CONGRÈS 2006

apff

association
de planification
fiscale et financière

congrès 2006

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

Cette publication doit être citée : *Congrès 2006*

Avertissement au lecteur

Ces conférences ont été prononcées en octobre 2006, lors du 31e congrès annuel de l'APFF.

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

© 2007, Association de planification fiscale et financière
Tous droits réservés. La reproduction ou transmission, sous quelque forme ou par quelque moyen (électronique ou mécanique, y compris la photocopie, l'enregistrement ou l'introduction dans tout système informatique de recherche documentaire) actuellement connu ou non encore inventé, de toute partie de la présente publication, faite sans le consentement écrit de l'éditeur est interdite sauf dans le cas où quelqu'un désire citer de courts extraits. Dans ce dernier cas, mention doit absolument être faite et de l'auteur et du livre *Congrès 2006* comme source de référence.

ISBN 2-920098-04

Dépôt légal, 3e trimestre 2007
Bibliothèque nationale du Québec
Bibliothèque nationale du Canada

Table des matières générale

page

Message du président-directeur général V

Comité du Congrès 2006 VII

Équipe de l'APFF 2006 VIII

Conseil d'administration de l'APFF 2006-2007 IX

Membres corporatifs et leurs délégués principaux 2006 X

Commanditaires 2006 XIX

Table des auteurs XXI

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

Index par sujets XXXVII

Index par articles de lois et de règlements XLIX

Table de la jurisprudence LXXXIII

MESSAGE DU PRÉSIDENT-DIRECTEUR GÉNÉRAL

Daniel Bourgeois
Avocat, BAA, M. Fisc.
Président-directeur général

Le Congrès 2006, tenu à Montréal sous la présidence de M. Gaétan Bisson, CA, M. Fisc. de la société Samson Bélair/Deloitte & Touche s.e.n.c.r.l., habilement secondé par son comité organisateur, a encore une fois été un événement couronné de succès. Les commentaires élogieux reçus de nos congressistes démontrent à quel point notre association est dynamique et répond aux attentes de nos membres.

Le Congrès 2006 a été l'occasion pour nos membres d'assister à la présentation spéciale de la mission de l'APFF en Chine en septembre 2006 ainsi que d'entendre deux experts nous entretenir d'un sujet toujours d'actualité : « La défiscalisation des entreprises : mythe ou réalité ».

Je remercie tous nos conférenciers et commanditaires pour la générosité dont ils ont fait preuve. Je veux remercier également le comité organisateur pour leur excellente contribution au succès de ce congrès et souligner l'excellent travail de la permanence de l'APFF ainsi que de l'équipe de l'édition pour les textes du congrès.

Je vous souhaite bonne lecture et profite de l'occasion pour vous inviter au Hilton Bonaventure de Montréal les 3, 4 et 5 octobre prochain pour le 32e congrès annuel de l'APFF.

Daniel Bourgeois
Président-directeur général

Comité du Congrès 2006

PRÉSIDENT

Gaétan BISSON, CA, M. Fisc. – Samson Bélair/
Deloitte & Touche, s.e.n.c.r.l.

