 2009.

le cadre de l'interprétation téléologique, il n'y a pas de raison de la mettre de côté. C'est une réalité qu'on ne saurait, à notre avis, occulter.

- 2) En renforçant l'obligation faite au ministre de démontrer clairement l'abus allégué pour satisfaire aux seuls principes d'uniformité et de prévisibilité, la Cour accroît la difficulté de convaincre qu'il y a abus, alors même que déjà, comme elle le dit dans l'arrêt *Trustco* et le répète dans l'arrêt *Cophorne*²³⁸, le contribuable a le bénéfice du doute. Rappelons que, normalement, la présomption en faveur du contribuable n'est que résiduelle et qu'elle ne s'applique que dans les cas exceptionnels où les principes habituels d'interprétation (texte, contexte, objet) ne permettent pas de régler la question²³⁹. Cela découle précisément du passage de l'interprétation stricte à une interprétation de la loi en contexte et selon son objet. Or, en matière d'évitement fiscal abusif, la Cour déroge au caractère résiduel et exceptionnel de cette présomption.
- 3) Comme nous l'avons vu, analyser la loi en contexte et selon son objet réel ne revient pas à créer de l'incertitude, mais au contraire à favoriser une application uniforme de la loi fiscale et à donner à tous les mêmes assurances à cet égard²⁴⁰. Aussi aurait-on pu penser qu'en mettant l'accent sur l'objet de la loi lorsque la RGAÉ est invoquée, la Cour, plutôt que d'y voir de l'incertitude, se serait éloignée de l'observation de lord Tomlin sur le libre choix de la voie la moins imposée qui, rappelons-le, était étroitement liée à l'interprétation stricte et littérale des lois fiscales. Il n'en est rien. Pour la Cour, la RGAÉ est une « mesure de dernier recours »²⁴¹.

Certes, dans l'arrêt *Cophorne*, la Cour a été convaincue qu'il y avait abus dans l'application du paragraphe 87(3) L.I.R. compte tenu du contexte et de l'objet de cette disposition. Mais quand la Cour est convaincue qu'il y a abus, pourquoi réaffirmer la liberté du contribuable de choisir la voie la

²³⁸ *Trustco*, précité, note 59, par. 3; *Cophorne*, précité, note 233, par. 72.

²³⁹ *Placer Dome Canada Ltd. c. Ontario (Ministre des Finances)*, [2006] 1 R.C.S. 715, par. 24.

²⁴⁰ *Stubart*, précité, note 51, 578; voir les sections 2.2.1., 2.2.5. et 2.2.7. du présent texte portant respectivement sur les arrêts *Stubart*, *Trustco* et *Lipson*.

²⁴¹ La Cour ne dit pas cependant qu'il s'agit d'une sanction extrême, comme l'avait fait le juge Binnie, dissident, dans l'arrêt *Lipson*, précité, note 228, par. 62. Voir la section 2.2.7. du présent texte portant sur l'arrêt *Lipson*.

moins imposée? D'aucuns peuvent penser que cette affirmation traduit une certaine mansuétude envers le contribuable.

Toujours est-il qu'on ne peut que constater que le libre choix de la voie la moins imposée est un principe auquel tiennent les tribunaux et les contribuables, malgré l'interprétation téléologique de la loi, renforcée par la RGAÉ. Au Canada, le duc a toujours ses adeptes.

2.3. ÉVOLUTION EN INDE : LE DUC CRÉE DES REMOUS

Disons un mot sur l'influence de l'arrêt *Duke of Westminster* en Inde²⁴² : entre 1985 et 2012, cet arrêt a créé des remous.

En 1985, dans l'arrêt *McDowell*²⁴³, la Cour suprême de l'Inde²⁴⁴ donne d'abord l'impression qu'elle veut écarter l'arrêt *Duke of Westminster*. Elle semble en effet se rallier à cet égard au vigoureux plaidoyer du juge Chinnappa Reddy, que voici :

« We think that the time has come for us to depart from the *Westminster* principle as emphatically as the British courts have done [...]. The evil consequences of tax avoidance are manifold. First, there is substantial loss of much needed public revenue, particularly in a welfare state like ours. Next, there is the serious disturbance caused to the economy of the country by the piling up of mountains of black money, directly causing inflation. Then there is "the large hidden loss" to the community [...] by some of the best brains in the country being involved in the perpetual war waged between the tax-avoider and his

« [TRADUCTION] Nous croyons le temps venu de nous écarter du principe de *Westminster* avec autant d'insistance que l'ont fait les tribunaux britanniques [...]. L'évitement fiscal a de multiples conséquences néfastes. Tout d'abord, il entraîne une importante perte de recettes publiques destinées à combler des besoins nombreux, en particulier dans un État providence comme le nôtre²⁴⁵. Ensuite, il perturbe considérablement l'économie du pays en ce qu'il provoque une énorme accumulation d'argent non déclaré, cause directe d'inflation. En outre, sans que cela ne paraisse, il prive la

²⁴² Nous n'avons pas l'intention de faire une revue de la jurisprudence indienne qui renvoie à l'arrêt *Duke of Westminster*, mais nous tenons à mentionner l'arrêt *Vodafone International Holdings B.V. c. Union of India & Anr.* (Civil appeal No. 733 of 2012 (« *Vodafone* »)) rendu en 2012, dans lequel la Cour suprême de l'Inde réaffirme les principes de l'arrêt *Duke of Westminster* même si elle avait semblé les rejeter en 1985 dans l'arrêt *McDowell and Co. Ltd. c. CTO*, [1985] 3 SCC 230 (« *McDowell* »).

²⁴³ Précité, note 242.

²⁴⁴ *Supreme Court of India*. Voir le site <http://www.supremecourtindia.nic.in/>.

²⁴⁵ Note de l'auteur : Les principes directeurs de la politique étatique énoncés à la partie IV de la Constitution de l'Inde indiquent que l'État indien est un État providence. L'État a le devoir d'en tenir compte dans l'élaboration de ses politiques et de la législation.

expert team of advisers, lawyers and accountants on the one side and the tax-gatherer and his perhaps not so skillful advisers on the other side. Then again there is the “sense of injustice and inequality which tax avoidance arouses in the breasts of those who are unwilling or unable to profit by it”. Last, but not the least is the ethics (to be precise, the lack of it) of transferring the burden of tax liability to the shoulders of the guideless, good citizens from those of the “artful dodgers”. [...] But, surely, it is high time for the judiciary in India too to part its ways from the principle of *Westminster* and the alluring logic of tax avoidance. We now live in a welfare State whose financial needs, if backed by the law, have to be respected and met. We must recognise that there is behind taxation laws as much moral sanction as behind any other welfare legislation and it is a pretence to say that avoidance of taxation is not unethical and that it stands on no less a moral plane than honest payment of taxation. [...] » (Soulignement ajouté)

société [...] de quelques-uns de ses meilleurs cerveaux, engagés dans la guerre perpétuelle entre, d’une part, le contribuable, entouré de fiscalistes, juristes et comptables, qui cherche à éviter l’impôt et, d’autre part, le collecteur d’impôt et ses conseillers, pas toujours aussi bien armés. Par ailleurs, il y a le sentiment d’injustice et d’inégalité que ressentent ceux qui ne veulent pas ou ne peuvent pas profiter de l’évitement. Enfin, et c’est tout aussi grave, il y a le problème éthique puisque l’évitement a pour effet d’alourdir, au profit des plus retors, la charge fiscale des honnêtes citoyens dépourvus des conseils d’experts. [...] Il est sûrement grand temps pour les tribunaux indiens de s’éloigner du principe de *Westminster* et de l’attirante logique de l’évitement fiscal. Nous vivons aujourd’hui dans un État providence dont les besoins financiers, dans la mesure où ils sont prévus par la loi, doivent être respectés et comblés. Il nous faut reconnaître que l’aspect moral implicite dans toute législation sociale existe aussi dans le cas de la législation fiscale, et il est trompeur de soutenir que l’évitement fiscal n’est pas contraire à l’éthique et qu’il est moralement équivalent à un honnête paiement d’impôt. [...] »²⁴⁶ » (Soulignement ajouté)

À y regarder de près, il s’agit plus d’arguments socio-économiques et politiques que de motifs purement juridiques : perte de recettes publiques, effets négatifs sur l’économie, meilleurs cerveaux engagés dans cette guerre fiscale indienne, sentiment d’injustice et d’inégalité, problème d’éthique. Ils n’en sont pas moins importants et révélateurs de l’évolution de la société.

La Cour suprême de l’Inde a refusé par la suite de considérer que l’arrêt *McDowell* avait écarté l’arrêt *Duke of Westminster*. Elle souligne notamment en 2004, dans l’arrêt *Andolan*, que les principes de l’arrêt *Duke of Westminster* sont encore bien vivants tant au Royaume-Uni qu’en Inde, malgré les turbulences créées dans la foulée de l’arrêt *McDowell*²⁴⁷.

²⁴⁶ Traduction de l’auteur.

²⁴⁷ *Union of India c. Azadi Bachao Andolan*, (2004) 10 SCC 1 (« *Andolan* »).

Plus récemment, dans l'affaire *Vodafone*²⁴⁸, le fisc indien est revenu à la charge en soutenant que, dans l'arrêt *McDowell*, les juges de la Cour s'étaient ralliés aux propos du juge Reddy selon lesquels l'arrêt *Duke of Westminster* devait être écarté.

En janvier 2012, la Cour suprême de l'Inde rend sa décision, par la voix du juge en chef Kapadia, aux motifs duquel le juge Kumar souscrit. Elle rappelle le principe fondamental de l'arrêt *Duke of Westminster*, soit celui de la primauté de l'effet juridique sur la « substance » d'opérations en reprenant, sans le dire, les mots mêmes de lord Wilberforce dans l'arrêt britannique *Ramsay*²⁴⁹ :

« 59. The *Westminster* principle states that, “given that a document or transaction is genuine, the court cannot go behind it to some supposed underlying substance”. The said principle has been reiterated in subsequent English Courts Judgments as “the cardinal principle”. »

« 59. [TRADUCTION] Le principe de l'arrêt *Duke of Westminster* est le suivant : “Dès lors qu'un document ou une opération est véritable, la cour ne doit pas se lancer à la recherche d'une réalité sous-jacente supposée.” Ce principe a été considéré dans des jugements anglais subséquents comme “le principe fondamental”²⁵⁰. »

Le juge en chef Kapadia poursuit en disant que l'arrêt *Ramsay* n'a pas écarté l'arrêt *Duke of Westminster* et visait, de toute façon, un stratagème à caractère spécieux :

« 61. *Ramsay* did not discard *Westminster* but read it in the proper context by which device which was colourable in nature had to be ignored as fiscal nullity [...]. »

« 61. [TRADUCTION] L'arrêt *Ramsay* n'a pas écarté l'arrêt *Westminster* et doit être lu dans son propre contexte, à savoir celui d'un procédé à caractère spécieux qui a dû être écarté sur le plan fiscal [...]²⁵¹. »

Quant au passage précité des motifs du juge Reddy dans l'arrêt *McDowell*, il en fait un *obiter dictum*, autrement dit de simples observations, sans plus. Il souligne que la majorité dans cet arrêt a jugé qu'une planification fiscale peut être légitime quand elle se situe dans le cadre de la loi et qu'un procédé à caractère spécieux ne peut pas faire partie d'une

²⁴⁸ Précité, note 242. Arrêt unanime rendu le 20 janvier 2012 en faveur de la société Vodafone et contre le fisc indien. Seulement trois juges de la Cour suprême de l'Inde ont entendu cette cause. Motifs séparés du juge en chef Kapadia (avec l'accord du juge Kumar) et du juge Radhakrishnan.

²⁴⁹ Précité, note 47.

²⁵⁰ Traduction de l'auteur.

²⁵¹ *Id.*

planification légitime. C'est dans ce contexte que, dans l'arrêt *McDowell*, la majorité a dit : « sur cet aspect, le juge Reddy a proposé des motifs séparés, avec lesquels nous sommes d'accord »²⁵². L'expression « cet aspect » renvoyait à de l'évitement fiscal par des procédés à caractère spécieux et recourant à des subterfuges douteux²⁵³.

Dans l'arrêt *Vodafone*, le juge en chef Kapadia conclut donc ainsi :

« 64. [...] In our view, although Chinnappa Reddy, J. makes a number of observations regarding the need to depart from the *Westminster* and tax avoidance these are clearly only in the context of artificial and colourable devices. » (Soulignement ajouté)

« 64. [TRADUCTION] [...] À notre avis, bien que le juge Reddy ait fait certaines observations sur le besoin de s'écarter de l'arrêt *Westminster* et sur l'évitement fiscal, il est clair que ces observations ont été faites dans le contexte de procédés artificiels et à caractère spécieux uniquement²⁵⁴. » (Soulignement ajouté)

De son côté, le juge Radhakrishnan, dans les motifs séparés qu'il donne, rappelle aussi que le principe établi dans l'arrêt *Duke of Westminster* n'a pas été éliminé en Angleterre. On ne voit pas clairement si, par le mot « principe », le juge Radhakrishnan entend non seulement la *ratio* de l'arrêt *Duke of Westminster* (primauté de l'effet juridique sur la « substance » d'une opération), mais aussi l'observation de lord Tomlin (faculté de choisir la voie la moins imposée).

« 90. [...] to say that the principle of *Duke of Westminster* has been exorcised in England is too tall a statement and not seen accepted even in England. House of Lords in *McGuckian* and *MacNiven*, it may be noted, has emphasised that the *Ramsay* approach as [sic] a principle of statutory interpretation rather than an over-arching anti-avoidance doctrine imposed upon tax laws. *Ramsay* approach ultimately concerned with the statutory interpretation of a tax avoidance scheme and the principles [sic] laid down in *Duke of Westminster*, it cannot be said, has

« 90. [TRADUCTION] [...] dire que le principe de l'arrêt *Duke of Westminster* a été exorcisé en Angleterre est excessif et ne paraît pas même accepté en Angleterre. Dans les arrêts *McGuckian* et *MacNiven*, la Chambre des Lords a souligné que la démarche de l'arrêt *Ramsay* portait sur un principe d'interprétation législative et non sur une doctrine anti-évitement surpassant la législation fiscale. En fin de compte, l'arrêt *Ramsay* concernait l'interprétation législative d'un plan d'évitement fiscal, et on ne peut pas dire que les arrêts *Ramsay*, *Dawson* et autres

²⁵² Traduction de l'auteur. *Vodafone*, précité, note 242, par. 64 des motifs du juge en chef Kapadia : « on this aspect one of us, Chinnappa Reddy, J. has proposed a separate opinion with which we agree ».

²⁵³ *Vodafone*, précité, note 242, par. 64 des motifs du juge en chef Kapadia : « The words "this aspect" express the majority's agreement with the judgment of Reddy, J. only in relation to tax evasion through the use of colourable devices and by resorting to dubious methods and subterfuges. »

²⁵⁴ Traduction de l'auteur.

been given a complete go by Ramsay, Dawson or other judgments of the House of Lords. » (Soulignement ajouté)

de la Chambre des Lords ont complètement éliminé les principes établis dans l'arrêt *Duke of Westminster*²⁵⁵. » (Soulignement ajouté)

Quoi qu'il en soit, le juge Radhakrishnan privilégie une interprétation stricte et littérale de la législation fiscale indienne en renvoyant notamment à cet égard à l'arrêt *Duke of Westminster*²⁵⁶. Il en est de même du juge en chef Kapadia.

Voici en bref les faits de l'affaire *Vodafone* : la société Vodafone résidant aux Pays-Bas (VIH) s'entend avec la société Hutchison résidant à Hong Kong (HTIL) pour acquérir le contrôle de la société de télécommunications Hutch Essar Ltd. résidant en Inde (HEL). Une société du groupe Hutchison (CGP), résidant aux îles Caïmans et par ailleurs exonérée, contrôle la société indienne HEL. La société Vodafone (VIH) acquiert la totalité des actions de la société CGP, ce qui lui donne indirectement le contrôle de la société indienne HEL.

L'alinéa 9(1)(i) de l'*Income Tax Act* en vigueur en Inde prévoit que les revenus obtenus par un non-résident directement ou indirectement « through the transfer of a capital asset situate in India » sont réputés être obtenus en Inde. La Cour suprême de l'Inde a jugé que le fisc indien ne peut pas obliger la société non résidente Vodafone à retenir un impôt sur le gain en capital réalisé par le groupe Hutchison. Pour elle, l'alinéa 9(1)(i) vise les **revenus indirects** des non-résidents résultant d'un transfert d'immobilisations situées en Inde; il ne vise pas le revenu résultant d'un **transfert indirect** d'immobilisations situées en Inde²⁵⁷. La Cour a manifestement adopté une interprétation stricte.

En février 2012, le fisc indien a présenté une demande en révision de l'arrêt *Vodafone*. Cette demande a été rejetée par la Cour suprême de l'Inde le 20 mars 2012.

²⁵⁵ *Id.*

²⁵⁶ *Vodafone*, précité, note 242, par. 169-171 des motifs du juge Radhakrishnan.

²⁵⁷ *Id.*, paragraphes 160-165 et 171-174 des motifs du juge Radhakrishnan et paragraphes 70-71 des motifs du juge en chef Kapadia. De plus, le paragraphe 195(1) de la même loi concernant l'impôt à retenir par **toute personne** tenue de faire un paiement à un non-résident ne peut pas s'appliquer à Vodafone car, selon la Cour, les mots « toute personne », dans le contexte de ce paragraphe, ne visent pas un non-résident : voir les paragraphes 182-195 des motifs du juge Radhakrishnan et le paragraphe 89 des motifs du juge en chef Kapadia.

Entre-temps, le 16 mars 2012, le ministre des Finances a présenté un projet de loi visant à modifier rétroactivement l'article 9 de l'*Income Tax Act, 1961*, malgré tout jugement contraire²⁵⁸.

En Inde, on n'a pas fini de parler de l'histoire du duc et du jardinier! À moins que la règle générale anti-évitement de source législative que le ministre des Finances a aussi proposée le 16 mars 2012 pour contrer les planifications fiscales agressives²⁵⁹ ne vienne y mettre le holà.

ÉPILOGUE

Les « ducs » actuels et leurs conseillers manquent rarement une occasion de brandir la formule de lord Tomlin : « Nous avons le droit d'organiser nos affaires de façon à payer le moins d'impôt possible. » Mais cette formule n'est-elle pas devenue aujourd'hui un truisme dépassé?

La common law évolue au fur et à mesure des situations qui se présentent. Les principes de l'arrêt *Duke of Westminster* n'y font pas exception.

Certes, le choix d'agencer ses activités de telle façon plutôt que de telle autre appartient au contribuable. Mais ce choix emporte des conséquences fiscales.

Si ces conséquences sont moins lourdes dans un cas que dans un autre et que la loi fiscale le permet ou l'encourage, tant mieux pour le contribuable! Ce n'est que justice.

Cependant, si le contribuable cherche à étirer les limites de la loi fiscale, que ce soit par « manque de devoir civique ou d'éthique » ou pour des « raisons strictement financières »²⁶⁰, il prend des risques. Il ne s'agit plus de planifications légitimes permises, voire encouragées, par le législateur pour des raisons sociales ou économiques. Il s'agit alors de planifications

²⁵⁸ GOVERNMENT OF INDIA, *Finance Bill 2012*, Bill No 11 of 2012, ch. III, al. 4(a) proposant de modifier l'article 9 de l'*Income Tax Act*.

²⁵⁹ GOVERNMENT OF INDIA, Ministry of Finance, *Union Budget 2012-2013*, 16 mars 2012. *Budget Speech*, par. 154 et *Fiscal Policy Strategy Treatment*, par. 28.

²⁶⁰ G. LARIN et R. DUONG, précité, note 55, 6.

contraires à ce que le législateur voulait permettre ou encourager²⁶¹. Ces excès ébranlent l'intégrité du régime fiscal et l'équilibre recherché par les gouvernements entre les contribuables.

La liberté de choix de la voie la moins imposée ne revient pas à assurer le contribuable contre les risques qu'il prend en allant au-delà des limites de la loi ou même en s'aventurant dans la zone grise de l'évitement fiscal.