MEMBRES DU COMITÉ

René ALBERT, CA – PricewaterhouseCoopers s.r.l./s.e.n.c.r.l.
François AUGER, avocat, CA – Osler, Hoskin & Harcourt s.e.n.c.r.l./s.r.l.
Joël CARRIER, avocat, M. Fisc. – Samson Bélair/Deloitte & Touche s.e.n.c.r.l.
Gilles CHEVALIER, Pl. Fin. – Engel Chevalier - Protection du patrimoine
Carl DESLONGCHAMPS, D. Fisc. – KPMG s.r.l./s.e.n.c.r.l.
Benoît DUPUIS, notaire, M. Fisc. – Ernst & Young s.r.l./s.e.n.c.r.l.
Richard GAGNÉ, CA, M. Fisc. – Raymond Chabot Grant Thornton s.e.n.c.r.l.
Renée GALLANT, CA, M. Fisc. – Gallant & Associés CA s.e.n.c.r.l.
Anne-Marie GIRARD-PLOUFFE, Adm.A., Pl. Fin., AVA, GPC, FICVM Option Fortune inc.
Serge GRENIER, CA, DESS fisc. – Gallant & Associés CA s.e.n.c.r.l.
Jean GROLEAU, avocat – Fraser Milner Casgrain s.e.n.c.r.l.
Hugues LACHANCE, CA – KPMG s.r.l./s.e.n.c.r.l.
Geneviève LAFITTE – Samson Bélair/Deloitte & Touche s.e.n.c.r.l.
Marcel LEMAY, FCA – Hardy Normand & associés s.e.n.c. CA
Martin LORD, avocat, M. Fisc. – Robinson Sheppard Shapiro s.e.n.c.r.l. Avocats
Hélène MARQUIS, avocate, D. Fisc., Pl. Fin, TEP – Financière Sun Life
Christian MEIGHEN, avocat, LL.M. fisc. – Stikeman Elliott s.e.n.c.r.l., s.r.l. Avocats
Danièle MILETTE, M. Fisc. – Verrier Paquin Hébert comptables agréés
Julie MONETTE, avocate, M. Fisc. – Ernst & Young s.r.l./s.e.n.c.r.l.
Jean-François PELLAND, avocat, DESS fisc. – McMillan Binch Mendelsohn s.e.n.c.r.l., s.r.l.
Normand ROYAL, avocat, M. Fisc. – Miller Thomson Pouliot s.e.n.c.r.l.
Paul RYAN, avocat – Ravinsky Ryan s.e.n.c. avocats
Pierre SÉGUIN, avocat – Ministère de la Justice du Québec

MEMBRES D'OFFICE

Daniel BOURGEOIS, avocat, BAA, M. Fisc. – APFF
Micheline DEL VECCHIO, avocate, LL. M., DESS fisc. – APFF

Équipe de l'APFF – 2006

Gilles BERNIER – Directeur des relations internationales
Daniel BOURGEOIS, avocat, BAA, M. Fisc. – Président-directeur général
Micheline DEL VECCHIO, avocate, LL. M., DESS fisc. –
Directrice des services professionnels
Jean FORTIN – Directeur des services aux membres
Diane GAGNON, avocate – Directrice de l'édition
Susie LÉVEILLÉ, B.A., CRIA – Directrice du développement des affaires
Nicole PARENT – Directrice, comptabilité et finances
Ginette PERRON – Adjointe administrative

Véronique AUBIN
Mirela BARBU
Réjane BÉRANECK
Diane CARON
Serge LAHAIE
Diane MARTIN
Ginette PRÉNOVOST
Marie-Andrée THÉORÊT

Ont participé à la préparation des textes pour la publication du livre *Congrès 2006*

Véronique AUBIN
Réjane BÉRANECK
Geneviève CÔTÉ
Micheline DEL VECCHIO
Diane GAGNON
Diane MARTIN
Ginette PERRON
Marie-Andrée THÉORÊT

Conseil d'administration de l'APFF – 2006-2007

M^me^ Danièle MILETTE, M. Fisc.
Présidente du conseil d'administration
Verrier Paquin Hébert comptables agréés

M. Daniel GOSSELIN, CGA, M. Fisc.
Président sortant du conseil d'administration
Raymond Chabot Grant Thornton s.e.n.c.r.l.

M^e^ Daniel BOURGEOIS, avocat, BAA, M. Fisc.
Président-directeur général – APFF

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

M^e^ Claude DESAULNIERS, avocat
McCarthy Tétrault s.e.n.c.r.l., s.r.l.

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

M. Guy DUHAIME, AVC, Pl. Fin.
Groupe Financier Multi Courtage inc.

M. Maurice FRÉCHETTE, CGA
Power Corporation du Canada

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

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

M^e^ Jean GROLEAU, avocat
Vice-président du conseil d'administration
Fraser Milner Casgrain s.r.l.

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

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

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

Membres corporatifs et leurs délégués principaux – 2006

ABITIBI CONSOLIDATED INC.
M. Francesco Alessi, CA
Directeur du service de la fiscalité

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

AIG VIE DU CANADA
M. Daniel C. Duchesne, BAA, AVA, Pl. Fin.
Représentant senior, Marketing

ASSOCIATION CANADIENNE DES COMPAGNIES D'ASSURANCES DE PERSONNES INC.
M. Yves Millette
Vice-président principal aux affaires québécoises

AVALON ACTUAIRES INC.
M. Daniel Lafrenière, ASA
Vice-président

AXA SERVICES FINANCIERS
M^e^ Carole Gailloux, avocate, DESS fisc., Pl. Fin.
Vice-présidente, planification inter-générations

BANQUE LAURENTIENNE DU CANADA
M^me^ Chantal Lauzon, CA
Vice-présidente, Fiscalité

BARREAU DU QUÉBEC
M^e^ Jacques Houle, avocat
Directeur général

BDO DUNWOODY, S.R.L./LLP
M. Sylvain Guindon, CA, Pl. Fin.
Associé

BELL CANADA
M. Pierre Bertrand, CMA
Directeur, Fiscalité corporative

BESSNER GALLAY KRIESMAN
M. Pierre Kirouac, CA, Pl. Fin.
Associé délégué en fiscalité

BMO BANQUE PRIVÉE HARRIS
M^me^ Renée-Claude Boileau, LL. B., MBA
Directeur adjoint, Services fiduciaires

BOILY HANDFIELD, CA
M. Fernand Boily, CA
Associé

BOURSE DE MONTRÉAL
M^me^ Anne Durand
Directeur, Développement des affaires - Clientèle institutionnelle

CANADIEN NATIONAL
M^e^ Sean Finn, avocat
Premier vice-président, chef de la direction des affaires juridiques et secrétaire général

CARSWELL-THOMSON
M^e^ Marie-Noëlle Guay, avocate
Directrice des publications

CENTRE FINANCIER
ASSEP INC.
M. Martin Beaulé
Président

CENTRE FINANCIER SFL MAISONNEUVE
M^me^ Claudie Caron, M. Fisc., Pl. Fin.
Directrice en fiscalité

CHAMBRE DE LA SÉCURITÉ FINANCIÈRE
M^e^ Micheline Rioux, avocate, AVA, Pl. Fin.
Syndic

CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC
Me Denis Marsolais, notaire
Président

CIRQUE DU SOLEIL
Mme Annick Millette, CA
Chef, Service de fiscalité corporative et taxes indirectes

COMPAGNIE D'ASSURANCE DU CANADA SUR LA VIE
M. Phil Marsillo, AVA, Pl. Fin.
Vice-président principal, Distribution individuelle

CONSULTAXE LTÉE
M. Étienne F. Carrier
Directeur général

COOPÉRATIVE FÉDÉRÉE DE QUÉBEC
M. Yves Jasmin, CA, LL.M. fisc.
Directeur de la fiscalité

DE GRANDPRÉ CHAIT S.E.N.C.R.L.
Me Claude Désy, M. Fisc., FCA, avocat
Associé

DESJARDINS SÉCURITÉ FINANCIÈRE – Québec
MmeFrance Brassard, CA
Directrice, Fiscalité

DESJARDINS SÉCURITÉ FINANCIÈRE – Montréal
M. Jean Guy Grenier, BAA, CMC, Pl. Fin.
Conseiller principal en développement des affaires

ENGEL, CHEVALIER – PROTECTION DU PATRIMOINE
M. Gilles Chevalier, Pl. Fin.