Pour déterminer si un choix est légitime ou contraire à la loi fiscale, la clé est d'appliquer aux faits vus de façon réaliste les dispositions fiscales concernées lues en contexte et selon leur objet.

Évolution différente au Royaume-Uni et au Canada

Au Royaume-Uni, la Chambre des Lords s'y est attelée dans les années 1980, en l'absence de règle générale anti-évitement de source législative, avec les arrêts *Ramsay*, *Burmah*, *Dawson* et *White*. Elle a perfectionné la démarche au cours des années 1990 et 2000, notamment par les arrêts *Ensign Tankers*, *McGuckian*, *MacNiven* et *BMBF*. La Cour suprême du Royaume-Uni prend maintenant le relais. L'arrêt *Duke of Westminster* est peu à peu relégué à l'arrière-plan.

Au Canada, les choses ont évolué différemment. En 1984, par l'arrêt *Stuart*, la Cour suprême juge que les lois fiscales doivent s'interpréter selon leur texte, leur contexte et leur objet. Mais elle rejette l'idée d'examiner si une opération a ou non un objet commercial. Ce faisant, d'une part, elle accepte intégralement l'observation de lord Tomlin selon laquelle chacun a la faculté d'organiser ses affaires pour payer le moins d'impôt possible et, d'autre part, elle se démarque sensiblement des arrêts britanniques sur l'analyse réaliste des faits.

En 1988, la RGAÉ est adoptée au Canada : elle atténue l'observation de lord Tomlin et donne la possibilité de supprimer un avantage fiscal en cas d'opérations d'évitement entraînant un abus dans l'application de dispositions de la loi.

²⁶¹ *Id.*, 4 : des outils et des pistes de solution sont proposés par les auteurs Gilles Larin et Robert Duong pour établir une démarcation prévisible, uniforme et équitable entre les planifications légitimes et les planifications abusives.

En dehors de la RGAÉ, après des soubresauts et des réticences sur l'interprétation des lois fiscales en contexte et selon leur objet²⁶², la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Trustco* rendu en 2005, ne laisse plus, en principe, planer aucun doute : une interprétation textuelle, contextuelle et téléologique unifiée s'impose.

Le texte de la loi fiscale continue pourtant de jouer un rôle primordial. Et les conseillers fiscaux continuent de concevoir des stratagèmes d'évitement fiscal en se fondant sur une interprétation textuelle de la loi.

Il en résulte que la liberté du choix de la voie la moins imposée, d'observation (*dictum*) qu'elle était au départ dans l'arrêt *Duke of Westminster*, est au Canada un « principe fondamental de droit fiscal », sans que les tribunaux tiennent vraiment compte du passage de l'interprétation stricte et littérale des lois fiscales à leur interprétation en contexte et selon leur objet. De là à penser que cette observation est devenue un principe de common law qui encourage l'évitement fiscal²⁶³, il n'y a qu'un pas. Et la RGAÉ, quand elle s'applique, ne fait qu'atténuer ce principe.

Besoin de certitude et de justice fiscale

Or, les tribunaux, qu'ils soient britanniques, canadiens ou indiens, ont pour rôle de préciser les limites auxquelles la liberté du choix de la voie la moins imposée doit être soumise et il est essentiel, dans tous les cas, qu'ils prennent en considération l'objet de la loi fiscale. Assurer la cohérence, la prévisibilité et l'équité de la loi, c'est d'abord et avant tout, grâce à l'interprétation des dispositions fiscales selon leur objet, établir un cadre applicable à tous qui fasse la différence entre des planifications responsables et des planifications non conformes à l'intention du législateur, voire abusives. C'est ainsi que s'affirmera la certitude que la loi est la même pour tous. C'est là que se joue la justice fiscale.

²⁶² Voir, par exemple, *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103, 136-137. Dans cet arrêt, la Cour a en réalité appliqué la règle du sens ordinaire des mots, revenant, sans le dire, à une interprétation stricte de la loi fiscale. Voir aussi *Shell*, précité, note 191, par. 40 : « Lorsque la disposition en cause est claire et non équivoque, elle doit simplement être appliquée : *Continental Bank*, [1998] 2 R.C.S. 298, au par. 51, le juge Bastarache; *Tennant*, [1996] 1 R.C.S. 305, au par. 16, le juge Iacobucci; *Canada c. Antosko*, [1994] 2 R.C.S. 312, aux pp. 326, 327 et 330, le juge Iacobucci; *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103, au par. 11, le juge Major; *Alberta (Treasury Branches) c. M.R.N.*, [1996] 1 R.C.S. 963, au par. 15, le juge Cory. »

²⁶³ P. W. HOGG, J. E. MAGEE et J. LI, précité, note 69, p. 668.

Pour y parvenir, point n'est besoin de remonter aux années 1930 et à l'arrêt *Duke of Westminster*. La fameuse phrase de lord Tomlin selon laquelle chacun est en droit d'organiser ses affaires comme il l'entend pour payer le moins d'impôt possible va à contre-courant de l'interprétation téléologique de la loi, renforcée, le cas échéant, par une règle générale anti-évitement. L'histoire du duc et du jardinier, quoique plaisante à conter, fait partie du passé.

DISSOLUTION D'UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES : ÉLÉMENTS ESSENTIELS ET ASTUCES



Jenny Contant

Avocate, LL.M. fisc.

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

PRÉCIS

De nos jours, les fiscalistes doivent prévoir l'ensemble des conséquences fiscales qui résulteront de la dissolution d'une société de personnes. À cette fin, l'auteure propose un outil permettant de dégager les conséquences fiscales d'une dissolution, tant en l'absence de choix fiscal qu'en cas de décision ayant pour effet de différer ces conséquences, que ce soit par un choix fiscal portant sur l'attribution de tous les biens de la société aux associés ou par la poursuite des activités de la société par un seul associé. Elle y ajoute un certain nombre d'idées de planification, de réflexions diverses et d'indications sur les pièges à éviter.

ABSTRACT

Nowadays, tax practitioners have to consider in advance all tax consequences arising from the dissolution of a partnership. In order to anticipate the results of such a dissolution, this paper aims to provide a tool for understanding those tax consequences where there is no election or where there is a decision resulting in a tax deferment either through an

election providing for the distribution of all assets to the partners or through the continuation of the business of the partnership by one of the partners. Planning ideas, reflections and traps are also presented.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	413
1. DISSOLUTION D'UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES – DISPOSITIONS GÉNÉRALES EN L'ABSENCE DE CHOIX FISCAL	414
1.1. CONSÉQUENCES FISCALES PRÉVUES AUX PARAGRAPHES 98(1) ET 98(2) L.I.R.	414
1.1.1. Moment où une société de personnes cesse d'exister	414
1.1.2. Prescriptions des paragraphes 98(1) et 98(2) L.I.R.	421
1.2. FIN D'EXERCICE DE LA SOCIÉTÉ DE PERSONNES – PARAGRAPHE 99(1) L.I.R.	424
1.3. EFFET DE LA DISSOLUTION D'UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES SUR LES PAIEMENTS DUS AUX ANCIENS ASSOCIÉS EN VERTU DU PARAGRAPHE 96(1.1) L.I.R.	425
1.3.1. Conditions prévues au paragraphe 96(1.1) L.I.R. afin de qualifier le paiement de <i>part de revenu</i> versée à un associé retiré	426
1.3.2. Attribution de montants aux anciens associés lorsque la société de personnes n'a aucun revenu	428
2. DISSOLUTION D'UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES – CHOIX FISCAL DU PARAGRAPHE 98(3) L.I.R.	431
2.1. CONDITIONS D'APPLICATION DU PARAGRAPHE 98(3) L.I.R.	432
2.2. CONSÉQUENCES FISCALES DE L'APPLICATION DU PARAGRAPHE 98(3) L.I.R.	433
2.2.1. Pour la société de personnes	433
2.2.2. Pour les associés	435
2.3. FIN DE L'INDIVISION POUR LES ASSOCIÉS – ANALYSE DES PARAGRAPHES 248(20) ET 248(21) L.I.R.	439
2.3.1. Présentation des dispositions	439
2.3.2. Historique de l'application administrative des paragraphes 248(20) et 248(21) L.I.R.	443
2.3.3. Partage des actions détenues en indivision	447
2.4. CIRCONSTANCES OÙ LE PARAGRAPHE 98(3) L.I.R. NE PEUT PAS TROUVER APPLICATION	452
3. DISSOLUTION D'UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES AVEC LES PARAGRAPHES 85(2) ET 85(3) L.I.R.	452
3.1. OBJECTIF DES PARAGRAPHES 85(2) ET 85(3) L.I.R.	452
3.2. CONDITIONS D'APPLICATION DES PARAGRAPHES 85(2) ET 85(3) L.I.R.	452
3.3. CONSÉQUENCES FISCALES	454

3.4.	UTILISATION DES PARAGRAPHES 85(2) ET 85(3) L.I.R. POUR UN TRANSFERT À PLUS D'UNE SOCIÉTÉ	456
4.	DISSOLUTION D'UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES AVEC LE PARAGRAPHE 98(5) L.I.R. – CONTINUITÉ DES ACTIVITÉS DE LA SOCIÉTÉ DE PERSONNES PAR UN SEUL ASSOCIÉ	457
4.1.	CONDITIONS D'APPLICATION DU PARAGRAPHE 98(5) L.I.R.	457
4.2.	CONSÉQUENCES FISCALES RELIÉES AU PARAGRAPHE 98(5) L.I.R.	459
4.2.1.	Pour la société de personnes	459
4.2.2.	Pour le propriétaire unique	459
4.2.3.	Pour les autres associés – Disposition de leur participation	462
4.3.	COMMENTAIRES SUR L'APPLICATION DU PARAGRAPHE 98(5) L.I.R.	462
5.	AUTRE PLANIFICATION DE PARTAGE DE L'ACTIF D'UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES SANS RECOURIR AUX CHOIX DU PARAGRAPHE 98(3) L.I.R.	463
5.1.	PAS DE RÉORGANISATION PAPILLON POSSIBLE	463
5.2.	ATTRIBUTION AU COMMANDITÉ DU REVENU DE DEUX SOCIÉTÉS DE PERSONNES	464
	CONCLUSION	466

INTRODUCTION*

Le contexte actuel amène les conseillers fiscaux à se prononcer sur les conséquences fiscales de la dissolution d'une société de personnes; pensons simplement à la constitution en personne morale maintenant permise aux professionnels¹ ou encore à l'abolition de la taxe sur le capital². Il est donc essentiel de connaître les effets fiscaux d'une telle dissolution et de considérer l'ensemble des résultats de l'opération de dissolution avant que ne se produisent des conséquences imprévues à la suite de celle-ci.

Le présent texte aborde les conséquences fiscales qui résultent de la dissolution d'une société de personnes lorsque aucun choix fiscal n'est effectué³ ainsi que les conséquences fiscales reliées aux divers choix qui s'offrent aux associés afin de différer l'impôt lorsque les biens de la société de personnes sont transférés aux anciens associés⁴ ou lorsqu'un des associés poursuit seul l'exploitation de l'entreprise de cette société de personnes à titre de propriétaire unique⁵. Des idées de planification reliées à la division de l'actif d'une société de personnes s'entremêlent à ces concepts.

* L'auteure tient à remercier MM. Jean-François Thuot et François Lecompte de leurs judicieux conseils lors de la rédaction du présent texte, mais elle assume toutefois la responsabilité de toute erreur ou omission pouvant y être contenue. La documentation proposée est basée sur des lois et pratiques qui peuvent être modifiées. Pour ces raisons, on ne doit pas utiliser le contenu du présent article comme substitut à des conseils professionnels spécialisés en rapport avec une question particulière.

¹ L.Q. 2001, c. 34, *Loi modifiant le Code des professions et d'autres dispositions législatives concernant l'exercice des activités professionnelles au sein d'une société*.

² En effet, une société de personnes n'est pas assujettie à la taxe sur le capital, toutefois, les associés de cette société de personnes qui sont des sociétés doivent inclure leur quote-part du capital versé de cette société de personnes dans le calcul de leur propre capital versé. Le recours à une société de personnes afin d'exploiter une entreprise pouvait donc s'avérer une option intéressante avant le 1^{er} janvier 2011.

³ *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.). (« L.I.R. »), par. 98(1) et 98(2).

⁴ Par. 98(3) L.I.R.

⁵ Par. 98(5) L.I.R.

1. DISSOLUTION D'UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES – DISPOSITIONS GÉNÉRALES EN L'ABSENCE DE CHOIX FISCAL

1.1. CONSÉQUENCES FISCALES PRÉVUES AUX PARAGRAPHES 98(1) ET 98(2) L.I.R.

Les paragraphes 98(1) et 98(2) L.I.R. prévoient les règles fiscales qui s'appliquent lorsqu'une société de personnes a cessé d'exister. Mais comment déterminer si une société de personnes a réellement cessé d'exister ou à quel moment celle-ci est réputée avoir cessé d'exister?

1.1.1. Moment où une société de personnes cesse d'exister

C'est le droit de chaque province qui gouverne l'existence d'une société de personnes⁶. C'est lui qui détermine aussi à quel moment la société de personnes cesse réellement d'exister.

Le *Code civil du Québec*⁷ prévoit à l'article 2186, alinéa 1, les conditions d'existence d'une société de personnes :

« 2186. Le contrat de société est celui par lequel les parties conviennent, dans un esprit de collaboration, d'exercer une activité, incluant celle d'exploiter une entreprise, d'y contribuer par la mise en commun de biens, de connaissances ou d'activités et de partager entre elles les bénéfices pécuniaires qui en résultent. »

Pour être en présence d'une société de personnes, il faut :

⁶ Ce principe a été établi par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Backman c. Canada*, [2001] 1 R.C.S. 367, par. 17 (« *Backman* »). L'Agence du revenu du Canada (« ARC ») reconnaissait ce principe depuis longtemps : AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-90, « Qu'est-ce qu'une société? », 9 février 1973, par. 2. Voir aussi les auteurs Elizabeth J. JOHNSON et Geneviève C. LILLE, *Understanding the Taxation of Partnerships*, 6^e éd., Toronto, CCH Canadian Limited, 2010, p. 3; Gilles CARON, « Fusion et/ou dissolution de la société – Partie A – Réorganisation des sociétés de personnes », dans *Colloque – Gestion d'un bureau de professionnels*, 74, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1996, section « Aspect légal de la dissolution d'une société » et Joel WEINSTEIN, « Sale of a Partnership Business », dans *Income Tax and GST Planning for the Purchase, Sale, and Canada-US Expansion of a Business*, dans *Corporate Management Tax Conference 1996*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1996, p. 12.

⁷ L.Q., 1991, c. 64 (« C.c.Q. »).

- deux personnes ou plus;
- qui conviennent d'exercer ensemble une activité;
- en y contribuant chacune par la mise en commun de biens, de connaissances ou d'activités;
- et qui conviennent de partager les profits qui découlent de cette activité.

L'article 2230 C.c.Q. prévoit les circonstances où il y a cessation de l'existence d'une société de personnes :

« **2230.** La société, outre les causes de dissolution prévues par le contrat, est dissoute par l'accomplissement de son objet ou l'impossibilité de l'accomplir, ou, encore, du consentement de tous les associés. Elle peut aussi être dissoute par le tribunal, pour une cause légitime.

On procède alors à la liquidation de la société. »

En droit civil québécois, dès qu'une des conditions d'existence d'une société n'est pas ou n'est plus remplie, la société de personnes cesse d'exister. Lorsque l'activité d'une société de personnes n'est plus exercée par les associés, la société de personnes n'existe plus.

En common law, les critères sont essentiellement les mêmes⁸ avec la différence que la notion d'exercice d'une activité est remplacée par la notion d'exploitation d'un commerce ou d'une entreprise⁹. Cette différence est tout de même fondamentale. Lors de la dernière table ronde, les autorités fiscales fédérales ont confirmé qu'une société de personnes québécoise n'avait pas besoin d'exploiter une entreprise pour exister¹⁰.

⁸ Thomas W. COPELAND, « Le choix de l'entité pour exploiter une entreprise privée – Avantages et désavantages », dans *Congrès 2007*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2008, pp. 2:1-44.

⁹ Puisque, dans le présent texte, nous nous adressons aux professionnels de la province de Québec, nous ne visons pas à faire une analyse approfondie de l'existence même d'une société de personnes mais plutôt à effectuer un survol des principes généraux afin de guider le lecteur dans son analyse du moment où une société de personnes cesse d'exister.

¹⁰ « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2011*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2012, pp. 48:1-62, question 23., aux pages 48:52-54.

Certaines décisions viennent à l'esprit lorsqu'il s'agit de déterminer l'existence ou la continuation d'une société de personnes dans un contexte fiscal. Pensons simplement aux arrêts de la Cour suprême du Canada dans les affaires *Continental Bank Leasing Corporation c. Canada*¹¹, *Spire Freezers Ltd. c. Canada*¹² et *Backman*¹³ et, plus récemment, à l'arrêt *Rezek c. Canada*¹⁴ de la Cour d'appel fédérale et au jugement rendu dans l'affaire *Teelucksingh c. La Reine*¹⁵ par la Cour canadienne de l'impôt¹⁶.

Dans l'affaire *Continental Bank Leasing Corporation*, la Cour suprême du Canada devait se prononcer sur l'existence d'une société de personnes afin de déterminer si le choix du paragraphe 97(2) L.I.R. visant le transfert libre d'impôt d'éléments d'actif à une société de personnes avait été valablement effectué. Les juges ont d'abord réitéré les trois éléments essentiels de l'existence d'une société de personnes présents dans la plupart des législatures de common law, à savoir 1) une entreprise 2) exploitée en commun 3) en vue de réaliser un bénéfice. Les juges ont conclu que ces trois éléments étaient présents dans le cas à l'étude et qu'un contribuable pouvait prétendre à l'existence d'une société de personnes s'il réussissait à prouver qu'il avait comme but accessoire l'intention de poursuivre en commun, avec les autres associés, la réalisation d'un bénéfice.

Les arrêts *Spire Freezers* et *Backman* rendus la même journée par la Cour suprême du Canada, en plus de reprendre les trois éléments essentiels devant servir à conclure, ou non, à l'existence d'une société de personnes, confirmaient que l'intention commune des parties de former une société de personnes (principe connu sous le nom de *affectio societatis*) était essentielle à l'existence même d'une société de personnes. En l'absence d'une convention écrite entre les parties, l'ensemble des faits et circonstances doit être examiné pour découvrir cette intention commune de créer une société de personnes.

¹¹ [1998] 2 R.C.S. 298 (« *Continental Bank Leasing Corporation* »).

¹² [2001] 1 R.C.S. 391 (« *Spire Freezers* »).

¹³ Précité, note 6.

¹⁴ 2005 CAF 227 (« *Rezek* »).

¹⁵ 2011 CCI 22 (« *Teelucksingh* »).

¹⁶ Plusieurs autres décisions de la Cour canadienne de l'impôt ont repris les principes de ces arrêts. Ces décisions ne sont pas présentées ici.

Plus récemment, dans l'affaire *Rezek*, la Cour d'appel fédérale a eu à se prononcer sur cette intention commune de former une société et a indiqué à ce sujet ce qui suit :

« [82] Des parties bien informées peuvent se doter d'une documentation élaborée. D'autres, moins bien informées, peuvent ne pas posséder une telle documentation et ne pas être au fait du droit des sociétés. La question consiste toujours à savoir si une entreprise est exploitée en commun en vue de réaliser un bénéfice. Si c'est le cas, le droit nous dit qu'il existe une société de personnes quelle que soit l'intention déclarée des parties, qu'il y ait présence ou absence d'un contrat de société, et quel que soit ce que les parties connaissent du droit. » (Notre soulignement)

Une société de personnes pourrait donc être créée à l'insu des associés¹⁷.