ERNST & YOUNG S.R.L./S.E.N.C.R.L.
Mme Danielle Laramée, CA
Associée
Directeur de la fiscalité pour l'Est du Canada

FÉDÉRATION DES CAISSES DESJARDINS DU QUÉBEC
M. Roger Champagne, CGA
Vice-président Fiscalité, MCD

FIDUCIE DESJARDINS, GESTION PRIVÉE
M. Jean Brunelle, Adm.A.
Vice-président, Ventes Centres de gestion privée

FIERA YMG CAPITAL
M. André Sirard, M. Sc., CFA
Vice-président, Gestion privée

FINANCIÈRE BANQUE NATIONALE
M. Alain Legris, CA
Vice-président exécutif et chef de la direction financière

FINANCIÈRE MANUVIE
M^me^ Diane Hamel, CGA
Directrice planification fiscale et successorale

FINANCIÈRE SUN LIFE
SUN LIFE DU CANADA, COMPAGNIE D'ASSURANCE-VIE
M^e^ Hélène Marquis, avocate, D. Fisc., Pl. Fin., TEP
Conseillère principale en planification
Solutions en assurance personnes aisées

FISC CAP SERVICES CONSEILS INC.
M. André Cyr, B. comm.
Président

FONDATION DU GRAND MONTRÉAL
M^e^ Gaston E. Bouchard, avocat
Directeur, Planification des dons

FORCE FINANCIÈRE EXCEL
M. James McMahon, Pl. Fin.
Président-directeur général

GALLANT & ASSOCIÉS CA S.E.N.C.R.L.
M^me^ Renée Gallant, CA, M. Fisc.
Associée

GAZ MÉTRO
M^me^ Carole Paré, CA
Chef de service, Gestion fiscale

GDTS S.E.N.C.R.L.
M. Luc Dupuis, CA, M. Fisc.
Associé

GESTION D'ACTIFS ASSANTE LTÉE
M. Armand Kessous, TEP
Directeur général

GESTION DE PATRIMOINE DUNDEE
M. Jean Rochon
Directeur, Placements

GESTION PRIVÉE DE PATRIMOINE CIBC INC.
M. Yves Leroux
Conseiller en patrimoine successions et fiducies

GL & V CANADA INC.
M. Marc Barbeau, CA, M. Fisc.
Vice-président, Trésorerie et Fiscalité

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

GROUPE CLOUTIER INC.
M. Gilles Cloutier
Président

GROUPE FINANCIER MULTI COURTAGE INC.
M. Guy Duhaime, AVC, Pl. Fin.
Président et chef de la direction

GROUPE GESTION PRIVÉE SCOTIA
M. Jean-Paul Choucha
Chef et directeur général

GROUPE HLP
M. Yves Hamelin
Président

HARDY NORMAND & ASSOCIÉS S.E.N.C., CA
M. Marcel Lemay, FCA
Directeur du service de la fiscalité

INDUSTRIELLE ALLIANCE, ASSURANCE ET SERVICES FINANCIERS
M. Normand Gervais, M. Fisc.
Directeur principal, Contrôle et fiscalité

INDUSTRIELLE ALLIANCE, VALEURS MOBILIÈRES INC.
M. Daniel Plante
Vice-président, Dirigeant responsable

ING CANADA
M. Yves Poulin, CMA
Vice-président, Fiscalité

INOTECH, EXPERTS-CONSEILS INC.
M. Alain Proulx, ing.
Président – Conseiller principal

INSTITUT QUÉBÉCOIS DE PLANIFICATION FINANCIÈRE
M. André Buteau, AVA, Pl. Fin.
Président

INVESTISSEMENT MANUVIE
M^e^ Robert Laniel, notaire, Pl. Fin., DESS comm., DESS fisc.
Conseiller principal

INVESTISSEMENT QUÉBEC
M. Denis Valois, économiste
Directeur des mesures fiscales

JARRY BAZINET AVOCATS & CONSEILLERS D'AFFAIRES INC.
M^e^ Patrick Bazinet, avocat, LL.M. fisc.
Associé

LA CAPITALE ASSURANCES MFQ INC.
M^me^ Guylaine Ouellet, CA
Gestion financière

LA SURVIVANCE, COMPAGNIE MUTUELLE D'ASSURANCE-VIE
M. Stéphane Rochon, B. comm., AVA, Adm.A., RHU
Vice-président, Ventes et marketing Assurance individuelle

LE GROUPE CSL INC.
CANADA STEAMSHIP LINES INC.
M[me] Sophie Brûlotte, CA
Directeur, Fiscalité et planification financière