Encore plus récemment, dans l'affaire *Teelucksingh c. La Reine*¹⁸, le juge Miller de la Cour canadienne de l'impôt s'est penché sur la notion **d'absence d'expectative de profit** dans la détermination de l'intention de réaliser un bénéfice de l'entreprise de la société de personnes, qui est, comme nous l'avons vu auparavant, essentielle à la formation d'une telle société dans les provinces de common law. Dans cette affaire, le sous-procureur général soutenait que puisque les documents constitutifs de la société en commandite prévoyaient sa dissolution avant même qu'il soit possible d'en tirer un profit, l'appelant ne pouvait prétendre être associé d'une société de personnes puisque la notion d'intention de tirer un profit de l'entreprise de la société de personnes n'était pas présente. Le juge Miller, avant de poursuivre l'analyse de la présence ou non d'une société de personnes légitime et valablement créée, a fait le commentaire suivant :

[Traduction française officielle]

« [66] Avant d'examiner les décisions dans lesquelles la société de personnes est définie, et la façon dont ces décisions pourraient s'appliquer dans ce cas-ci, j'aimerais faire une remarque au sujet de la réalité commerciale, lorsqu'il s'agit de choisir une forme d'organisation commerciale. Comme l'avocate de l'appelant l'a souligné avec raison, les entreprises sont souvent créées en tant qu'entreprises individuelles ou que sociétés de personnes, de façon que les pertes puissent être déduites personnellement, mais lorsqu'une entreprise devient rentable, il est sensé, sur le plan économique, de transformer l'entreprise, en une personne morale. Il s'agit d'une planification fiscale commerciale fondamentale pour les sociétés. Il n'y a pas d'absence d'intention

¹⁷ *Rezek*, précité, note 14, par. 82; T. W. COPELAND, précité, note 8.

¹⁸ Précité, note 15.

de tirer un profit de l'entreprise, mais il existe une intention de transmettre les pertes et les bénéfices en vue d'optimiser les avantages fiscaux dont peuvent légitimement se prévaloir les contribuables qui lancent une entreprise. Un particulier ou un groupe de particuliers auxquels des conseillers professionnels (des avocats ou des comptables) conseillent de constituer immédiatement une personne morale, lorsque l'entreprise a atteint le seuil de rentabilité, n'ont-ils plus l'intention de faire un profit du simple fait qu'ils n'ont pas l'intention de tirer des profits de l'entreprise sous la forme d'une société de personnes ou d'une entreprise individuelle, mais uniquement sous la forme d'une personne morale? Cette approche serait le coup de grâce pour un grand nombre de sociétés de personnes. Lorsque j'ai posé la question à Me Leclaire, il a répondu que la différence entre le fait de recevoir un conseil et le fait de conclure une entente telle que le placement R ou le placement XIII est que, dans le dernier cas, il a été préordonné ou garanti qu'il y aurait uniquement des pertes, et non des bénéfices, pendant que l'entreprise était exploitée sous la forme d'une société de personnes, alors que le simple fait de se faire conseiller de transformer l'entreprise en une personne morale permettait encore de tirer un profit de la société de personnes. Pourtant, l'opération est néanmoins préordonnée parce que l'on sait, avec un certain degré de certitude, à quel moment un revenu et par la suite des bénéfices seront probablement réalisés. Je ne puis voir aucune différence convaincante entre une pratique commerciale commune et l'entente commerciale établie par la société en commandite R et par la société en commandite XIII qui permettrait de conclure que la société en commandite R et la société en commandite XIII ne sont pas des sociétés de personnes. J'examinerai maintenant la question d'une façon plus détaillée¹⁹. » (Notre soulignement)

Le juge a poursuivi son analyse en indiquant que malgré le fait que l'entreprise de la société de personnes ne soit pas rentable, cela ne fait pas en sorte que les appelants n'ont pas l'intention de tirer un profit de cette entreprise, et ce, même si elle en vient à prendre une autre forme juridique au moment d'être rentable. Il cite un passage de l'arrêt *Spire Freezers* :

« [73] Je note que, dans l'arrêt *Spire Freezers*, la Cour suprême du Canada examinait expressément le cas d'une société de personnes qui avait par le passé subi des pertes au cours de la période de démarrage, mais elle a reconnu que l'"entreprise" était exploitée en vue de faire un profit dans l'avenir. Or, je suis convaincu que M. Teelucksingh avait l'intention de tirer un bénéfice de l'"entreprise" dans l'avenir²⁰. »

Sa conclusion sur cette condition essentielle de l'existence d'une société de personnes est bien étayée à la fin du paragraphe 74, à savoir : « [...] Cela renforce mon point de vue, à savoir que l'intention de réaliser un bénéfice est

¹⁹ *Id.*, par. 66.

²⁰ *Spire Freezers*, précité, note 12, par. 73.

une intention de tirer profit de l'entreprise, et non strictement de la forme particulière de l'entité juridique²¹. »

En conclusion à la présentation de toutes ces décisions, il apparaît pertinent de formuler le commentaire suivant. Si une société de personnes est créée afin de profiter du fait que des pertes réalisées par l'entreprise de la société de personnes sont attribuées aux associés, il faudra s'assurer qu'il y ait une **véritable entreprise** exercée par la société de personnes afin de conclure à l'existence de la société de personnes.

Par ailleurs, les tribunaux ont eu à se pencher sur la détermination du moment où une société de personnes cesse d'exister dans un contexte fiscal²². Bien que ces décisions ne soient pas nécessairement récentes et qu'elles aient été rendues par des tribunaux d'instances inférieures, elles apportent certaines idées au débat.

Par exemple, en 1965, dans l'affaire *Hanalene Investment Limited c. MRN*²³, la Commission d'appel de l'impôt devait déterminer le moment exact où une société de personnes (« Hanalene Investment Limited ») avait cessé d'exister afin de vérifier si des pertes subies par des associés l'avaient été dans le contexte de l'exploitation de l'entreprise de la société de personnes ou non. Au moment où les associés de la société de personnes formée dans le but d'acheter et de revendre des propriétés immobilières réalisaient que l'entreprise de la société de personnes ne serait pas profitable, ceux-ci décidaient de nommer des administrateurs afin de vendre les propriétés détenues par cette dernière. Quatre ans plus tard, toutes les propriétés étaient vendues, mais des pertes s'étaient accumulées. Hanalene Investment Limited voulait déduire ces pertes d'entreprise, mais les autorités fiscales soutenaient que les activités réalisées pendant ces quatre années constituaient plutôt des activités réalisées dans un processus de liquidation et donc que ces pertes représentaient plutôt des pertes en capital. La Commission d'appel de l'impôt a décidé que la société de personnes n'avait cessé d'exister qu'au moment où toutes les propriétés avaient été vendues puisqu'il s'agissait de l'activité même de la société de personnes et donc que

²¹ *Id.*, par. 74.

²² Ces décisions ont aussi été présentées par Eric GÉLINAS, « Retrait et arrivée d'un associé et dissolution d'une société de personnes », (1999), vol. 20, n° 2 *Revue de planification fiscale et successorale*, section 3.4. et J. WEINSTEIN, précité, note 6, 14.

²³ 65 D.T.C. 152 (C.A.I.).

les pertes subies par la société de personnes constituaient des pertes d'entreprise.

À l'opposé de cette décision, la Cour canadienne de l'impôt a décidé en 1969 dans l'affaire *Ivan D. Howatt c. MRN*²⁴ que la société de personnes avait cessé d'exister à partir du moment où la décision fut prise de commencer à vendre les biens de la société de personnes, c'est-à-dire au moment où l'entreprise de la société de personnes n'était plus exploitée.

Plus récemment, en 2004, dans l'affaire *Reale c. La Reine*²⁵, la Cour canadienne de l'impôt a eu à se pencher sur le moment où une société de personnes créée par deux époux dans le but d'acheter une propriété aux États-Unis pour ensuite la revendre avait cessé d'exister. Cette société de personnes avait été formée dans un but unique, soit l'acquisition de la propriété en vue de la revendre, et dès que la propriété fut vendue, la société de personnes prenait fin. Ainsi, le juge a décidé que la date de la vente de la maison constituait la fin de l'exploitation de l'entreprise de la société de personnes et donc le moment où cette dernière avait cessé d'exister.

Ces trois décisions sont-elles compatibles avec la trilogie de la Cour suprême du Canada dans les affaires *Continental Bank Leasing Corporation*, *Spire Freezers* et *Backman*? On remarque que toutes ces décisions tendent à la même conclusion : peu importe s'il s'agit de déterminer si une société de personnes existe, a existé ou a cessé d'exister, dès le moment où l'intention commune d'exploiter une entreprise en vue de réaliser un bénéfice n'est plus présente, il n'y a pas ou plus de société de personnes, et ce, tant dans le contexte du droit civil du Québec que dans une juridiction de common law.

Il n'est pas toujours facile de déterminer le moment où une société de personnes cesse réellement d'exister. Il est facile de le faire quand la date de la dissolution, qui correspond à la date de cessation d'existence de la société de personnes, est indiquée dans l'acte de dissolution rédigé par les associés ou leurs conseillers juridiques²⁶. La société de personnes est alors liquidée selon les modalités prévues à cet acte et la distribution des biens se fait selon les indications prévues dans cet acte.

²⁴ 89 D.T.C. 215 (C.C.I.). Voir aussi E. GÉLINAS, précité, note 22, section 3.4. et J. WEINSTEIN, précité, note 6, 14.

²⁵ 2004 CCI 41.

²⁶ G. CARON, précité, note 6, section « Aspect légal de la dissolution d'une société ».

Il est intéressant de noter que l'article 2232 C.c.Q. précise que « la réunion de toutes les parts sociales entre les mains d'un seul associé n'emporte pas la dissolution de la société, pourvu que, dans les 120 jours, au moins un autre associé se joigne à la société ». Il semble donc qu'une société de personnes régie par le droit québécois qui est formée de deux associés ne sera pas forcément dissoute lors du retrait ou du décès de l'un des deux associés. Encore faut-il qu'un nouvel associé se joigne à la société de personnes dans les 120 jours de ce décès ou de ce retrait afin que celle-ci ne soit pas automatiquement dissoute.

L'ARC considère que la cessation d'existence d'une société de personnes est une question de fait mais que, de façon générale, la société de personnes cesse d'exister au moment où elle est dissoute²⁷.

1.1.2. Prescriptions des paragraphes 98(1) et 98(2) L.I.R.

Dès qu'il est déterminé qu'une société de personnes a réellement et légalement cessé d'exister, les paragraphes 98(1) et 98(2) L.I.R. trouvent application.

1.1.2.1. Existence réputée de la société de personnes : alinéa 98(1)a) L.I.R.

Lorsqu'une société de personnes cesse d'exister, les associés cessent d'en être membres²⁸. Puisqu'une disposition de leur participation survient à ce moment²⁹, la *Loi de l'impôt sur le revenu* a prévu des présomptions afin d'éviter les conséquences fiscales immédiates à cette disposition³⁰. En effet, une société de personnes considérée comme ayant cessé d'exister est réputée ne pas avoir cessé d'exister aussi longtemps que tous ses biens, ou les biens qui leur ont été substitués, n'ont pas été attribués aux associés³¹.

²⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 9328595, « Wind-up of a partnership », 31 janvier 1994 et 2003-0037485, « Time partnership ceases to exist », 5 novembre 2003.

²⁸ E. J. JOHNSON et G.C. LILLE, précité, note 6, p. 338.

²⁹ Par. 248(1) « disposition », al. b) L.I.R.

³⁰ E. J. JOHNSON et G.C. LILLE, précité, note 6, p. 338.

³¹ Al. 98(1)a) L.I.R.

1.1.2.2. Participation réputée des associés dans la société de personnes : alinéas 98(1)a) et 98(1)b) L.I.R.

La *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit que chaque associé de cette société de personnes est réputé ne pas avoir cessé d'être associé de celle-ci jusqu'au moment où tous ses biens ou biens substitués ont été distribués aux associés³². Le droit de ces personnes dans le partage de ces biens est réputé être une participation dans la société de personnes³³.

1.1.2.3. Calcul du gain ou de la perte en capital résultant de la disposition d'une participation dans la société de personnes : alinéa 98(1)c) L.I.R.³⁴

Le paragraphe 40(3) L.I.R. prévoit que lorsque le prix de base rajusté (« PBR ») d'une immobilisation devient négatif, c'est-à-dire lorsque l'ensemble des montants déduits du PBR de ce bien³⁵ dépasse le PBR du bien et l'ensemble des montants ajoutés au PBR de ce bien³⁶, cet excédent est réputé être un gain en capital du contribuable que celui-ci doit inclure à son revenu pour l'année d'imposition où le PBR devient négatif. Par l'effet de l'alinéa 53(1)a) L.I.R., ce PBR négatif est remis à zéro au début de l'année suivante. Cette règle ne s'applique toutefois pas aux associés d'une société de personnes qui n'a pas cessé d'exister³⁷.

Dès qu'une société de personnes est réputée cesser d'exister, les règles du paragraphe 40(3) L.I.R. trouvent application pour la participation dans la société de personnes de chaque associé³⁸. Ainsi, le PBR négatif d'une participation dans une société de personnes ayant cessé d'exister devient automatiquement un gain en capital pour cet associé et est imposable dans l'année d'imposition du contribuable qui comprend la fin de l'exercice de la

³² Al. 98(1)a) L.I.R. *in fine*.

³³ Al. 98(1)b) L.I.R.

³⁴ Il convient de noter qu'il existe des règles particulières qui s'appliquent pour les sociétés en commandite : voir notamment les paragraphes 40(3.1), 40(3.11), 40(3.13) à 40(3.19) L.I.R. Ces règles ne font toutefois pas l'objet du présent texte.

³⁵ En vertu de l'alinéa 53(2)c) L.I.R.

³⁶ En vertu de l'alinéa 53(1)e) L.I.R.

³⁷ Al. 40(3)a) L.I.R. en raison de l'exclusion de l'alinéa 53(2)c) L.I.R. et de l'alinéa 98(1)c) L.I.R.

³⁸ Al. 98(1)c) L.I.R.

société de personnes à l'exception de l'exercice financier qui comprend la cessation³⁹.

Le PBR négatif imposé comme un gain en capital sera égal à zéro au début de l'année d'imposition suivante. À la fin de l'exercice suivant, l'associé devra déterminer si l'ensemble des montants déduits de son PBR dépasse l'ensemble des montants ajoutés à ce PBR afin de déterminer, s'il y a lieu, de s'imposer sur un gain en capital à la fin de ce deuxième exercice suivant la dissolution de la société de personnes.

1.1.2.4. Disposition des biens de la société de personnes : paragraphe 98(2) L.I.R.

Une société de personnes ayant cessé d'exister est réputée disposer de ses biens en faveur des associés pour un produit équivalant à leur juste valeur marchande (« JVM »). De même, les associés seront réputés les avoir acquis pour cette même valeur⁴⁰. Le PBR de la participation est donc ajusté au fur et à mesure de la disposition des biens par la société de personnes. En effet, l'ARC indique que le montant de l'argent comptant et la JVM des biens qu'un associé reçoit d'une société de personnes représentent un retrait de la société de personnes et donc que leur réception diminue par conséquent le PBR de la participation de cet associé dans la société de personnes⁴¹.

1.1.2.5. Disposition de la participation de l'associé dans la société de personnes

Dès que tous les biens de la société de personnes ont été distribués, les associés ayant cessé d'être membres de la société de personnes ne bénéficient plus de présomption afin de retenir les conséquences fiscales qui découlent de la disposition de leur participation dans la société de personnes. Les associés sont alors réputés avoir disposé de leur participation dans la

³⁹ « Table ronde de Revenu Canada », dans *1988 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1989, pp. 53:1-188, aux pages 53:40-41.

⁴⁰ Par. 98(2) L.I.R.

⁴¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-338R2 (archivé), « Participation dans une société de personnes – Incidence de l'admission d'un nouvel associé dans la société de personnes ou du départ d'un associé sur le prix de base rajusté », 10 juillet 1995, par. 6.

société pour un produit égal à la JVM de cette participation, soit la JVM des biens reçus lors de la distribution des biens par la société de personnes⁴².

L'ARC permet que la prise en charge des dettes de la société de personnes par les associés soit considérée comme un apport dans la société de personnes et qu'elle influence le calcul du PBR de la participation de ces associés⁴³. Ainsi, cela évite la réalisation d'un gain en capital sur la partie des dettes supportée par l'associé. Il sera prudent de s'assurer que la documentation juridique prévoit la prise en charge des dettes par les associés.

Il est à noter que si la disposition de la participation dans une société de personnes donne lieu à une perte en capital, celle-ci pourra être réclamée uniquement dans l'année où tous les biens auront été distribués⁴⁴.

1.2. FIN D'EXERCICE DE LA SOCIÉTÉ DE PERSONNES – PARAGRAPHE 99(1) L.I.R.

Lorsqu'une société de personnes cesse d'exister, cela entraîne une fin d'exercice immédiatement avant ce moment⁴⁵. La fin d'exercice habituelle de la société de personnes surviendra tout de même ultérieurement. Par exemple, une société de personnes ayant une fin d'exercice habituelle au 31 décembre qui est dissoute le 30 septembre aura une fin d'année d'imposition au 30 septembre ainsi qu'une autre au 31 décembre.

Une modification législative du paragraphe 99(1) L.I.R.⁴⁶ est actuellement proposée afin que l'exercice de la société de personnes soit réputé avoir pris fin immédiatement avant le moment immédiatement avant le moment donné, soit le moment où la société de personnes a été dissoute.

⁴² Par. 98(2) L.I.R. et E. GÉLINAS, précité, note 22, section 3.

⁴³ S.-al. 53(1)e)(iv) L.I.R. Voir aussi AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-471R, « Unification des sociétés », 17 mai 1991, par. 3; AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2000-0028423, « Partnership Dissolution under 98(3) », 25 octobre 2000 et G. CARON, précité, note 6, section « Assumption du passif ».

⁴⁴ G. CARON, précité, note 6, section « Cessation d'une société de personnes en vertu du paragraphe 98(1) ».

⁴⁵ Par. 99(1) L.I.R.

⁴⁶ CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives concernant l'impôt sur le revenu*, 16 juillet 2010, art. 50.

L'ARC a toutefois mentionné dans le cadre d'une interprétation technique de décembre 2009 que sa position administrative était généralement de permettre aux contribuables de présenter leurs déclarations de revenus comme si la modification était actuellement en vigueur :

« It is the CRA's longstanding practice to ask taxpayers to file on the basis of proposed legislation. This practice eases both the compliance burden on taxpayers and the administrative burden on the CRA. However, where proposed legislation results in an increase in benefits (e.g. Canada child tax benefit) to the taxpayer or a significant amount of rebate or refund is a stake, generally, the CRA's past practice has been to wait until the measure has been enacted⁴⁷. »

1.3. EFFET DE LA DISSOLUTION D'UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES SUR LES PAIEMENTS DUS AUX ANCIENS ASSOCIÉS EN VERTU DU PARAGRAPHE 96(1.1) L.I.R.⁴⁸

Lors du retrait d'un associé d'une société de personnes, il arrive fréquemment que des honoraires gagnés par la société de personnes n'aient pas encore été facturés. Les parties concernées lors du retrait de cet associé ont intérêt à prévoir le traitement des sommes dues par la société de personnes à cet associé puisqu'elles peuvent représenter soit un paiement de capital, soit un paiement de la nature d'un revenu.

Un des types de paiements que peut prévoir un contrat de société est, conformément au paragraphe 96(1.1) L.I.R., le paiement d'une part du revenu de la société de personnes à un associé qui s'est retiré⁴⁹. Par ces paiements, la société de personnes poursuit ainsi l'attribution du revenu de la société de personnes à la fin de l'exercice de la même façon que si l'ancien associé était toujours un associé de la société de personnes. Évidemment, l'attribution se fait en respectant la convention conclue par les parties. Ces paiements donnent lieu à un paiement de la nature d'un revenu pour les associés retirés.

Les questions suivantes se posent en présence d'une convention en vertu du paragraphe 96(1.1) L.I.R. lors de la dissolution d'une société de personnes :

⁴⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2009-0343871E5, « Application date of amendments to ss. 99(1) », 23 décembre 2009.