LE GROUPE OPTION RETRAITE INC.
M. Richard Dorval, B. Sc.
Président du Conseil et Chef de la direction

McCARTHY TETRAULT S.R.L./S.E.N.C.R.L.
M[e]Claude Desaulniers, avocat
Associé

McLEAN BUDDEN LTÉE
M. Bill Healy, CFA
Vice-président et gestionnaire de portefeuilles

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

OPTION FORTUNE INC.
M[me] Anne-Marie Girard-Plouffe, Adm.A., Pl. Fin., AVA, GPC, FICVM
Conseillère en sécurité financière

ORDRE DES COMPTABLES EN MANAGEMENT ACCRÉDITÉS DU QUÉBEC
M. François Renauld, CMA
Président-directeur général

ORDRE DES COMPTABLES GÉNÉRAUX LICENCIÉS DU QUÉBEC
M[me] Danielle Blanchard, CGA
Présidente-directrice générale

OSLER, HOSKIN & HARCOURT S.E.N.C.R.L./S.R.L.
M[e] François Auger, avocat, CA

PÉTRIE RAYMOND, CA
M. Claude Bergel, CA, M. Fisc.

POWER CORPORATION DU CANADA
M. Maurice Fréchette, CGA
Directeur de la fiscalité

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

PREMTEC – Firme d'ingénierie
Crédits d'impôt en RS & DE
M. Jean-François Clément, ing.
Président

PUBLICATIONS CCH LTÉE
M. Michel Masse
Vice-président

RAYMOND CHABOT GRANT THORNTON S.E.N.C.R.L.
M. Jean Gauthier, CA, M. Fisc.
Associé

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

ROY MÉTIVIER ROBERGE SYNDICS
M. José Roberge, syndic, BA, CIRP

RSM RICHTER S.E.N.C.R.L.
M^{me} Diane Tsonos, BA, LL. B.

SERVICES FINANCIERS PODIUM INC.
M. Bernard Y. Côté
Président

SERVICES FINANCIERS VALEURS MOBILIÈRES DESJARDINS INC.
M. Claude Chalifoux, AVA, Pl. Fin.
Vice-président, Planification financière et successorale
et protection du patrimoine

SSQ GROUPE FINANCIER
M. Michel Pelletier, FSA, FICA
Directeur principal, Actuariat et marketing

T.E. MIRADOR
M^me^ Diane Henry, CA, M.Sc., Pl. Fin.
Vice-présidente et directrice générale régionale

TRANSAMÉRICAVIE CANADA
M. Serge Lessard, avocat, Pl. Fin., FLMI
Spécialiste, planification fiscale et successorale

TRANSCONTINENTAL INC.
M^me^ France-Élaine Duranceau, CA, LL.M. fisc.
Conseillère principale, Fiscalité

TRUST BANQUE NATIONALE
M^e^ Éric Laflamme, avocat
Président et chef de la direction

TRUST LOMBARD ODIER DARIER HENTSCH INC.
M. Michel Di Grégorio
Président

UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL
DIVISION DES DONS MAJEURS ET PLANIFIÉS
M^me^ Chantal Thomas, MBA
Directrice

Nous tenons à remercier sincèrement tous nos commanditaires qui ont contribué par leur participation financière à la réussite de ce 31e congrès annuel.

Commanditaires – 2006

Commanditaire principal	**CCH, une société Wolters Kluwer**
Banquet du Président	**Banque Nationale du Canada** **Power Corporation du Canada**
Porte-documents des congressistes	**Financière Sun Life**
Livre du Congrès Couverture 4 / 2 tomes	**Raymond Chabot Grant Thornton s.e.n.c.r.l.**
Impression des textes des conférences	**Fiera YMG Capital**
Panneaux indicatifs des conférences	**Heenan Blaikie s.r.l.**
Location des salles de conférences et de l'équipement audiovisuel	**Fédération des caisses Desjardins du Québec**
Résumés d'horaire des conférences	**Verrier Paquin Hébert comptables agréés**
Cartables remis aux congressistes	**Osler, Hoskin & Harcourt s.e.n.c.r.l./s.r.l.**
Salle Internet	**Financière Manuvie**
Salon des conférenciers	**Autorité des marchés financiers**
Cocktail du Président	**Samson Bélair/Deloitte & Touche s.e.n.c.r.l.**
Fourniture de photocopieurs	**Les Gens de Documents Xerox**
Cordons pour porte-étiquettes de convention	**Revenu Québec**
Pochettes contenant la documentation remise aux congressistes	**Ordre des CGA du Québec**
Cocktail « La rencontre »	**PricewaterhouseCoopers s.r.l.**