⁴⁸ Il faut noter que les paiements faits aux anciens associés en vertu d'autres dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne seront pas traités en l'espèce.

⁴⁹ Paiement visé au paragraphe 96(1.1) L.I.R.

- Est-ce que les conditions prévues au paragraphe 96(1.1) L.I.R. afin de qualifier le paiement de **part de revenu** versée à un associé retiré sont toujours remplies?
- Comment attribuer des montants aux associés retirés lorsque la société de personnes n'a aucun revenu pour un exercice donné?

1.3.1. Conditions prévues au paragraphe 96(1.1) L.I.R. afin de qualifier le paiement de *part de revenu* versée à un associé retiré

Afin qu'un paiement fait à un ancien associé puisse, en vertu du paragraphe 96(1.1) L.I.R., être qualifié de paiement au titre d'un revenu, les conditions suivantes doivent être remplies :

- la principale activité de la société de personnes doit être d'exploiter une entreprise au Canada;
- tous les associés doivent convenir d'attribuer une partie du revenu ou de la perte de la société de personnes à l'associé qui cesse d'en être membre (une telle entente doit être signée par tous les associés, y compris celui qui se retire⁵⁰);
- une telle attribution doit être faite à l'associé qui se retire, à son conjoint, ses héritiers ou sa succession.

Lorsque cette disposition s'applique, l'associé qui se retire est toujours considéré comme un associé de la société de personnes aux fins du paragraphe 96(1) L.I.R. et de certains autres articles précis⁵¹. Le revenu attribué à cet ancien associé est inclus dans le calcul de son revenu pour l'année où l'attribution est effectuée. Cette façon d'attribuer aux associés retirés des revenus qui proviennent généralement d'honoraires gagnés, mais non encore facturés, permet aux associés actifs de réduire le revenu imposable de la société de personnes qui leur est attribué. Cela ne serait pas le cas s'il s'agissait d'un paiement de capital.

⁵⁰ *Valo c. MRN*, 89 D.T.C. 223 (C.C.I.).

⁵¹ Art. 34.1, 34.2, 101, 103 et 249.1 L.I.R.

La première condition selon laquelle la société de personnes doit **exploiter une entreprise** au Canada est-elle toujours remplie à la suite de la dissolution de la société de personnes?

Afin qu'une convention soit conforme au paragraphe 96(1.1) L.I.R., la société de personnes doit être exploitée au Canada au moment de l'allocation du revenu visé à ce paragraphe. Après la dissolution de la société de personnes, est-ce que cette dernière exploite toujours une entreprise au Canada? Il n'existe à ce jour aucune position administrative sur le sujet.

Il semble que les activités exercées pendant le processus de liquidation font en sorte que la société de personnes dissoute exploite une entreprise tant que ses biens ne sont pas tous distribués⁵². Un versement à un ancien associé peut se qualifier au titre d'un paiement en vertu du paragraphe 96(1.1) L.I.R. dans la mesure où certaines activités sont toujours exercées. Le libellé du sous-alinéa 96(1.1)a(ii) L.I.R. semble appuyer cette interprétation. En effet, selon ce passage, un contribuable qui a cessé d'être associé au moment où une société de personnes a cessé d'exister ou aurait, sans le paragraphe 98(1) L.I.R., cessé d'exister, est réputé être toujours associé de la société de personnes. Afin que le sous-alinéa 96(1.1)a(ii) L.I.R. ait un sens, il faut permettre à une société de personnes d'exploiter une entreprise même si elle a cessé d'exister aux fins du paragraphe 99(1) L.I.R.

Par conséquent, nous croyons qu'un paiement fait à un ancien associé durant le processus de liquidation de la société de personnes peut être qualifié au titre d'un revenu. Il convient de noter toutefois que si les montants devaient, en vertu du contrat de société, être versés sur plusieurs années, il s'agirait peut-être d'une dette que la société de personnes devrait acquitter à la dissolution de la société de personnes afin que les associés actifs ne se retrouvent pas solidairement responsables du paiement de celle-ci après la dissolution.

Il importe aussi d'examiner la situation suivante. La fin d'exercice d'une société de personnes qui comporte à la fois des associés actifs et des associés retirés auxquels sont dus des paiements en vertu du paragraphe 96(1.1) L.I.R. est le 31 décembre (date réelle). Toutefois, les associés actifs décident de dissoudre la société en date du 30 septembre. La société de personnes cesse ainsi d'exister et a une fin d'exercice réputée, au sens du paragraphe 99(1) L.I.R., au 30 septembre. Tant que ses biens n'ont pas tous été distribués, elle est réputée ne pas avoir cessé d'exister et chaque associé est

⁵² Notre opinion est partagée par l'auteur J. WEINSTEIN, précité, note 6, 13-15.

réputé ne pas avoir cessé d'être un associé⁵³. Cette dernière présomption ne s'applique pas aux associés retirés puisqu'ils n'étaient pas associés de la société de personnes à la date de la dissolution⁵⁴.

Le paragraphe 96(1.1) L.I.R. s'applique à une personne qui a cessé d'être un associé d'une société de personnes qui, à un moment donné, a cessé d'exister ou qui, sans le paragraphe 98(1) L.I.R., aurait cessé d'exister⁵⁵. Dans la situation présentée plus haut, il semble donc possible d'attribuer du revenu aux associés retirés pour l'exercice terminé à la date réelle de la fin d'exercice.

1.3.2. Attribution de montants aux anciens associés lorsque la société de personnes n'a aucun revenu

Une société de personnes en voie de dissolution peut se retrouver dans une situation où, pour un exercice donné, elle n'a aucun revenu à attribuer à ses associés et donc encore moins à ses associés retirés. Toutefois, les associés retirés exigeront le respect de la convention signée en vertu de laquelle ils peuvent recevoir leur part du revenu de la société de personnes.

Selon l'ARC, il n'est pas possible pour une société de personnes d'attribuer à un associé un montant qui est respectivement supérieur au revenu net ou inférieur à la perte nette de la société de personnes⁵⁶. Elle fonde cette position sur l'alinéa 96(1)f) L.I.R., selon lequel le montant du revenu de la société de personnes constitue le revenu de l'associé jusqu'à concurrence de sa part dans la société de personnes, et sur l'alinéa 96(1)g) L.I.R., qui prévoit la même règle en ce qui concerne la perte d'un associé réputée être sa part dans la perte de la société de personnes. Ainsi, selon l'ARC, il est impossible, pour une année d'imposition où le revenu d'une société de personnes est nul, d'attribuer un revenu à certains associés et une perte à d'autres associés⁵⁷.

⁵³ Par. 98(1) L.I.R.

⁵⁴ Il faut noter que la présomption de continuer d'être un associé mentionnée au paragraphe 96(1.1) L.I.R. ne s'applique pas au paragraphe 98(1) L.I.R.

⁵⁵ S.-al. 96(1.1)a)(ii) L.I.R.

⁵⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2008-0288561E5, « Convention de partage d'une société de personnes », 20 août 2008.

⁵⁷ *Id.* Cette position avait été auparavant exprimée dans AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 1999-011325, « Specified Partnership Income », 2 juin 2000.

Pour l'ARC, le paiement fait à un ancien associé par une société de personnes dont le revenu est nul doit être qualifié de paiement de nature capital.

En effet, l'ARC indique que si un montant est effectivement payé aux associés retirés d'une société de personnes dont le revenu est nul, ce montant doit être considéré comme un retrait de la part des associés actifs et que ce retrait entraîne une diminution proportionnelle du PBR de la participation de ces derniers⁵⁸. Le paiement ainsi effectué aux associés retirés est donc non imposable pour l'associé retiré, mais le PBR des participations des associés actifs est diminué⁵⁹, entraînant ainsi un gain en capital probable pour ces derniers.

Nous ne sommes pas nécessairement d'accord avec cette position⁶⁰. Cette position semble entraîner des résultats incohérents tel qu'il est démontré dans l'exemple suivant.

Une société de personnes formée par trois associés réalise un revenu de 90 000 \$ durant son exercice se terminant le 31 décembre 2007. Le PBR de la participation de chacun des associés en est ainsi touché :

	M. X	M. Y	M. Z
PBR au début de l'exercice	0 \$	0 \$	0 \$
Bénéfice	30 000 \$	30 000 \$	30 000 \$
(Retraits)	(0 \$)	(0 \$)	(0 \$)
PBR à la fin	30 000 \$	30 000 \$	30 000 \$

Durant l'exercice se terminant le 31 décembre 2008, M. Z décide de se retirer de la société de personnes. Selon la convention de société, il a droit à une somme de 90 000 \$. Toutefois, la société de personnes ne réalise aucun revenu durant cet exercice. Selon la position de l'ARC, le PBR de la participation de chacun des associés en est ainsi touché :

⁵⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 56.

⁵⁹ En vertu du sous-alinéa 53(2)c)(v) L.I.R.

⁶⁰ Un auteur partage notre position : Wolfe D. GOODMAN, « Can Nil Partnership Income be allocated So as to Show a Profit for one Partner and a loss for another? », (2000), vol. IX, n° 3 *Goodman on Estate Planning*, Federated Press, à la page 731.

	M. X	M. Y	M. Z
PBR au début de l'exercice	30 000 \$	30 000 \$	30 000 \$
Bénéfice	0 \$	0 \$	0 \$
(Retraits)	(45 000 \$)	(45 000 \$)	(0 \$)
PBR à la fin	(15 000 \$)	(15 000 \$)	30 000 \$

Dans cette situation, M. X et M. Y se heurtent à une imposition future de 15 000 \$ de gain en capital alors que M. Z n'a aucune inclusion à son revenu de la somme de 90 000 \$ reçue et a une perte en capital disponible de 30 000 \$. Ce sont les associés actifs et non M. Z qui doivent réduire le PBR de leur participation du montant attribué à M. Z. En effet, ce dernier ne détient plus de participation dans la société de personnes après son retrait et le fait qu'il ait droit à un paiement en vertu du paragraphe 96(1.1) L.I.R. ne crée une présomption de participation dans la société de personnes qu'aux fins de certaines dispositions précises qui ne comprennent pas le calcul du PBR de la participation aux paragraphes 53(1) et 53(2) L.I.R.

Afin de parvenir à un résultat plus juste et qui reflète plus fidèlement la situation de ces associés et les principes d'imposition des sociétés de personnes, une attribution de revenus de 90 000 \$ à M. Z et une attribution de pertes de 45 000 \$ à M. X et à M. Y peuvent être envisagées. Si cette attribution était effectuée, le PBR de la participation de chacun des associés en serait ainsi touché :

	M. X	M. Y	M. Z
PBR au début de l'exercice	30 000 \$	30 000 \$	30 000 \$
Bénéfice	(45 000 \$)	(45 000 \$)	90 000 \$
(Retraits)	(0 \$)	(0 \$)	(90 000 \$)
PBR à la fin	(15 000 \$)	(15 000 \$)	30 000 \$

Le résultat final sur le PBR des participations demeure le même, mais l'imposition s'effectue de façon plus logique. M. X et M. Y devront toujours s'imposer sur un gain en capital de 15 000 \$, mais ils auront droit à une perte d'entreprise de 45 000 \$ alors que M. Z doit s'imposer sur un revenu d'entreprise de 90 000 \$ et aura une perte en capital disponible de 30 000 \$. Dans ce cas, la personne qui s'impose est la personne qui a réellement reçu le revenu.

Nous sommes d'avis que cette façon d'attribuer des revenus n'engendre pas l'application du paragraphe 103(1) L.I.R., lequel prévoit que si l'attribution des revenus ou des pertes d'une société de personnes entre les associés est effectuée de façon qu'il soit raisonnable de conclure que cela visait à réduire les impôts ou à différer le paiement des impôts qui auraient

pu être payables, cette attribution peut être revue par les autorités fiscales. Dans le cas exposé, l'attribution de revenus ou de pertes d'une société de personnes entre les associés ne vise pas à différer ou à réduire les impôts payables, mais plutôt à imposer les revenus entre les mains des associés de façon à respecter le contrat de société et les principes d'imposition des sociétés de personnes.

Toutefois, est-ce vraiment plus logique d'attribuer à un associé un profit alors que le bénéfice net de la société de personnes est de zéro?

Si l'attribution d'un montant de 90 000 \$ à l'associé retiré (attribution devant être traitée comme un paiement de nature capital étant donné que le revenu de la société de personnes est néant pour un tel exercice) devait plutôt faire en sorte de diminuer le PBR de la participation de l'associé retiré, l'imposition serait finalement plus logique :

	M. X	M. Y	M. Z
PBR au début de l'exercice	30 000 \$	30 000 \$	30 000 \$
Bénéfice	(0 \$)	(0 \$)	0 \$
(Retraits)	(0 \$)	(0 \$)	(90 000 \$)
PBR à la fin	(30 000 \$)	(30 000 \$)	(60 000 \$)

Dans cette situation, c'est M. Z qui reçoit le paiement de nature capital et qui s'impose sur un gain en capital de 60 000 \$. Ainsi, on ne dénature pas le paiement fait à l'associé retiré (paiement de nature capital) et c'est celui qui reçoit le paiement qui s'impose.

À notre avis, il serait pertinent d'obtenir une décision anticipée de l'ARC sur cette situation afin que cette dernière considère l'ensemble des faits d'une opération particulière avant de conclure sur cette question.

2. DISSOLUTION D'UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES – CHOIX FISCAL DU PARAGRAPHE 98(3) L.I.R.

Le paragraphe 98(3) L.I.R. constitue une exception au principe énoncé au paragraphe 98(2) L.I.R. selon lequel la dissolution emporte disposition de tous les biens d'une société de personnes à leur JVM. Le paragraphe 98(3) L.I.R. permet ainsi la remise entre les mains des associés des biens de la société de personnes sans conséquences fiscales. Les conditions qui doivent être remplies afin de bénéficier de ce roulement fiscal semblent simples à première vue, mais elles sont loin d'être faciles à appliquer. Il en résulte que le choix prévu par le paragraphe 98(3) L.I.R. est d'application limitée.

2.1. CONDITIONS D'APPLICATION DU PARAGRAPHE 98(3) L.I.R.

La dissolution de la société de personnes doit respecter les quatre conditions suivantes aux fins de l'application du paragraphe 98(3) L.I.R. :

- la société de personnes canadienne⁶¹ doit cesser d'exister;
- un choix collectif⁶² doit être produit au moyen des formulaires prescrits⁶³ et dans les délais prescrits⁶⁴;
- tous les biens de la société de personnes doivent être attribués aux associés⁶⁵;
- chacun des associés doit recevoir un droit indivis dans chacun des biens, établi en fonction de sa participation au sein de la société.

La dernière condition est celle qui cause le plus de difficultés aux fiscalistes au moment d'appliquer le paragraphe 98(3) L.I.R.⁶⁶ Pour que cette condition soit remplie, il est nécessaire que chaque associé reçoive un droit indivis dans chacun des biens détenus par la société de personnes⁶⁷. Par

⁶¹ En vertu du paragraphe 102(1) L.I.R., une société de personnes canadienne « est une société de personnes dont tous les associés résident au Canada au moment considéré ».

⁶² Ce choix est prévu au paragraphe 96(4) L.I.R. Il n'est pas possible d'annuler ou de modifier ce choix : AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2005-0141981E5, « Application of Subsection 98(3) », 14 février 2006 et Notes de David SHERMAN, *La Loi du praticien*, Thomson Carswell, 2008; par. 98(3) L.I.R.

⁶³ Les formulaires sont le T2060 pour l'ARC et le TP-620 pour l'Agence du revenu du Québec.

⁶⁴ Les deux formulaires doivent être remis au plus tard à la première des dates où un membre qui fait partie du choix doit produire une déclaration de revenus pour l'année d'imposition où la société de personnes a cessé d'exister.

⁶⁵ Les associés peuvent être d'autres sociétés de personnes : AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2002-0147315, « Partnership as a partner & 98(3) », 5 septembre 2002.

⁶⁶ Marie-Claude LÉVESQUE, « Pot-pourri fiscal – Partie B – Sortir de l'indivision », dans *Congrès 99*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2000, pp. 35:15-36, section 1.3.1., aux pages 35:17-19.

⁶⁷ « Table ronde de Revenu Canada », dans *1988 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1989, pp. 53:1-188, question 22., à la page 53:41; M.-C. LÉVESQUE, précité, note 66.

exemple, pour une société de personnes qui détient plusieurs placements, cela veut dire que chaque associé reçoit un droit indivis équivalant à sa part dans la société de personnes dans chacun des placements détenus par la société de personnes avant la dissolution⁶⁸.

2.2. CONSÉQUENCES FISCALES DE L'APPLICATION DU PARAGRAPHE 98(3) L.I.R.

2.2.1. Pour la société de personnes

La société de personnes est réputée avoir disposé de chacun de ses biens pour un produit de disposition égal à leur coût indiqué immédiatement avant leur attribution⁶⁹. Par conséquent, il n'en résulte aucune imposition, ni pour les associés ni pour la société de personnes.

Il faut aussi savoir que si la société de personnes a réclamé des réserves ou des provisions, par politique administrative, l'ARC permet que certaines d'entre elles puissent continuer d'être réclamées personnellement par les associés⁷⁰. Si ces allègements administratifs n'étaient pas permis, ces réserves réclamées pour des années d'imposition antérieures devraient être incluses dans le revenu de la société de personnes pour son année d'imposition finale, et donc attribuées aux associés⁷¹.

En effet, l'ARC a confirmé que les réserves réclamées en vertu de l'article 32 L.I.R., des alinéas 20(1)l)⁷², 20(1)n)⁷³ et 20(1)p)⁷⁴ L.I.R. et du

⁶⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2002-0134785, « Partitioning of shares », 28 octobre 2002.

⁶⁹ Al. 98(3)f) L.I.R.

⁷⁰ J. WEINSTEIN, précité, note 6, 20.

⁷¹ E. J. JOHNSON et G.C. LILLE, précité, note 6, p. 355

⁷² Les déductions sont demandées par les associés qui ont repris directement les comptes clients : AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-442R, « Mauvaises créances et provision pour créances douteuses », 6 septembre 1991, par. 28.

⁷³ Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques, « Subdivision c, Division L, Part I Income Tax Act », 23 décembre 1982 et A-0095 « Section 98(3) of the Income Tax Act », 21 juin 1984. Étant donné que ces interprétations techniques ont été rendues il y a plusieurs années, il serait prudent de vérifier avec l'ARC si elles représentent toujours sa position sur le sujet.

⁷⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 72.

sous-alinéa 40(1)a)(iii) L.I.R.⁷⁵ pourront continuer d'être réclamées par les associés en proportion de leur part dans la société de personnes⁷⁶. Récemment, l'ARC a confirmé qu'une réserve en vertu de l'alinéa 20(1)m) L.I.R. peut être réclamée par les anciens associés de même qu'une déduction en vertu du paragraphe 20(24) L.I.R. en certaines circonstances⁷⁷.

Afin de déterminer si d'autres réserves que celles mentionnées pourraient être réclamées par les anciens associés, il serait prudent de demander une interprétation technique à l'ARC.

Il est aussi possible que la société de personnes en voie de dissolution ait engagé des frais de financement, lesquels étaient déductibles à raison d'un cinquième par année⁷⁸, et qu'ils n'aient pas tous été déduits avant la dissolution. Dans ce cas, deux règles doivent être suivies :

- la société de personnes ne pourra pas, pour l'exercice financier se terminant à la dissolution, déduire les frais engagés⁷⁹;
- la personne ou la société de personnes qui était alors un associé de la société de personnes dissoute pourra les déduire en proportion de sa participation dans la société de personnes pendant l'exercice terminé au moment de la dissolution et après, pendant la période de cinq ans où ces frais auraient été déductibles pour la société de personnes⁸⁰.

⁷⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-236R4 « Réserves – Disposition de biens en immobilisations », 30 juillet 1999 (archivé en 2004), par. 10.

⁷⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9331205, « Reserves of Insurance Agents », 28 janvier 1994.

⁷⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2008-0279671R3, « Partnership Wind-up », 3 décembre 2008.

⁷⁸ En vertu de l'alinéa 20(1)e) L.I.R. Voir aussi J. WEINSTEIN, précité, note 6, 20.