Déjeuners des congressistes	**KPMG s.r.l./s.e.n.c.r.l.** **Ernst & Young s.r.l./s.e.n.c.r.l.** **McMillan Binch Mendelsohn**
Liste des participants	**Imprimerie Production**
Pauses santé	**Engel, Chevalier – Protection du patrimoine** **ZSA Recrutement Juridique**

Kiosques

Agence du revenu du Canada
CCH, une société Wolters Kluwer
Groupe HLP
Logiciel Dr Tax
Mercerie Jules Demers
Multi-Prêts Plans bourses d'études
Revenu Québec
Thomson – Carswell
Union Films productions
Université de Sherbrooke

Tables réservées au banquet

CCH, une société Wolters Kluwer
Desjardins Ducharme s.e.n.c.r.l., Avocats
HEC
Ordre des CGA du Québec
Trust Banque Nationale
Université de Sherbrooke

Insertions publicitaires

CCH, une société Wolters Kluwer
Fonds de solidarité FTQ
Les Gens de Documents Xerox
Premtec – Firme d'ingénierie Crédits d'impôt en RS & DE
Thomson – Carswell

Table des auteurs

ALBERT, René
La gouvernance d'entreprise et la gestion des risques fiscaux 32:1-30

ALTRO, David A.
Utilisation de fiducies révocables entre vifs pour la détention d'immeubles aux États-Unis : problèmes transfrontaliers et solutions 13:1-14

BARABY, Pierre
Table ronde sur la fiscalité fédérale 53:1-72

BARETTE, François
Taxes foncières : contestation du rôle d'évaluation et avis d'évaluation 42:1-16

BARSALO, Bernard
Panel sur les vérifications et appels en matière de prix de transfert 44:1-30

BÉLANGER, Lucie
Palmarès des sujets chauds en RS & DE 33:51-74

BENNETT, Josée
Obligations fiscales pour services à l'étranger et services de l'étranger 11:1-28

BERGERON, Paul Jr
Table ronde sur la fiscalité provinciale 52:1-76

BERTRAND, Paul
Palmarès des sujets chauds en RS & DE 33:7-25

BILODEAU, Serge
Développements récents en fiscalité internationale : tirez avantage des différentes juridictions 15:1-26

BISSON, Maurice
Table ronde sur la fiscalité fédérale 53:1-72

BOILY, Martin Daniel
Étude de cas 1 – Stratégies de planification successorale et post mortem 54:1-130

BOUCHARD, Mathieu
La rectification de contrats en droit québécois : mythes, réalités et applications pratiques 38:1-22

BOUCHER, Jade
Jurisprudence récente 23:49-59

BRETON, Nelson
Table ronde sur la fiscalité provinciale 52:1-76

CARRIER, Joël
Les enjeux en matière de rémunération des cadres 48:1-36

CAVANAGH, Agathe
Jurisprudence administrative récente 47:5-35

CHEVALIER, Gilles
Équité et transmission d'entreprise, le dilemme de l'équilibre du patrimoine : comment éviter que certains enfants soient plus égaux que d'autres 37:1-38

CLÉMENT, Louis
Étapes préliminaires à l'acquisition d'une entreprise 1:1-44

COALLIER, Yves
Expat/Impat : incitatifs fiscaux 10:1-38

CÔTÉ, Louis-Frédérick
Les dispositions antiévitement spécifiques 29:24-38

COUPAL, Geneviève
Successions et fiducies
Si j'avais su… Pièges et attrapes en planification successorale, liquidations de succession et fiducies testamentaires 26:1-32