⁷⁹ Div. 20(1)e)(vi)(A) L.I.R.

⁸⁰ Division 20(1)e)(vi)(B) L.I.R. Voir Ralph T. NEVILLE, « Taking Over and Winding Up Limited Partnerships », dans *1998 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1999, 11:1-23, à la page 11:6, « Financing costs », et E. J. JOHNSON et G.C. LILLE, précité, note 6, p. 358.

Cette **déduction future** pour l'ancien associé viendra réduire le PBR de la participation de cet associé⁸¹. Le sous-alinéa 53(2)c)(x) L.I.R. prévoit que dans le calcul du PBR d'un bien, à un moment donné, pour un contribuable, peut être déduite « une somme déductible par le contribuable en application du sous-alinéa 20(1)e)(vi) en rapport avec la société pour une année d'imposition du contribuable se terminant à ce moment ou *postérieurement* ». Cela fait en sorte, à notre avis, que l'ensemble des déductions futures en vertu du sous-alinéa 20(1)e)(vi) L.I.R. doit réduire le PBR de la participation des associés durant l'année où la première déduction est demandée par l'associé. Le sous-alinéa 53(2)c)(x) L.I.R. semble s'appuyer sur le fait que l'associé aura disposé de sa participation dans les années futures. Par conséquent, les déductions futures qui pourront être demandées en vertu du sous-alinéa 20(1)e)(iv) L.I.R. lorsque réduites du PBR en vertu du sous-alinéa 53(2)c)(x) L.I.R. peuvent venir créer un gain en capital immédiatement alors que les déductions ne pourront être demandées que selon l'échéancier applicable en vertu des règles ordinaires de la déductibilité des frais de financement. Aucune position administrative sur l'interaction entre le paragraphe 98(3) L.I.R. et le sous-alinéa 53(2)c)(x) L.I.R. n'a été répertoriée.

2.2.2. Pour les associés

2.2.2.1. Disposition de leur participation

Tout d'abord, chaque associé est réputé avoir disposé de sa participation dans la société de personnes pour un produit égal au plus élevé⁸² :

- du PBR de sa participation dans la société de personnes;
- du total de l'argent qu'il a reçu à la dissolution de la société de personnes et du montant égal au pourcentage du coût indiqué de chacun des biens de la société de personnes qu'il a reçus.

Cette règle fait en sorte de créer un gain en capital pour l'associé si le coût des biens reçus est supérieur au PBR de sa participation, mais elle

⁸¹ R. T. NEVILLE, précité, note 80, 6. AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-341R4, « Frais d'émission ou de vente d'actions, d'unités dans une fiducie, de participations dans une société de personnes ou dans un syndicat et frais d'emprunt », 26 février, 2007, par. 6.

⁸² Al. 98(3)a) L.I.R.

empêche la réalisation de toute perte en capital pour l'associé⁸³. De plus, aucune disposition n'existe afin de permettre aux associés d'ajouter le montant de cette perte au coût d'un autre bien⁸⁴. Toutefois, le montant de cette perte en capital peut servir à majorer le PBR de certains biens reçus par l'associé dans le cadre de la dissolution de la société de personnes, et ce, jusqu'à concurrence du pourcentage des associés dans la JVM de ces biens avant l'attribution⁸⁵. Il sera question de cette majoration un peu plus loin.

Il est à noter que, tel qu'il a été précisé plus haut, la prise en charge des éléments du passif de la société de personnes par les associés aura pour effet d'augmenter le PBR de leur participation dans la société de personnes⁸⁶. Il faut donc normalement s'assurer que les associés supportent le passif avant la dissolution de la société afin d'éponger le gain en capital qui résultera de la disposition de leur participation dans la société de personnes⁸⁷.

Dans une interprétation technique du 16 novembre 2009⁸⁸, l'ARC a indiqué que les gains ou pertes sur change peuvent être réalisés en vertu du paragraphe 39(2) L.I.R. aux fins du choix fiscal prévu au paragraphe 98(3) L.I.R. quoique cela demeure une question de fait.

2.2.2.2. Coût du droit indivis de chaque associé

Le coût de chaque droit indivis dans chacun des biens attribués aux associés est égal au **total** des montants suivants⁸⁹ :

⁸³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-471R, précité, note 43, par. 4.

⁸⁴ J. WEINSTEIN, précité, note 6, 17.

⁸⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-471R, précité, note 43, par. 4.

⁸⁶ S.-al. 53(1)e)(iv) L.I.R. Voir aussi AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 41, par. 6; AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2000-0028423, précité, note 43; G. CARON, précité, note 6, section « Assumption du passif » et J. WEINSTEIN, précité, note 6, 18.

⁸⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2000-0028423, précité, note 43 et J. WEINSTEIN, précité, note 6, 16.

⁸⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2009-0317591E5, « Foreign exchange gains/losses when partners assume partnership debt », 16 novembre 2009.

⁸⁹ Al. 98(3)b) L.I.R.

- le pourcentage du coût indiqué du bien avant son attribution;
- **s'il s'agit d'une immobilisation admissible**, le pourcentage des 4/3 du montant cumulatif des immobilisations admissibles (« MCIA »);
- la « somme déterminée » ci-après⁹⁰ seulement s'il s'agit d'une immobilisation qui n'est pas un bien amortissable et si le PBR de la participation de cet associé dépasse le total de l'argent reçu et du pourcentage du coût indiqué du bien.

Cette « somme déterminée » devra être désignée par la société de personnes. Toutefois, les limites suivantes s'appliquent :

- la somme déterminée ne peut en aucun cas dépasser le pourcentage de la JVM du bien moins le pourcentage du coût indiqué du bien;
- le total des sommes déterminées à l'égard des droits indivis sur chacun des biens ne peut en aucun cas dépasser l'excédent du PBR de la participation de l'associé sur l'argent reçu et le pourcentage du coût indiqué des biens, soit le montant de la perte en capital subie par cet associé telle qu'elle a été calculée plus haut.

Cette dernière étape constitue la majoration du coût du droit indivis dans chacun des biens attribués afin d'éponger la perte en capital subie lors de la disposition de sa participation.

La majoration du coût du droit indivis d'une immobilisation admissible n'est pas possible puisque le gain sur un tel bien serait un revenu d'entreprise⁹¹. Nous nous sommes toutefois demandé si le choix du paragraphe 14(1.01) L.I.R., qui permet de réaliser un gain en capital au lieu d'un revenu d'entreprise à l'égard de la disposition d'une immobilisation admissible dont le coût est déterminable, peut permettre de rendre admissible à la majoration cette immobilisation admissible. Le choix du paragraphe 14(1.01) L.I.R. ne semble pas faire perdre la nature du bien en question à titre d'immobilisation admissible, par contre la seule exception à la majoration présente à l'alinéa 98(3)c) L.I.R. vise les immobilisations qui

⁹⁰ Al. 98(3)c) L.I.R.

⁹¹ G. CARON, précité, note 6, à la section « Achalandage ». Il existe toutefois une règle pour les biens qui étaient détenus par la société de personnes avant le 5 décembre 1985.

sont des biens amortissables. Aucune exception ne vise les immobilisations admissibles. Il semble donc que le coût déterminable d'une immobilisation admissible pourrait faire l'objet d'une majoration afin de réduire le gain en capital qui résulte de sa disposition lorsque le choix du paragraphe 14(1.01) L.I.R. est effectué. Il n'existe aucune position administrative sur le sujet, il pourrait donc être intéressant de soumettre cette analyse à l'ARC.

Lorsque le droit indivis attribué à l'associé porte sur un bien amortissable et que le pourcentage du coût en capital pour la société de personnes attribué à l'associé dépasse le coût du droit indivis supporté par l'associé, c'est-à-dire le pourcentage du bien attribué à l'associé, les règles suivantes s'appliquent aux fins des articles 13 et 20 L.I.R. et des dispositions du *Règlement de l'impôt sur le revenu*⁹² prises en vertu de l'alinéa 20(1)a) L.I.R.⁹³ :

- le coût en capital du droit indivis supporté par l'associé est réputé être le pourcentage du coût en capital supporté par la société de personnes;
- l'excédent ainsi déterminé est réputé équivaloir à la déduction pour amortissement prise sur le bien.

L'ARC, dans une interprétation technique⁹⁴ quant à l'application de l'alinéa 98(5)d) L.I.R., qui est l'équivalent de l'alinéa 98(3)c) L.I.R. en l'espèce, confirme que l'alinéa 13(7)e) L.I.R. et le paragraphe 14(3) L.I.R. peuvent s'appliquer pour diminuer la majoration possible du coût des biens dans le contexte d'acquisition des biens amortissables ou des immobilisations admissibles d'une personne avec laquelle l'acheteur a un lien de dépendance et pour lesquels le vendeur a réclamé une déduction pour gains en capital⁹⁵.

Finalement, il faut savoir que lorsque le bien attribué par la société de personnes est une immobilisation admissible, il est prévu que les anciens associés seront réputés poursuivre l'exploitation de la société de personnes jusqu'à ce qu'ils disposent de leur droit indivis dans le bien aux fins des

⁹² C.R.C., 1978, ch. 945 et mod.

⁹³ Al. 98(1)e) L.I.R.

⁹⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 9325685, « Transfer of Property to a Partner », 24 juin 1994 et 9518885, « Termination of Partnership », 2 octobre 1995.

⁹⁵ J. WEINSTEIN, précité, note 6, 19.

calculs reliés à ce bien⁹⁶. D'autres présomptions existent quant aux montants à inclure aux fins de l'alinéa 14(1)b) et du paragraphe 14(5) L.I.R. pour l'ancien associé-copropriétaire indivis du bien⁹⁷.

En dernier lieu, il importe de faire une mise en garde sur l'application des droits de mutation à la liquidation d'une société de personnes.

Depuis l'affaire *Laval (Ville de) c. Polyclinique médicale de Fabreville, S.E.C.*⁹⁸, certaines municipalités ont changé leur approche lorsque vient le temps de déterminer si le transfert d'un immeuble doit être assujéti aux droits de mutation. Dans cette affaire, la Cour d'appel du Québec a confirmé qu'une société de personnes n'est pas une personne morale au sens du *Code civil du Québec* ni au sens de la *Loi concernant les droits sur les mutations immobilières*⁹⁹.

En cas de transfert d'un immeuble d'une société de personnes vers ses associés, il semblerait qu'aucune des exonérations prévues à la *Loi concernant les droits sur les mutations immobilières* ne soit applicable puisque la société de personnes n'est pas une personne morale¹⁰⁰.

2.3. FIN DE L'INDIVISION POUR LES ASSOCIÉS – ANALYSE DES PARAGRAPHES 248(20) ET 248(21) L.I.R.

2.3.1. Présentation des dispositions¹⁰¹

Après la dissolution de la société de personnes, tous les associés détiennent un droit indivis, au prorata de leur participation dans la société de personnes, dans chacun des biens de la société de personnes liquidée. Il s'agit là à la fois d'une condition et d'une conséquence de l'application du paragraphe 98(3) L.I.R.

⁹⁶ S.-al. 98(3)g)(i) L.I.R.

⁹⁷ S.-al. 98(3)g)(ii) et 98(3)g)(iii) L.I.R.

⁹⁸ 2007 QCCA 426 (CanLII).

⁹⁹ L.R.Q., c. D-15.1.

¹⁰⁰ Cela sera à vérifier avec les conseillers juridiques de la société de personnes et pourrait dépendre de l'application de la *Loi concernant les droits sur les mutations immobilières* par les différentes municipalités.

¹⁰¹ Voir M.-C. LÉVESQUE, précité, note 66, section 2.1., pour une analyse exhaustive des paragraphes 248(20) et 248(21) L.I.R.

Puisque la dissolution d'une société de personnes reflète dans la majorité des cas le désir des associés de ne plus gérer en commun les biens qu'ils détiennent ou encore l'entreprise qu'ils exploitent, l'indivision devient problématique et les associés veulent, la plupart du temps, partager les éléments d'actif qu'ils détiennent en indivision¹⁰². Les associés ont ainsi intérêt à recourir à un acte de partage afin que chacun devienne propriétaire particulier de l'actif dont ils sont copropriétaires¹⁰³. Puisque le partage relatif à un bien détenu en indivision représente juridiquement une disposition¹⁰⁴, des conséquences fiscales peuvent se produire lors de ce partage. Il est donc fortement recommandé d'analyser la possibilité de partager les biens détenus en indivision avant même d'envisager la dissolution d'une société de personnes.

Certes, chacun des associés peut décider de disposer de son droit indivis dans un bien en faveur d'un autre associé ou les associés peuvent décider de vendre le bien à un tiers, mais le tout se fera avec des conséquences fiscales que le paragraphe 98(3) L.I.R. cherche justement à éviter.

Les paragraphes 248(20) et 248(21) L.I.R. peuvent s'appliquer pour déterminer les conséquences fiscales qu'engendre le partage d'un bien détenu en copropriété. Ces paragraphes ne provoquent pas le partage : ils ne font que prévoir les conséquences fiscales qui résultent du partage¹⁰⁵. Le paragraphe 248(20) L.I.R. ne trouvera application que si le paragraphe 248(21) L.I.R. ne s'applique pas.

De manière générale, le paragraphe 248(20) L.I.R. s'applique dès le moment où il y a un partage des biens détenus en copropriété indivise par les associés.

Le paragraphe 248(21) L.I.R. étant plus simple d'application puisque aucune conséquence fiscale n'en résulte, il est nécessaire de déterminer *a priori* s'il peut s'appliquer au partage des biens en l'espèce.

¹⁰² *Id.*, section 2.

¹⁰³ *Id.* et Martin Daniel BOILY, « Disposition d'un bien immobilier », dans *Congrès 2000*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2001, pp. 42:1-42, section 10., aux pages 42:32-35.

¹⁰⁴ Art. 1037 C.c.Q. Voir aussi M.-C. LÉVESQUE, précité, note 66, section 2.1.4.

¹⁰⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2001-0072595, « Windup; Partition », 21 mars 2001.

Afin que le paragraphe 248(21) L.I.R. s'applique au partage, les conditions suivantes doivent être réunies¹⁰⁶ :

- le bien est la propriété de plusieurs personnes;
- ce bien fait l'objet d'un partage;
- la JVM¹⁰⁷ du droit dans le bien après le partage est égale à la JVM du droit dans le bien immédiatement avant le partage.

Si toutes ces conditions sont réunies, les règles suivantes s'appliqueront au partage :

- le paragraphe 248(20) L.I.R. ne s'applique pas au partage¹⁰⁸;
- le nouveau droit de chacun des anciens copropriétaires est réputé être la continuation du droit indivis de cet ancien copropriétaire sur le bien avant le partage¹⁰⁹.

Le paragraphe 248(21) L.I.R. prévoit que les subdivisions d'un bâtiment ou les lotissements d'une parcelle de fonds de terre effectués dans le cadre d'un partage qui sont la propriété des mêmes copropriétaires sont considérés comme un seul bien¹¹⁰. Cette présomption est importante, comme l'indique un auteur¹¹¹ :

« [...], le paragraphe 248(21) peut être limité dans son application puisqu'il doit y avoir partage d'un seul bien et non d'un groupe de biens. Ainsi, un échange d'un intérêt indivis de plusieurs propriétés ne saurait bénéficier de l'application des paragraphes 248(20) et (21) et ainsi, constituerait une disposition assujettie à la L.I.R. pour chacune des parties à ce partage. »

¹⁰⁶ Passage introductif du paragraphe 248(21) L.I.R.

¹⁰⁷ Calculée sans tenir compte des primes ou escomptes pouvant s'appliquer à des droits minoritaires ou majoritaire : al. 248(21)d) L.I.R.

¹⁰⁸ Al. 248(21)a) L.I.R.

¹⁰⁹ Al. 248(21)b) L.I.R.

¹¹⁰ Al. 248(21)c) L.I.R.

¹¹¹ M. D. BOILY, précité, note 103, section 10.

Lorsque les associés reçoivent un droit dans un bien dont la valeur en pourcentage est égale à celle du droit indivis qu'ils détenaient avant le partage, le paragraphe 248(21) L.I.R. prévoit que ce nouveau droit est réputé être la continuation du droit qui précède. Dans ce cas, aucune disposition ni aucune acquisition ne sont réputées survenir¹¹².

L'ARC est toutefois d'avis¹¹³ que le paragraphe 248(21) L.I.R. ne peut être appliqué **simultanément** avec le paragraphe 98(3) L.I.R. afin d'éviter l'attribution des biens d'une société de personnes qui cesse d'exister aux associés de celle-ci sans incidences fiscales¹¹⁴. Selon l'ARC, avoir une participation dans les biens d'une société de personnes avant le moment où celle-ci cesse d'exister n'équivaut pas à avoir la propriété indivise de ces biens au sens des paragraphes 248(20) et 248(21) L.I.R. Par conséquent, les biens d'une société de personnes doivent avoir fait l'objet d'une attribution en vertu du paragraphe 98(3) L.I.R. avant que ceux-ci puissent être partagés aux termes des paragraphes 248(20) ou 248(21) L.I.R.¹¹⁵

Lorsque le paragraphe 248(21) L.I.R. ne peut être appliqué, c'est le paragraphe 248(20) L.I.R. qui s'applique. Celui-ci peut créer ou non une disposition ou une acquisition réputée. Trois situations peuvent survenir : soit la JVM du droit dans le bien avant et après le partage est la même, soit la JVM du droit dans le bien avant le partage est inférieure à celle après le partage, soit elle est supérieure à celle après le partage.

Dans la mesure où la JVM du droit dans le bien avant le partage est équivalente à celle après le partage, aucune disposition de bien n'a lieu et, de ce fait, il n'y a aucune conséquence fiscale. Ainsi, lorsque la valeur du nouveau droit dans le bien, par exemple une subdivision du bâtiment, est égale à la valeur du droit indivis détenu auparavant, aucune disposition du droit indivis ne survient. Dans ce cas, le nouveau droit de chacune des

¹¹² Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2005-014451C6, « Lotissement de biens », 7 octobre 2005.

¹¹³ « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 94*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1995, pp. 31:1-43, question 6.5., aux pages 31:23-24; AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 9206785, « Partition – Partnership Property – Wind-up », 28 mai 1992; 9404575 « Farm and Capital Gains », 20 octobre 1994 et 9206080, « 92 Manitoba CBA/CICA Roundtable », 24 février 1992.

¹¹⁴ J. WEINSTEIN, précité, note 6, 16 et 17 et M. D. BOILY, précité, note 103, section 10.

¹¹⁵ *Id.*

personnes est réputé être la continuation du droit indivis sur le bien immédiatement avant le partage tel que le prévoit le paragraphe 248(21) L.I.R. Étant donné qu'il n'y a pas de disposition réputée du droit indivis dans le bien, il n'y a donc aucun gain en capital ni aucune perte en capital. Nous en déduisons que lorsque la JVM du droit est équivalente après et avant le partage, et peu importe que le paragraphe 248(20) ou le paragraphe 248(21) L.I.R. soit appliqué, les conséquences fiscales seront les mêmes.

Toutefois, lorsque la JVM du droit détenu dans un bien à la suite du partage est supérieure à la JVM du droit avant le partage, le détenteur du droit est réputé l'avoir acquis pour un montant équivalant à cette augmentation de valeur. De la même façon, lorsque la JVM d'un droit détenu dans un bien diminue à la suite du partage, le détenteur du droit est réputé en avoir disposé pour un montant correspondant à la diminution de la JVM. Dans ces derniers scénarios, un gain en capital pour un des anciens copropriétaires se matérialisera.

2.3.2. Historique de l'application administrative des paragraphes 248(20) et 248(21) L.I.R.

L'application des paragraphes 248(20) et 248(21) L.I.R. aux différents biens du patrimoine d'une société de personnes au moment de sa dissolution a provoqué plusieurs commentaires, en plus de faire l'objet de nombreux changements de position de la part des autorités fiscales.

Tout d'abord, l'ARC a accepté, dans une décision anticipée datant de 1993¹¹⁶, le partage d'actions détenues en copropriété en vertu du paragraphe 248(21) L.I.R. en prenant soin d'indiquer que la législation sur les sociétés devait permettre l'émission de fractions d'actions¹¹⁷.

Ensuite, l'ARC a complètement renversé sa position en 1994 se disant d'avis que le paragraphe 248(21) L.I.R. s'appliquait uniquement aux bâtiments et aux fonds de terre¹¹⁸.

¹¹⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9313605, « Property – Partition », 9 septembre 1993.

¹¹⁷ M.-C. LÉVESQUE, précité, note 66, section 2.1.7.1.

¹¹⁸ « Table ronde sur la fiscalité fédérale », précité, note 113 et AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 5M08340t, « APFF 1994 : Question 31 », 7 octobre 1994. Certains auteurs soulèvent l'absurdité de cette interprétation par rapport à l'interprétation technique 9313605 (AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 116) : M.-C. LÉVESQUE, précité, note 66, section 2.1.7. et (à suivre...)

Le libellé particulier de la note marginale du paragraphe 248(21) L.I.R., « Lotissement de biens », portait à croire que ce paragraphe ne pouvait être interprété de manière large et recevoir application dans un contexte de partage de biens sans qu'ils soient des biens immeubles. Or, il convient de noter qu'une note marginale ne fait pas partie de la loi. Et surtout, rien, au paragraphe 248(21) L.I.R., n'indique que son application soit restreinte aux bâtiments et aux fonds de terre. En effet, l'alinéa 248(21)c) L.I.R. vient seulement préciser que si le partage porte sur des bâtiments et des fonds de terre, les subdivisions et les parcelles sont alors considérées comme un seul bien, sans plus. Faire cette distinction entre le paragraphe 248(21) et le paragraphe 248(20) L.I.R. est illogique, puisqu'il est possible de parvenir au même résultat avec le paragraphe 248(20) L.I.R. lorsque la JVM du droit dans le bien partagé est équivalente avant et après le partage.

Dans une interprétation technique de 1995¹¹⁹, l'ARC indiquait que des comptes clients et de l'équipement représentaient des biens admissibles à l'application du paragraphe 248(20) L.I.R., mais non à celle du paragraphe 248(21) L.I.R.¹²⁰

Toutefois, dans une interprétation technique rendue en 1998 à propos du partage d'un quota de lait détenu en indivision¹²¹, l'ARC acceptait que les paragraphes 248(20) ou 248(21) L.I.R. puissent s'appliquer à ce genre de bien. Par cette dernière interprétation technique, l'ARC a ouvert la voie au partage d'un bien autre qu'immeuble en vertu du paragraphe 248(21) L.I.R.¹²²

(...suite)

Peter E. MCQUILLAN, « Partnerships : The Most Significant Developments of the Past 12 Months », dans *2001 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2002, pp. 4:1-15, à la page 4:2.

¹¹⁹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9512485, « Partition of accounts receivables & other fungibles », 12 octobre 1995.

¹²⁰ J. WEINSTEIN, précité, note 6, 17.

¹²¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9804567, « Partition of a milk quota », 27 avril 1998.

¹²² M.-C. LÉVESQUE, précité, note 66. Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 2003-0033363 « Partnership Wind-up » 21 janvier 2003 et 9702653 « Partitioning shares held by partnership », 2 mai 1997.

Ce n'est qu'en 2001 que l'ARC a rouvert le dialogue de l'application du paragraphe 248(21) L.I.R. au partage d'actions détenues en indivision¹²³, en précisant qu'il était possible de l'utiliser uniquement pour des actions de sociétés dont le droit applicable permettait l'émission d'une fraction de ces actions¹²⁴. Étant donné que le partage d'actions détenues en indivision apporte des difficultés en lui-même, nous y revenons plus en détail un peu plus loin.

Selon la doctrine, une participation dans une société de personnes pourrait être partagée en vertu du paragraphe 248(21) L.I.R.

En ce qui a trait aux positions administratives récentes, il est pertinent de mentionner que l'ARC a émis deux récentes interprétations techniques sur l'application du paragraphe 248(21) L.I.R. dans des situations où des droits indivis sur des terrains étaient échangés.

Dans la première interprétation technique¹²⁵, la situation était la suivante. Deux frères (Frère 1 et Frère 2) étaient copropriétaires d'une terre agricole qui fut subdivisée en deux lots distincts (le lot A et le lot B), de valeur égale. Chaque frère était donc copropriétaire indivis de chacun des deux lots. Les contribuables demandaient à l'ARC de confirmer que le paragraphe 248(21) L.I.R. s'appliquerait si Frère 1 échangeait à Frère 2 son droit indivis dans le lot A en contrepartie du droit indivis de ce dernier dans le lot B. À la fin de l'opération, Frère 1 se retrouverait propriétaire unique du lot B et Frère 2, propriétaire unique du lot A. L'ARC s'est dite d'avis que si la valeur des droits indivis était la même avant et après le partage, le

¹²³ Voir, entre autres, AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 2001-0100485, « Partage d'action détenue en indivision », 18 septembre 2001; 2001-0095503, « Partitioning of shares », 29 mai 2002 et 2007-0225151R3, « Winding-up of a partnership », 7 novembre 2007.

¹²⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 9618173, « Partition of Shares in a Partnership », 18 avril 1997; 9313605, précité, note 116; 2000-0038595, « Partition of Property », 25 septembre 2000, 2003-0009513, « Partnership – Wind-up », 18 février 2003; 2001-0095503, précité, note 122; 2001-0100485, précité, note 123; 2007-0225151R3, précité, note 123 et M. D. BOILY, précité, note 103, section 10. Revenu Québec considère également qu'il est possible de fractionner les actions détenues en indivision : « Table ronde sur la fiscalité provinciale », dans *Congrès 93*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1994, pp. 38:1-70, question 10.1., aux pages 38:26-27; M.-C. LÉVESQUE, précité, note 66, section 2.1.5.1.

¹²⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2008-0297871E5, « Land Partition », 21 janvier 2009.

paragraphe 248(21) L.I.R. trouverait application en l'espèce. La deuxième interprétation technique¹²⁶ portait sur différents scénarios soumis à l'ARC, toujours en matière d'échange de subdivisions de lots. L'ARC ne réitérait que les principes généraux des paragraphes 248(20) et 248(21) L.I.R. et ne se prononçait pas sur chaque situation particulière.

Il importe finalement de mentionner que, dans une interprétation technique de 2005, l'ARC s'est dite d'avis que, lorsque le bien à partager consiste en un terrain sur lequel sont érigés deux bâtiments, le paragraphe 248(21) L.I.R. ne s'appliquait pas lorsque chacun des copropriétaires indivis du terrain recevait un bâtiment puisqu'il n'y avait aucun partage des bâtiments détenus en indivision, mais plutôt une attribution des bâtiments¹²⁷. Toutefois, il est intéressant de comparer ces conclusions avec des décisions anticipées rendues récemment dans lesquelles l'ARC a conclu à l'application du paragraphe 248(21) L.I.R.¹²⁸ Les opérations envisagées se déroulaient dans une province de common law où le droit des biens est différent du droit civil québécois; toutefois, les conclusions sont intéressantes. En résumé, des copropriétaires détenaient des droits indivis dans un terrain sur lequel étaient érigés trois bâtiments (« Projet »). Nous supposons que chaque copropriétaire détenait un droit équivalent dans le Projet. Dans un premier temps, les copropriétaires procédaient à la subdivision du Projet en deux parcelles de terrain : une première parcelle de terrain sur laquelle deux des trois bâtiments étaient érigés (le lot A) et une deuxième parcelle de terrain sur laquelle un seul bâtiment était érigé (le lot B). Nous comprenons que chaque copropriétaire indivis du Projet était maintenant copropriétaire indivis des lots A et B. Dans un deuxième temps, les copropriétaires procédaient au partage de leurs droits indivis de sorte qu'un premier groupe de copropriétaires se retrouvaient copropriétaires indivis du lot A et que le dernier copropriétaire indivis se retrouvait propriétaire unique du lot B. Après s'être assurée que la JVM du droit de chaque copropriétaire avant et après le partage soit la même, l'ARC a indiqué que le paragraphe 248(21) L.I.R. trouverait application à la suite du partage des droits indivis dans le Projet.

¹²⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2009-0338641E5, « Partition of Property », 1^{er} septembre 2010.

¹²⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2005-0145251E5, « Partition of property », 8 août 2005.

¹²⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2011-0408781R3 « Partion of Property – Land and Buildings », 22 novembre 2011.

Par conséquent, il y aurait donc lieu de se questionner sur la façon de structurer le partage entre copropriétaires indivis d'un terrain sur lequel seraient érigés deux ou plusieurs bâtiments afin de pouvoir bénéficier des conséquences du paragraphe 248(21) L.I.R. dans cette situation particulière.

2.3.3. Partage des actions détenues en indivision

Comme nous l'avons mentionné plus haut, l'ARC convient maintenant que le paragraphe 248(21) L.I.R. peut s'appliquer à un partage d'actions détenues en indivision. Ainsi, les anciens associés d'une société de personnes qui se retrouvent copropriétaires indivis d'actions d'une société peuvent tout d'abord avoir recours à un acte de partage et requérir de la société émettrice de fractionner ces actions et de délivrer des nouveaux certificats de fractions d'actions.

Auparavant, cette démarche posait problème : bien que la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*¹²⁹ permette expressément une telle émission de fraction d'actions¹³⁰, la *Loi sur les compagnies* du Québec¹³¹ ne le permettait pas.

La réforme de la *Loi sur les compagnies*, entreprise en 2007, a donné lieu à la *Loi sur les sociétés par actions* du Québec¹³². Depuis l'entrée en vigueur de cette loi en 2011, il est permis aux sociétés québécoises de fractionner des actions. Une société constituée selon la *Loi sur les compagnies* ne pouvait pas émettre de certificat de fractions d'actions. Dorénavant, les sociétés continuées selon la *Loi sur les sociétés par actions* de même que les sociétés constituées selon la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* le peuvent.

¹²⁹ L.R.C. 1985, ch. C-44 et mod. (« L.C.S.A. »).

¹³⁰ Par. 49(15) L.C.S.A.

¹³¹ L.R.Q., c. C-38 (« L.C. »).

¹³² L.Q. 2009, c. 52 (« L.S.A. »).

2.3.3.1. Méthode à suivre

Lorsque des actions sont détenues en indivision par plusieurs personnes, il est possible pour ces personnes de demander que leurs actions¹³³ fassent l'objet d'un fractionnement et que des certificats d'actions fractionnées leur soient délivrés.

À la suite du fractionnement d'actions, afin que chacun des associés reçoive des certificats d'actions entières au lieu de certificats d'actions fractionnées, il peut être envisagé d'échanger ces fractions d'actions contre des actions en utilisant les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* :

- soit en effectuant un roulement des fractions d'actions et en obtenant des actions entières en contrepartie, par application du paragraphe 85(1) L.I.R.;
- soit en effectuant un échange des fractions d'actions contre des actions entières, par application du paragraphe 51(1) L.I.R.

1. Roulement en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R.

Les fractions d'actions peuvent être transférées par roulement interne par les anciens associés à la société qui a émis les actions. Les conditions suivantes doivent être respectées pour que le paragraphe 85(1) L.I.R. s'applique :

- un choix doit être produit à l'aide des formulaires prescrits¹³⁴;
- les fractions d'actions doivent représenter des biens¹³⁵ en immobilisations¹³⁶;

¹³³ La détention conjointe d'une action est permise autant par la *Loi sur les sociétés par actions* que par la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, mais la société « n'est pas tenue d'émettre plus d'un certificat pour cette action » : art. 63, al. 2 L.S.A. et par. 49(3) L.C.S.A.; Paul MARTEL, *Les sociétés par actions au Québec*, vol. 1, *Les aspects juridiques*, feuilles mobiles, Ottawa, Wilson & Lafleur/Martel Ltée, 2011, à la page 14-26, numéro 14-100.

¹³⁴ Les formulaires à utiliser sont T2057 au fédéral et TP-518 au Québec.

¹³⁵ Par. 248(1) « bien » L.I.R.

¹³⁶ Par. 85(1.1) « bien admissible », al. a) L.I.R.

- la société à laquelle les fractions d'actions sont transférées doit être une société canadienne imposable¹³⁷;
- des actions doivent être reçues en échange, en totalité ou en partie; il peut y avoir une contrepartie autre qu'en actions;
- une disposition du bien initial doit avoir eu lieu¹³⁸.

Aux fins de l'application du paragraphe 85(1) L.I.R., une fraction d'action est un bien puisque, parmi les biens, nous retrouvons les actions¹³⁹ et qu'une fraction d'action est une action¹⁴⁰.

Il faudra que le transfert de fractions d'actions constitue une disposition réelle. Une attention particulière doit donc être portée au fait que les actions reçues en contrepartie doivent avoir des caractéristiques différentes de celles qui sont annulées dans le roulement pour que le transfert constitue une disposition aux fins du paragraphe 85(1) L.I.R. et pour que le roulement soit accepté par les autorités fiscales¹⁴¹. L'ARC est d'avis que le fait qu'un nouveau certificat d'actions ait été délivré n'entraîne pas nécessairement une disposition des anciennes actions¹⁴². Il faut que l'actionnaire ait renoncé à un droit quelconque relié aux premières actions lorsqu'il les a transférées.

¹³⁷ Par. 85(1) L.I.R. Tout d'abord, une « société canadienne imposable » est définie au paragraphe 89(1) L.I.R. comme une société canadienne qui n'est pas exonérée d'impôt. Ensuite, une « société canadienne », à un moment donné, aussi définie au paragraphe 89(1) L.I.R., est une société résidant au Canada qui soit a été constituée au Canada, soit a résidé au Canada tout au long de la période commençant au 18 juin 1971 et se terminant au moment donné. Certaines réorganisations peuvent permettre aux sociétés canadiennes imposables de le demeurer : voir les alinéas c) et d) de la définition de « société canadienne » au paragraphe 89(1) L.I.R.

¹³⁸ Par. 85(1) L.I.R.

¹³⁹ Par. 248(1) « bien », al. a) L.I.R.

¹⁴⁰ Par. 248(1) « action » L.I.R.

¹⁴¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-448, « Dispositions – Modification des conditions des titres », 6 juin 1980; AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2004-0092561E5, « 85(1), 248(1), "Disposition" », 10 novembre 2004 et E. J. JOHNSON et G.C. LILLE, précité, note 6, p. 354.

¹⁴² AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-448, précité, note 141, par. 3.

L'ARC indique que les modifications suivantes sont considérées comme des dispositions¹⁴³ :

- « a) une modification du droit de vote afférent aux actions qui entraîne un changement du contrôle des voix d'une corporation;
- b) une modification d'un droit précis (par ex.: modification de la valeur nominale) au partage de l'actif d'une corporation au moment de la dissolution de celle-ci (actions privilégiées seulement);
- c) l'abandon ou l'addition du droit prioritaire de partage lors de la distribution de l'actif d'une corporation au moment de sa dissolution;
- d) l'adjonction ou la suppression d'un droit afférent à une catégorie d'actions prévoyant une participation aux dividendes au-delà d'un montant ou d'un taux préférentiel fixe;
- e) la transformation d'un droit cumulatif en un droit non cumulatif aux dividendes ou vice-versa. »

L'ARC indique aussi que les changements suivants n'entraînent pas en soi une disposition¹⁴⁴ :

- « a) l'adjonction du droit d'élire une majorité de directeurs de la corporation si, à ce moment-là, les actionnaires de la catégorie en cause détiennent déjà le contrôle des voix pour l'élection des directeurs;
- b) un changement du nombre de votes par action si la possibilité, pour un actionnaire quelconque, d'influencer les opérations quotidiennes de la corporation n'est ni augmentée, ni diminuée;
- c) la renonciation à des droits de vote conditionnels qui, s'ils étaient exercés, seraient insuffisants pour assurer le contrôle de la corporation;
- d) l'adjonction ou la suppression de restrictions concernant le transfert d'actions;
- e) l'adjonction d'un droit de rachat en faveur de la corporation;
- f) des fractionnements ou des consolidations d'actions (voir IT-65);

¹⁴³ *Id.*, par. 14.

¹⁴⁴ *Id.*, par. 15.

g) le remplacement d'actions avec valeur nominale par des actions sans valeur nominale ou vice-versa, pourvu que cela n'entraîne aucune modification des droits déjà établis quant aux dividendes et(ou) à la distribution de l'actif lors de la dissolution;

h) une modification de l'ordre de priorité d'une catégorie sur les autres catégories d'actions privilégiées (par ex.: 1^{er} rang, 2^e rang);

i) une augmentation ou une diminution du montant ou du taux d'un droit afférent à un dividende fixe. »

Toutefois, l'ARC précise que si des changements indiqués ci-dessus sont effectués simultanément ou l'un après l'autre, ils peuvent entraîner une disposition. Comme il n'est pas sûr que les changements dans les droits des actions soient acceptés par l'ARC aux fins du roulement, il est préférable de soumettre l'opération envisagée aux autorités fiscales. De plus, les conseillers fiscaux doivent, à notre avis, prévoir ou envisager les conséquences fiscales d'un refus de roulement en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R. par l'ARC, dans la mesure où les actionnaires ne veulent pas renoncer à un droit quelconque dans leurs actions.

Si l'ARC considère qu'il y a une disposition, il faudra alors convenir d'une somme qui sera équivalente au PBR des fractions d'actions afin qu'aucune conséquence fiscale n'en découle.

Si l'ARC est plutôt d'avis qu'il n'y a pas de disposition dans la situation soumise et que le roulement du paragraphe 85(1) L.I.R. n'est pas disponible, aucune conséquence fiscale ne résulte de ce transfert étant donné qu'il n'y a tout simplement pas de disposition aux fins fiscales.

2. Échange en vertu du paragraphe 51(1) L.I.R.

L'utilisation du paragraphe 51(1) L.I.R. peut par ailleurs être envisagée afin d'échanger les fractions d'actions contre des actions entières, et ce, sans qu'il y ait disposition aux fins fiscales. Cela permet d'éviter que le roulement soit refusé si les actions entières obtenues en échange des fractions d'actions ont des caractéristiques similaires. Il est important qu'aucun autre bien ne soit reçu en échange des fractions d'actions. L'application du paragraphe 51(1) L.I.R. entraîne un roulement automatique et aucun formulaire prescrit n'est à remplir.

En conséquence, il est beaucoup plus facile d'utiliser le paragraphe 51(1) L.I.R. que le paragraphe 85(1) L.I.R. dans les circonstances mentionnées ci-dessus. Utiliser le paragraphe 51(1) L.I.R. a pour effet

d'éviter toute la complexité quant à la notion de disposition ainsi que toute la lourdeur administrative reliée à la production de formulaires.

2.4. CIRCONSTANCES OÙ LE PARAGRAPHE 98(3) L.I.R. NE PEUT PAS TROUVER APPLICATION

Il faut noter que la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne permet pas d'appliquer le paragraphe 98(3) L.I.R. lorsque les paragraphes 85(3) ou 98(5) L.I.R. s'appliquent¹⁴⁵.

3. DISSOLUTION D'UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES AVEC LES PARAGRAPHES 85(2) ET 85(3) L.I.R.

Une solution possible au problème causé par l'indivision à la suite de la dissolution d'une société de personnes est présentée par certains auteurs. Elle réside dans l'application combinée des paragraphes 85(2) et 85(3) L.I.R. Cette méthode peut être utilisée notamment lorsque les seuls éléments d'actif de la société de personnes consistent en des actions d'une société canadienne¹⁴⁶.

3.1. OBJECTIF DES PARAGRAPHES 85(2) ET 85(3) L.I.R.

L'application combinée des paragraphes 85(2) et 85(3) L.I.R. vise à constituer en société par actions une société de personnes, donc à convertir les participations dans la société de personnes en actions d'une société par actions. Une fois accompli le transfert des biens de la société de personnes vers une société par actions avec le paragraphe 85(2) L.I.R., la société de personnes est dissoute en vertu du paragraphe 85(3) L.I.R.

3.2. CONDITIONS D'APPLICATION DES PARAGRAPHES 85(2) ET 85(3) L.I.R.

Pour que le paragraphe 85(2) L.I.R. puisse s'appliquer, les conditions suivantes doivent être réunies¹⁴⁷ :

¹⁴⁵ Par. 98(4) L.I.R.

¹⁴⁶ E. J. JOHNSON et G.C. LILLE, précité, note 6, p. 353. Cette situation a été examinée par l'ARC dans AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique AC73882, « Winding-up of a Partnership », 29 août 1989.

¹⁴⁷ Par. 85(2) et al. 85(1)a) à 85(1)i) L.I.R.

- la société de personnes dispose d'un bien en immobilisations¹⁴⁸;
- en faveur d'une société canadienne imposable¹⁴⁹;
- pour une contrepartie comprenant des actions du capital-actions de la société¹⁵⁰; une contrepartie autre qu'en actions peut aussi être reçue;
- un choix conjoint entre la société et tous les associés de la société de personnes doit être produit à l'aide des formulaires prescrits¹⁵¹ au plus tard à la date où chaque contribuable qui est visé par le choix est tenu de produire sa déclaration de revenus pour l'année d'imposition pendant laquelle l'opération à laquelle se rapporte le choix est effectuée¹⁵².

Pour sa part, le paragraphe 85(3) L.I.R. peut être appliqué si les conditions suivantes sont remplies¹⁵³ :

- le paragraphe 85(2) L.I.R. s'applique à la disposition des biens de la société de personnes en faveur de la société;
- les affaires de la société de personnes sont mises en liquidation dans les 60 jours qui suivent la disposition¹⁵⁴;

¹⁴⁸ Le bien devra être un « bien admissible », soit une immobilisation (autre qu'un bien immeuble ou une option y afférente si la société de personnes n'était pas une société de personnes canadienne) ou un bien admissible visé aux alinéas 85(1.1)c) à 85(1.1)f) et 85(1.1)g) ou 85(1.1)g.1) L.I.R. avec les adaptations nécessaires. Il faut noter que la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne permet pas le roulement des biens immeubles qui font partie de l'inventaire.

¹⁴⁹ Par. 102(1) L.I.R.

¹⁵⁰ Al. 85(2)a) L.I.R.

¹⁵¹ Formulaire T2058 pour le fédéral et Formulaire TP-529 pour le Québec.

¹⁵² Par. 85(6) L.I.R. Le choix doit généralement être produit dans les six mois suivant la fin d'exercice de la société de personnes.

¹⁵³ Al. 85(3)a) à 85(3)c) L.I.R.

¹⁵⁴ Voir la section 4. du présent texte, « Dissolution d'une société de personnes avec le paragraphe 98(5) L.I.R. », pour une planification où une société de personnes est constituée en société par actions et dissoute, mais que le délai pour agir est de 3 mois au lieu de 60 jours.

- la société de personnes a pour seuls biens immédiatement avant la liquidation, de l'argent ou les biens reçus de la société en contrepartie de la disposition.

L'ARC est d'avis que lorsque les conditions du paragraphe 85(3) L.I.R. sont remplies, le fait que la société de personnes possède de l'argent qui ne provient pas de la disposition d'un bien en faveur de la société n'empêche pas l'application de ce paragraphe¹⁵⁵. Il faut cependant veiller à ce que la société de personnes ne détienne pas de créance envers la société puisque l'ARC considère alors que les conditions du paragraphe 85(3) L.I.R. ne sont pas toutes remplies¹⁵⁶.

Lors du roulement selon le paragraphe 85(2) L.I.R. et afin de faciliter l'application des paragraphes 85(2) et 85(3) L.I.R., l'ARC permet que les actions de la société soient émises directement au nom des associés¹⁵⁷.

Finalement, il est utile de noter que l'ARC considère que les affaires d'une société de personnes ont été mises en liquidation lorsque tous les biens de la société ont été distribués aux associés en règlement de leur participation dans la société de personnes¹⁵⁸. De plus, elle précise que les formalités légales ou contractuelles doivent avoir été respectées pour que la société de personnes soit considérée comme ayant été complètement dissoute. Toutefois, « [l]e roulement ne sera pas rejeté pour la simple raison que certaines des exigences relatives à la dissolution complète de la société, autres que l'attribution de tous les biens, n'ont pas été remplies »¹⁵⁹.

3.3. CONSÉQUENCES FISCALES

Tout d'abord, pour les associés, le coût de chaque bien autre qu'une action (« CAA ») reçu en contrepartie de la disposition de leur participation

¹⁵⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-378R, « Liquidation d'une société en nom collectif », 15 février 1980, par. 1.

¹⁵⁶ Jean-François PELLAND, Sylvie GARON, Liliane FORTIER et Isabelle P. MERCURE, « Étude de cas 2 – Incorporation des professionnels », dans *Congrès 2005*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2006, pp. 61:1-246, cas n° 4, section 3., aux pages 61:133-138.

¹⁵⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 155, par. 2.

¹⁵⁸ *Id.*, par. 6.

¹⁵⁹ *Id.*, par. 6 et 7.

dans la société de personnes est réputé égal à sa JVM au moment de la liquidation¹⁶⁰.

Ensuite, le coût des actions privilégiées reçues par chaque associé sera égal à l'excédent du PBR de sa participation dans la société de personnes moins le CAA¹⁶¹, sauf si l'associé a aussi reçu des actions ordinaires en échange, auquel cas le coût des actions privilégiées sera égal au moins élevé de la JVM des actions privilégiées de cette catégorie et de l'excédent du PBR de sa participation dans la société de personnes moins le CAA¹⁶².

Subséquemment, le coût des actions ordinaires reçues par un associé sera égal à l'excédent du PBR de sa participation dans la société de personnes moins le total de la JVM des biens autres que des actions et du coût des actions privilégiées reçues¹⁶³.

Les associés seront réputés avoir disposé de leur participation dans la société de personnes pour un produit de disposition égal au coût de toutes les actions et des biens reçus en contrepartie de la disposition de cette participation plus toute somme d'argent reçue¹⁶⁴.

Finalement, si la société de personnes a attribué des biens à ces associés, elle est réputée en avoir disposé à leur coût indiqué immédiatement avant leur attribution¹⁶⁵.

Dans la mesure où l'actif de la société de personnes se compose uniquement d'actions d'une seule société canadienne, l'utilisation des paragraphes 85(2) et 85(3) L.I.R. peut être envisagée.

Dans un premier temps, la société de personnes peut transférer, par voie de roulement en vertu du paragraphe 85(2) L.I.R., les actions qu'elle détient dans le capital-actions d'une société canadienne en échange d'autres actions

¹⁶⁰ Al. 85(3)d) L.I.R.

¹⁶¹ S.-al. 85(3)e)(ii) L.I.R.

¹⁶² S.-al. 85(3)e)(i) L.I.R. S'il existe plusieurs catégories d'actions privilégiées, une proportion devra être effectuée selon la JVM des actions privilégiées de cette catégorie sur la JVM de l'ensemble des actions privilégiées émises.

¹⁶³ Al. 85(3)f) L.I.R.

¹⁶⁴ Al. 85(3)g) L.I.R.

¹⁶⁵ Al. 85(3)h) L.I.R.

qui possèdent des caractéristiques différentes. Puisque le paragraphe 85(2) L.I.R. s'applique à la disposition des biens de la société de personnes en faveur de la société et que les seuls biens remis aux associés lors de la liquidation des affaires de la société de personnes sont les actions que cette dernière a reçues de la société canadienne lors du roulement, les affaires de la société de personnes peuvent être liquidées et la société de personnes peut être dissoute en vertu du paragraphe 85(3) L.I.R.

En effectuant l'opération de cette façon, il n'existe aucune obligation pour la société de personnes de remettre un droit indivis dans chacun de ses biens aux associés lors de sa dissolution. Cette dernière peut alors remettre les actions de la société canadienne entre les mains des associés au prorata de leur participation dans la société de personnes sans que ceux-ci soient copropriétaires indivis de ces actions.

En résumé, la dissolution de la société de personnes peut être effectuée avec les paragraphes 85(2) et 85(3) L.I.R. au lieu d'utiliser le paragraphe 98(3) L.I.R. et de devoir ainsi vivre les désagréments de l'indivision causés par son application.

Dans un contexte où la société de personnes possède des biens autres que des actions d'une société canadienne imposable, elle paraît moins utile, puisque les biens autres que des actions devront tout de même être gérés collectivement par les associés devenus actionnaires de la société par actions.

3.4. UTILISATION DES PARAGRAPHES 85(2) ET 85(3) L.I.R. POUR UN TRANSFERT À PLUS D'UNE SOCIÉTÉ

À la lecture des conditions d'application du paragraphe 85(2) L.I.R., nous constatons que les biens détenus par la société de personnes peuvent être transférés à plus d'une société. Cette position a d'ailleurs été confirmée par l'ARC il y a quelques années¹⁶⁶. Mais, selon l'ARC, si les biens d'une société de personnes peuvent être transférés à plus d'une société en vertu du paragraphe 85(2) L.I.R., cette société de personnes ne peut pas être dissoute en vertu du paragraphe 85(3) L.I.R. étant donné la condition suivante posée par l'alinéa 85(3)c) L.I.R. : « c) la société de personne avait pour seuls biens,

¹⁶⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2001-0071495 « Partnership one corporation rollover », 29 mai 2002. L'auteur McQuillan pense que ceci ouvrirait la porte à une réorganisation papillon pour les sociétés de personnes : P. E. McQUILLAN, précité, note 118.

immédiatement avant la liquidation, l'argent ou les biens reçus de la société en contrepartie de la disposition, [...] »

Dans la mesure où l'ARC accepte que le paragraphe 85(2) L.I.R. puisse être appliqué pour réaliser deux dispositions par la même société de personnes, l'alinéa 85(3)c) L.I.R. peut, à notre avis, être interprété de sorte que, pour chaque disposition réalisée en vertu du paragraphe 85(2) L.I.R., seuls des biens de la société cessionnaire ont été reçus.

Ainsi, l'actif de la société de personnes peut être transféré par roulement fiscal en vertu du paragraphe 85(2) L.I.R. à deux sociétés par actions distinctes, la société de personnes peut être liquidée en vertu du paragraphe 85(3) L.I.R. et cette dernière peut attribuer les actions de la première société à l'un des associés et les actions de la deuxième société à l'autre associé.

Il serait intéressant de soumettre une telle planification à l'ARC par voie de demande de décision anticipée afin de déterminer une fois pour toutes si une réorganisation de type « papillon » peut être réalisée par une société de personnes, en faisant valoir que l'alinéa 85(3)c) L.I.R. ne vise pas une seule disposition, mais qu'il vise plutôt à s'assurer que les seuls biens reçus en contrepartie de la disposition effectuée en vertu du paragraphe 85(2) L.I.R. soient des biens de la société cessionnaire. Ainsi, si deux dispositions étaient effectuées en vertu du paragraphe 85(2) L.I.R., l'alinéa 85(3)c) L.I.R. ferait en sorte de s'assurer que, pour chaque disposition, la société n'a pas reçu d'autres biens que les biens de la société cessionnaire.

4. DISSOLUTION D'UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES AVEC LE PARAGRAPHE 98(5) L.I.R. – CONTINUITÉ DES ACTIVITÉS DE LA SOCIÉTÉ DE PERSONNES PAR UN SEUL ASSOCIÉ

4.1. CONDITIONS D'APPLICATION DU PARAGRAPHE 98(5) L.I.R.

La *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit un roulement fiscal qui ne nécessite pas la production d'un choix¹⁶⁷ lorsqu'un des anciens associés de la société de personnes dissoute désire poursuivre seul l'exploitation de

¹⁶⁷ « Commentaires – Guide de l'impôt fédéral », dans *CCH* (en ligne), SOCIÉTÉ – SOCIÉTÉ DE PERSONNES – FIDUCIES, Sociétés de personnes : liquidation et cessation, [¶5 215] Roulement d'une société de personnes à une entreprise à propriétaire unique.

l'entreprise de la société de personnes. Les conditions suivantes doivent être remplies¹⁶⁸ :

- la société de personnes canadienne¹⁶⁹ a cessé d'exister;
- dans les trois mois suivant la dissolution de la société de personnes, une seule personne qui, immédiatement avant que la société ne cesse d'exister, était un associé de cette société de personnes, qu'il s'agisse d'un particulier, d'une fiducie ou d'une société¹⁷⁰, poursuit à titre de propriétaire unique l'exploitation de l'entreprise de la société de personnes (« propriétaire unique »);
- le propriétaire unique utilise dans l'exploitation de son entreprise des biens qu'il a reçus au titre de la disposition de sa participation dans la société de personnes.

Le paragraphe 98(5) L.I.R. s'appliquera uniquement si l'ancien associé est seul à poursuivre l'exploitation de l'entreprise de la société de personnes¹⁷¹.

Les autorités fiscales semblent reconnaître que l'expression « exploiter une entreprise » puisse comprendre la production d'un revenu de biens. En effet, l'ARC a reconnu que l'exploitation d'un immeuble locatif constitue une entreprise aux fins du paragraphe 98(5) L.I.R. en prenant soin d'indiquer que cette position ne modifie pas la nature du revenu pour la personne qui le reçoit¹⁷². Des auteurs¹⁷³ soulèvent cependant que cette position de l'ARC ne concorde pas avec celle prise dans une interprétation technique de 2003¹⁷⁴ où

¹⁶⁸ Par. 98(5) L.I.R.

¹⁶⁹ En vertu du paragraphe 102(1) L.I.R.

¹⁷⁰ Il ne peut toutefois pas s'agir d'une autre société de personnes. Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2000-0060725, « Partnership rollover », 26 janvier 2001 et E. J. JOHNSON et G.C. LILLE, précité, note 6, p. 383.

¹⁷¹ E. J. JOHNSON et G.C. LILLE, précité, note 6, p. 386.

¹⁷² « Table ronde sur la fiscalité fédérale », précité, note 113.

¹⁷³ E. J. JOHNSON et G.C. LILLE, précité, note 6, p. 384.

¹⁷⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2003-0046105, « Partnership taxation », 26 novembre 2003 et E. J. JOHNSON et G.C. LILLE, précité, note 6, p. 292.

elle indique ne pas vouloir se prononcer sur la nature du revenu dans le cas d'un commerce de valeurs mobilières.

4.2. CONSÉQUENCES FISCALES RELIÉES AU PARAGRAPHE 98(5) L.I.R.

L'objectif visé par le paragraphe 98(5) L.I.R. est de permettre au propriétaire unique de différer l'imposition qui résulte de la dissolution de la société de personnes puisque l'actif de la société de personnes dont elle dispose est ensuite acquis par le propriétaire unique à son coût en capital¹⁷⁵. Un gain en capital peut toutefois résulter de l'opération dans l'éventualité où le coût fiscal des biens ainsi attribués au propriétaire unique excéderait le PBR de la participation du propriétaire unique ainsi que le PBR de toutes les participations que le propriétaire unique est réputé acquérir des anciens associés¹⁷⁶.

4.2.1. Pour la société de personnes

La société de personnes est réputée avoir disposé de tous ses biens pour un produit de disposition égal au coût indiqué des biens pour celle-ci¹⁷⁷.

Les commentaires concernant les droits de mutation présentés plus haut s'appliquent ici. Ainsi, il faudra, au moment d'attribuer les biens de la société de personnes au propriétaire unique, vérifier si le transfert pourra être exempté de droits de mutation. Il sera important de vérifier cet aspect avant d'entreprendre toute démarche de dissolution de la société de personnes, puisque dans certains cas cela pourrait s'avérer très coûteux.

4.2.2. Pour le propriétaire unique

4.2.2.1. Disposition de sa participation dans la société de personnes

Le propriétaire unique est réputé avoir disposé de sa participation pour un produit de disposition égal au plus élevé des deux montants suivants¹⁷⁸ :

¹⁷⁵ E. J. JOHNSON et G.C. LILLE, précité, note 6, p. 382.

¹⁷⁶ *Id.*

¹⁷⁷ Al. 98(5)f) L.I.R.

¹⁷⁸ Al. 98(5)a) L.I.R.

- le total du PBR de sa participation dans la société de personnes et du PBR de toutes les autres participations dans la société de personnes qu'il est réputé avoir acquises¹⁷⁹;
- le total du coût indiqué de tous les biens qu'il a reçus de la société de personnes et du montant de tout autre produit qu'il a reçu de la disposition de sa participation dans la société de personnes.

L'expression « tout autre produit » peut aussi désigner l'argent reçu ou les biens reçus de la société de personnes et qui n'étaient pas utilisés dans l'exploitation de l'entreprise de celle-ci¹⁸⁰.

Un gain en capital peut être réalisé par le propriétaire unique, mais ce gain en capital peut être diminué si ce dernier supporte les dettes de la société de personnes à la dissolution¹⁸¹. Il est important de noter ici qu'une perte en capital ne peut être demandée en déduction par le propriétaire unique, faute de disposition législative qui le permette, mais il existe certains allègements comme nous le verrons¹⁸².

4.2.2.2. Coût des biens reçus par le propriétaire unique

Le coût de chaque bien reçu par le propriétaire unique sera réputé égal au total des montants suivants :

- le coût indiqué du bien attribué à cet associé;
- **s'il s'agit d'une immobilisation admissible**, les quatre tiers du MCIA du bien attribué à cet associé;
- la somme déterminée ci-après¹⁸³ seulement s'il s'agit d'un bien non amortissable et si le PBR de la participation de cet associé dépasse le total de l'argent reçu et du pourcentage du coût indiqué des biens qui lui ont été attribués.

¹⁷⁹ En vertu de l'alinéa 98(5)g) L.I.R.

¹⁸⁰ E. J. JOHNSON et G.C. LILLE, précité, note 6, p. 389.

¹⁸¹ *Id.*, 389.

¹⁸² AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9528235 « Partnership to sole proprietorship », 21 février 1996.

¹⁸³ Al. 98(5)c) L.I.R.

Encore ici, cette « somme déterminée » doit être désignée par la société de personnes et les mêmes limites s'appliqueront avec les adaptations nécessaires. Tout d'abord, la majoration du coût du bien ne pourra jamais excéder sa JVM. Ensuite, la majoration totale des biens ne pourra jamais excéder le PBR de la participation de l'associé sur l'argent reçu et le coût indiqué des biens. Cette majoration équivaldra la plupart du temps à la perte en capital subie par cet associé et la majoration du coût de chacun des biens attribués à l'associé permettra d'éponger la perte en capital subie lors de la disposition de sa participation.

Les réserves réclamées en vertu des alinéas 20(1)m) et 20(1)n) L.I.R. pourront être déduites de même que le paragraphe 20(24) L.I.R. pourra trouver application pour le propriétaire unique¹⁸⁴.

Lorsque le bien attribué au propriétaire unique porte sur un bien amortissable et que le coût en capital du bien pour la société de personnes dépasse le coût pour le propriétaire déterminé selon les règles précédemment mentionnées, les règles suivantes s'appliquent aux fins des articles 13 et 20 et des dispositions réglementaires prises en vertu de l'alinéa 20(1)a) L.I.R.¹⁸⁵ :

- le coût en capital du bien supporté par le propriétaire unique est réputé être le coût en capital supporté par la société de personnes;
- l'excédent ainsi déterminé est réputé équivaloir à la déduction pour amortissement prise sur le bien.

La position de l'ARC selon laquelle l'alinéa 13(7)e) L.I.R. et le paragraphe 14(3) L.I.R. peuvent s'appliquer pour diminuer la majoration possible du coût des biens dans le contexte d'acquisition de biens amortissables ou d'immobilisations admissibles d'une personne avec laquelle l'acheteur a un lien de dépendance est applicable ici¹⁸⁶.

Finalement, il faut prévoir que lorsque le bien attribué par la société de personnes est une immobilisation admissible, il est prévu que les anciens

¹⁸⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2003-0033545 « Partnership dissolution », 20 novembre 2003.

¹⁸⁵ Al. 98(5)e) L.I.R.

¹⁸⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 94.

associés seront réputés poursuivre l'exploitation de la société de personnes jusqu'à ce qu'ils disposent du bien aux fins des calculs reliés à ce bien¹⁸⁷.

L'ARC a récemment rendu une décision anticipée dans laquelle elle confirmait que le paragraphe 13(21.2) L.I.R. n'était pas applicable lorsque la société de personnes était dissoute en vertu du paragraphe 98(5) L.I.R.¹⁸⁸

4.2.3. Pour les autres associés – Disposition de leur participation

Pour leur part, les autres associés sont réputés avoir disposé de leur participation dans la société de personnes pour un produit de disposition égal au prix de disposition réel (JVM normalement) de leur participation.

4.3. COMMENTAIRES SUR L'APPLICATION DU PARAGRAPHE 98(5) L.I.R.

L'utilisation du paragraphe 98(5) L.I.R. peut être envisagée dans la mesure où une société de personnes qui ne comporte que deux associés doit être dissoute parce que l'un d'eux décide de se retirer. Par ailleurs, cette disposition prévoit un traitement fiscal similaire à celui prévu par les paragraphes 85(2) et 85(3) L.I.R. avec la seule différence que le délai pour liquider la société de personnes est de trois mois au lieu de deux mois.

Un auteur¹⁸⁹ suggère d'ailleurs l'utilisation du paragraphe 98(5) L.I.R. au lieu des paragraphes 85(2) et 85(3) L.I.R. dans le contexte où une société de personnes composée de deux particuliers désire poursuivre l'exploitation de l'entreprise de la société de personnes par le biais d'une société par actions. Voici ce qu'il propose.

Tout d'abord, un des associés peut transférer la participation qu'il détient dans la société de personnes à une société par actions par un roulement fiscal en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R. La société de personnes

¹⁸⁷ Al. 98(5)h) L.I.R.

¹⁸⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2009-0347301R3 « Does s.s. 13(21.2) apply on s.s. 98(5) rollover », 23 juin 2010.

¹⁸⁹ Méthode suggérée par Sylvain MOREAU, « Conversion d'une entreprise individuelle ou d'une société en nom collectif en société par actions – Incidences fiscales », dans *Colloque – La pratique professionnelle en société par actions, où en sommes-nous?*, 142, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2004, section 1.3.3.

comprend alors un associé qui est un particulier et un associé qui est une société. Au moment où le deuxième associé transfère sa participation dans la société de personnes à l'associé qui est une société pour une contrepartie en actions, la société de personnes n'ayant alors plus qu'un seul associé est dissoute. Le paragraphe 98(5) L.I.R. peut alors être appliqué et ainsi la société par actions peut poursuivre, à titre de propriétaire unique, l'exploitation de l'entreprise de la société de personnes.

Puisque le paragraphe 98(5) L.I.R. semble plus permissif quant au délai du transfert de l'entreprise de la société de personnes au propriétaire unique (soit 3 mois plutôt que 60 jours dans le cas du paragraphe 85(3) L.I.R.), il peut parfois être préférable d'opter pour une planification de transformation d'une société de personnes en société par actions avec le paragraphe 98(5) L.I.R. plutôt qu'avec les paragraphes 85(2) et 85(3) L.I.R.

5. AUTRE PLANIFICATION DE PARTAGE DE L'ACTIF D'UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES SANS RECOURIR AUX CHOIX DU PARAGRAPHE 98(3) L.I.R.

Comme nous l'avons vu, le paragraphe 98(3) L.I.R. est contraignant. Certaines planifications fiscales ont donc été créées afin de partager l'actif d'une société de personnes en évitant son utilisation.

5.1. PAS DE RÉORGANISATION PAPILLON POSSIBLE

Plusieurs auteurs contestent le fait que les sociétés de personnes ne puissent se prévaloir des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, par exemple l'article 55 L.I.R., afin de diviser leur actif entre les associés et ainsi mettre les sociétés par actions et les sociétés de personnes sur un pied d'égalité¹⁹⁰. Pourquoi permettre la division de l'actif sans conséquences fiscales dans le cas d'une société par actions et ne pas la permettre dans le cas d'une société de personnes?

Puisqu'il ne semble pas possible à une société par actions d'acquérir l'actif d'une société de personnes dans le cadre d'une série d'opérations qui suppose une réorganisation papillon¹⁹¹, même si la réorganisation papillon se

¹⁹⁰ P. E. MCQUILLAN, précité, note 118, 2 et suiv. et E. J. JOHNSON et G.C. LILLE, précité, note 6, p. 244 et suiv.

¹⁹¹ Al. 55(3.1)a) L.I.R. Voir P. E. MCQUILLAN, précité, note 118, 2 et suiv. et Jack BERNSTEIN, « Real Estate Breakups », (2000) *Tax Profile Newletters 1 – January 2000*, 2000, sur CCH (en ligne).

réalise plusieurs années après le transfert de l'actif, il a fallu trouver d'autres façons de réaliser la division de l'actif d'une société de personnes. En effet, voici les commentaires d'un auteur à ce propos :

« It is important to observe that it is not possible for a partnership to obtain access to the corporate butterfly provisions by a simple transfer of the partnership interests or the properties owned by the partnership to a corporation followed shortly thereafter by a butterfly reorganization. A corporation cannot acquire the partnership assets as part a series of transactions involving a butterfly reorganization. Accordingly, if the properties are transferred from the partnership to a corporation "in contemplation" of subsequently completing a butterfly reorganization, the butterfly should not be allowed under section 55 (even if that butterfly takes place a year or two after the transfer of properties to the corporation) if it can be established that the transfer of properties into the corporation was made in contemplation of an ultimate butterfly¹⁹². » (Notre soulignement)

5.2. ATTRIBUTION AU COMMANDITÉ DU REVENU DE DEUX SOCIÉTÉS DE PERSONNES

Voici une idée soumise par un auteur qui vise à partager l'actif d'une société de personnes entre les associés sans conséquences fiscales et sans s'empêtrer dans des opérations fiscales complexes pour sortir les associés de l'indivision¹⁹³. Il suggère une planification qui permettrait d'attribuer les revenus provenant de deux sociétés de personnes entre les mains du seul commandité de chacune d'elles.

Les faits sont les suivants : deux associés, M. A et M. B, détiennent chacun une participation égale à 50 % dans deux sociétés de personnes, la société de personnes A et la société de personnes B. Ces deux sociétés de personnes ne détiennent que des terrains et des bâtiments et la valeur des éléments d'actif est la même pour chacune de ces deux sociétés de personnes. MM. A et B désirent terminer leur relation d'affaires et prendre la moitié des éléments d'actif des deux sociétés de personnes.

Les opérations proposées sont les suivantes : les deux sociétés de personnes sont converties en sociétés en commandite. M. A devient le commandité de la société en commandite A et M. B devient le commandité de la société en commandite B. MM. A et B transfèrent ensuite leurs participations à titre de commandités dans une troisième société de

¹⁹² P. E. MCQUILLAN, précité, note 118, 2 et suiv.

¹⁹³ J. BERNSTEIN, précité, note 191.

personnes, la société de personnes C en échange de participations dans cette dernière. Ce transfert se fera sans conséquence fiscale en vertu du paragraphe 97(2) L.I.R., mais des droits de mutation devront être déboursés. Le contrat de société de la société de personnes C devra prévoir que les revenus générés par la société en commandite A, remis à la société de personnes C, seront attribués à M. A et que les revenus générés par la société en commandite B, eux aussi remis à la société de personnes C, seront attribués à M. B.

Ces opérations ont pour effet de répartir les revenus qui proviennent des deux sociétés de personnes A et B en fonction de chaque associé qui est le commandité de celles-ci. Toutefois, les éléments d'actif demeurent toujours entre les mains des sociétés de personnes.

Nous sommes d'accord avec l'auteur lorsqu'il indique ce qui suit :

« [...] subsection 103(1) of the Act should not apply as the reason for the agreement is not to reduce or postpone the tax that might have been payable under the Act with respect to the income and capital gains earned by each of the partnerships¹⁹⁴. »

En effet, l'entente ne vise qu'à distinguer le revenu ou la perte des sociétés de personnes A ou B en fonction de l'associé commandité de chacune de ces sociétés; elle ne vise pas à réduire ou différer les impôts payables sur les revenus et les gains en capital générés par ces deux sociétés de personnes. Cette opération a pour objectif de séparer la gestion de deux sociétés de personnes¹⁹⁵ et d'attribuer le revenu de chaque société de personnes vers le commandité. Bien que l'ARC ne se soit pas prononcée directement sur une telle planification, celle-ci ressemble beaucoup à une planification qui utiliserait ce que l'on appelle des *tracking shares*¹⁹⁶ à laquelle l'ARC a déjà donné son accord dans le cadre d'une décision

¹⁹⁴ *Id.*

¹⁹⁵ Le contrôle d'une société en commandite réside dans les mains du commandité, art. 2238 C.c.Q.

¹⁹⁶ Le but du présent texte n'étant pas d'exposer les caractéristiques d'actions dites *tracking shares*, nous vous invitons à lire le texte suivant : Jean-François THUOT, « Les *tracking shares* : un outil méconnu et fort utile », dans *Congrès 2010*, Montréal, Association de planification fiscale et financière », 2011, pp. 22:1-44.

anticipée¹⁹⁷. Il serait intéressant de soumettre cette planification à l'ARC pour connaître sa position sur le sujet.

CONCLUSION

Le présent texte avait pour objectif de faire ressortir certaines problématiques pouvant résulter de la dissolution d'une société de personnes et de présenter des idées de planification pouvant être mises en œuvre lors d'une telle dissolution. Le présent texte a abordé les conséquences fiscales qui résultent de la dissolution d'une société de personnes lorsque aucun choix fiscal n'est effectué ainsi que les conséquences fiscales reliées aux divers choix qui s'offrent aux associés afin de différer l'impôt lors de la dissolution d'une société de personnes.

Avant de prendre une décision sur la façon de procéder au partage des éléments d'actif d'une société de personnes, pensons que d'autres solutions sont parfois envisageables en lieu et place de la dissolution de la société de personnes. Par exemple, si le partage de l'actif n'est pas réalisable sans conséquence fiscale, l'utilisation de la technique de répartir le revenu de la société de personnes entre deux divisions de l'entreprise pourra être envisagée.

¹⁹⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9716813, « Tracking shares », 5 janvier 2000.

L'ASSOCIATION DE PLANIFICATION FISCALE ET FINANCIÈRE

NATURE ET MISSION DE L'ORGANISME

L'APFF est un organisme à but non lucratif, indépendant et non gouvernemental, dédié à l'avancement et à la diffusion des connaissances ainsi qu'à l'amélioration des compétences de ses membres en matière de fiscalité. L'APFF réunit des professionnels de disciplines diverses, issus de tous les secteurs d'activités de l'économie.

EFFECTIFS

L'APFF regroupe des professionnels issus de différentes disciplines, principalement des comptables, avocats, conseillers en sécurité financière, notaires et planificateurs financiers. De plus, elle répond aux besoins des économistes, administrateurs agréés, conseillers en placement, banquiers et actuaires, de même qu'à ceux de toute personne intéressée directement ou indirectement au domaine de la planification fiscale et financière.

L'APFF compte près de 2 500 membres.

ACTIVITÉS DE FORMATION

L'APFF organise, dans quatre régions administratives du Québec, des séminaires, colloques, symposiums et d'autres conférences, animés par des conférenciers chevronnés, sur toutes les dimensions de la planification fiscale et financière.

L'APFF donne également, à raison de deux sessions par année, des cours en fiscalité (**Impôt des sociétés** – séries 1 et 2; **Planification fiscale et financière des particuliers** – séries 3 et 4; **TPS et TVQ** – série 5; **Fiscalité internationale** – série 6, incluant volumes et service de mise à jour dans chacun des cas). Ces cours sont également offerts en ligne.

En octobre, l'APFF tient son congrès annuel de trois jours, en alternance entre Montréal, Québec et Gatineau.

PUBLICATIONS

L'APFF publie annuellement de nombreux ouvrages couvrant tous les aspects de la planification fiscale, successorale et financière.

Les membres de l'APFF reçoivent électroniquement, depuis 2010, la *Revue de planification fiscale et financière*, le *Livre du Congrès* ainsi que le magazine *Stratège*. Le résumé des budgets des gouvernements du Québec et du Canada est présenté sur le site Internet de l'APFF le lendemain des budgets.

Un bulletin d'information consacré à l'actualité fiscale, le *Flash fiscal*, maintenant compris avec l'adhésion, est publié environ 20 fois par année, habituellement toutes les deux semaines. Des numéros spéciaux paraissent également le lendemain des budgets fédéral et provincial ainsi qu'à l'occasion du congrès annuel.

Toutes les publications de l'APFF, depuis sa fondation, sont également répertoriées dans un recueil intitulé *Liste des publications*.

Depuis octobre 1998, un service d'information fiscale électronique, la *Collection APFF*, est offert sur CD-ROM ou par Internet. Cette collection présente la documentation émise par l'APFF (depuis 1991, les textes des congrès, des colloques, de la *Revue de planification fiscale et financière* et, depuis 2002, les textes du magazine *Stratège* et des cours en fiscalité des séries 3 et 4). La *Collection APFF* comprend un volet « Planification financière, retraite et succession » et un volet « Impôt et taxes ». Quatre mises à jour sont prévues chaque année. La *Collection APFF* est commercialisée par la société Publications CCH ltée et est vendue par abonnement, en communiquant avec un représentant au numéro sans frais 1 800 363-8304.

ADHÉSION

Toute personne qui désire devenir membre de l'APFF peut le faire en se rendant sur le site Internet de l'APFF (www.apff.org).

MEMBRES CORPORATIFS DE L'APFF

L'APFF accueille, à titre de membres corporatifs, plus de 70 entreprises provenant de différents secteurs d'activités et ordres professionnels.

Toutes les entreprises désirant participer à l'essor de la planification fiscale et financière peuvent le faire en adhérant à l'APFF par une contribution de **1 300 \$** + taxes annuellement, sous forme de cotisation de membre corporatif, à l'APFF.

SIÈGE SOCIAL DE L'APFF

Le siège social de l'APFF est situé au 1100, boul. René-Lévesque Ouest, bureau 660, Montréal, Québec H3B 4N4

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

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

**L'APFF SE VEUT UN PHARE DE PROGRÈS DANS LE DOMAINE
DE LA PLANIFICATION FISCALE ET FINANCIÈRE POUR
L'ENSEMBLE DE LA COMMUNAUTÉ**

**CONSEIL D'ADMINISTRATION
2011-2012**

Président du conseil

Maurice Fréchette, CPA, CGA
Power Corporation du Canada

Vice-président

René Roy, avocat, CPA, CA, associé
Fasken Martineau DuMoulin s.e.n.c.r.l., s.r.l.

Secrétaire

Alain Ménard, avocat, BA, MBA, associé
Cain Lamarre Casgrain Wells s.e.n.c.r.l./Avocats

Trésorier

Stéphane Leblanc, CPA, CA, associé, fiscalité
Ernst & Young s.r.l./s.e.n.c.r.l.

Présidente sortante

Anne-Marie Girard-Plouffe, Adm.A, Pl. Fin., AVA, TEP, FCSI
Conseillère en sécurité financière
Option Fortune, cabinet de services financiers

Membres

Éric Brassard, CPA, CA, Pl. Fin., associé
Brassard Goulet Yargeau, Services financiers intégrés
Andrée Couture, BAA, AVA, Pl. Fin., FLMI
Conseils PPI

Benoît Desjardins, CPA, CA, M. Fisc., associé, fiscalité
Samson Bélair/Deloitte & Touche s.e.n.c.r.l.
Carl Deslongchamps, D. Fisc., associé
KPMG s.r.l./s.e.n.c.r.l.

Éric Labelle, avocat, associé
Raymond Chabot Grant Thornton s.e.n.c.r.l.

Martin Lord, avocat, M. Fisc., J.D., TEP, associé, fiscalité
Robinson Sheppard Shapiro s.e.n.c.r.l. Avocats

Hélène Marquis, avocate, D. Fisc., Pl. Fin., TEP
Gestion privée de patrimoine CIBC

Diane Tsonos, avocate, TEP, associée
RSM Richter Chamberland s.e.n.c.r.l.

Président-directeur général

Maurice Mongrain, avocat
APFF

**MEMBRES CORPORATIFS APFF
2012**

AGENCE DU REVENU DU CANADA

ALMA CONSULTING GROUP CANADA INC.

ASSOCIATION CANADIENNE DES COMPAGNIES D'ASSURANCES
DE PERSONNES INC.

AXA ASSURANCES INC.

BANQUE LAURENTIENNE DU CANADA

BANQUE NATIONALE GESTION PRIVÉE 1859

BDO CANADA S.R.L./S.E.N.C.R.L.

BELL CANADA

BMO BANQUE PRIVÉE HARRIS

BMO SOCIÉTÉ D'ASSURANCE-VIE

BOILY HANDFIELD, CA

BRASSARD GOULET YARGEAU, SERVICES FINANCIERS
INTÉGRÉS

CANADIEN NATIONAL

CARSWELL, UNE SOCIÉTÉ THOMSON REUTERS

CENTRE QUÉBÉCOIS DE FORMATION EN FISCALITÉ – CQFF INC.

CHAMBRE DE LA SÉCURITÉ FINANCIÈRE

CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC

CIRQUE DU SOLEIL

CONSEILS PPI

DE GRANDPRÉ CHAIT S.E.N.C.R.L.

DEMERS BEAULNE S.E.N.C.R.L.

DESJARDINS SÉCURITÉ FINANCIÈRE – MONTRÉAL

DUFOUR CHARBONNEAU BRUNET & ASSOCIÉS INC.
COMPTABLES AGRÉÉS

DYNAVISION/RS & DE

ENGEL CHEVALIER – PROTECTION DU PATRIMOINE

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

FÉDÉRATION DES CAISSES DESJARDINS DU QUÉBEC

FINANCIÈRE MANUVIE

FINANCIÈRE SUN LIFE

FISC-CAP, SERVICES CONSEILS INC.

FORCE FINANCIÈRE EXCEL INC.

FRASER MILNER CASGRAIN S.E.N.C.R.L.

GALLANT & ASSOCIÉS S.E.N.C.R.L.

GAZ MÉTRO

GESTION PLACEMENTS DESJARDINS

GESTION PRIVÉE DE PATRIMOINE CIBC

GROUPE CLOUTIER INC.

GROUPE FINANCIER MULTI COURTAGE INC.

GROUPE GESTION PRIVÉE SCOTIA

HARDY, NORMAND & ASSOCIÉS, S.E.N.C.R.L. CA

INDUSTRIELLE ALLIANCE, ASSURANCE ET SERVICES
FINANCIERS INC.

INSTITUT QUÉBÉCOIS DE PLANIFICATION FINANCIÈRE

INTACT CORPORATION FINANCIÈRE

INVESTISSEMENT QUÉBEC

INVESTISSEMENTS MANUVIE

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

LA CAPITALE ASSURANCES MFQ INC.

LA COMPAGNIE D'ASSURANCE DU CANADA SUR LA VIE

LA COOP FÉDÉRÉE

LAVERY

LE GROUPE CSL INC./CANADA STEAMSHIP LINES INC.

LEMIEUX CANTIN S.E.N.C.R.L.

LEMIEUX NOLET, COMPTABLES AGRÉÉS S.E.N.C.R.L.

OPTION FORTUNE, CABINET DE SERVICES FINANCIERS

ORDRE DES CPA DU QUÉBEC

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

PETRIE RAYMOND, CA S.E.N.C.R.L.

POWER CORPORATION DU CANADA

PREMTEC – GÉNIE-CONSEIL EN CRÉDITS D'IMPÔT DE R & D

PUBLICATIONS CCH LTÉE

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

RICHARDSON GMP LTÉE

RIO TINTO CANADA

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

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

SERVICES DE GESTION DE PATRIMOINE RBC/DOMINION
VALEURS MOBILIÈRES

T.E. MIRADOR

UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL – DIVISION DES DONS MAJEURS ET
PLANIFIÉS

VILLENEUVE VENNE S.E.N.C.R.L. SOCIÉTÉS DE CA ET
D'AVOCATS