DAVIDSON, Céline
Table ronde sur la fiscalité provinciale 52:1-76

DE LUCA, Albert G.
Palmarès des sujets chauds en RS & DE 33:26-50

DEMERS, Gil
Étude de cas 1 – Stratégies de planification successorale et post mortem 54:1-130

DESLONGCHAMPS, Carl
Palmarès des sujets chauds en RS & DE 33:1-92

DESROSIERS, Marc
Développements récents en fiscalité internationale : tirez avantage des différentes juridictions 15:1-26

DOYON, Julie
Techniques de dons planifiés 36:1-70

DRAPEAU, Claude
Étude de cas 1 – Stratégies de planification successorale et post mortem 54:1-130

DROUIN, Jean-François
Table ronde sur la fiscalité provinciale 52:1-76

DUHAIME, Guy
La rente assurée corporative avec prêt adossé 24:1-26

DUPRAS, Anne-Marie
*Achat d'une société par ses cadres (*Management Buy-Out*)* 2:1-70

FISETTE-CAZA, Nathalie
Planification de la retraite du propriétaire d'entreprise 6:1-46

FLEURY, Pierre
Étude de cas 2 – Protection du patrimoine : fiducies et autres stratégies 55:1-186

FORTIER, Liliane
Revue des éléments à considérer lors de la vente d'une entreprise 3:1-34

FORTIN, Pierre
La défiscalisation des entreprises au Québec : mythe ou réalité 18:1-24

FOURNIER, Alain
Interprétations techniques 30:11-34

FRÉCHETTE, Didier
Fiscalité de la propriété intellectuelle 21:1-58

GAGNÉ, Richard
Acquisition de contrôle 7:1-28

GAGNON, Isabelle
Les dispositions antiévitement spécifiques 29:3-23

GAGNON, Jocelyne
Table ronde sur la fiscalité des stratégies financières et des instruments financiers 51:1-26

GAUTHIER, Paule
Le tour du monde du placement en 45 minutes 35:25-46
Table ronde sur la fiscalité des stratégies financières et des instruments financiers 51:1-26

GIRARD-PLOUFFE, Anne-Marie
Le tour du monde du placement en 45 minutes 35:5-24

GIROUARD, Natasha
Étude de cas 2 – Protection du patrimoine : fiducies et autres stratégies 55:1-186

GODBOUT, Luc
La défiscalisation des entreprises au Québec : mythe ou réalité 18:1-24

GODIN, Alain
Table ronde sur la fiscalité fédérale 53:1-72

GOSSELIN, Daniel
Table ronde sur la fiscalité provinciale 52:1-76

GOULET, Guy
Table ronde sur la fiscalité des stratégies financières et des instruments financiers 51:1-26

GOYETTE, Nathalie
Jurisprudence récente 23:26-48

GUÉRARD, Daniel
Particularités fiscales lors de la présence d'un non-résident comme actionnaire d'une société..... (texte non disponible)

GUESTIER, Martin
*Achat d'une société par ses cadres (*Management Buy-Out*)* 2:1-70

HAMEL, Diane
Techniques de dons planifiés 36:1-70

HÉBERT, Marie-Claude
Table ronde sur la fiscalité des stratégies financières et des instruments financiers.....51:1-26
Table ronde sur la fiscalité fédérale 53:1-72

JANELLE, Maryse
Taxes à la consommation : pièges et nouveautés 43:1-36

JOLIN, Marc
Pot-pourri de nouveautés en matière de fiducies 31:1-72

JORDAN, Philippe
Étude de cas 2 – Protection du patrimoine : fiducies et autres stratégies 55:1-186

LABBÉ, Lucie L.
Table ronde sur la fiscalité provinciale.....52:1-76

LABELLE, Nathalie
Problématiques d'ordre comptable liées à l'acquisition d'une entreprise 4:1-20

LACHANCE, Hugues
Problématiques d'ordre comptable liées à l'acquisition d'une entreprise 4:1-20

LA CHARITÉ, Éric
Pot-pourri en planification financière.....34:14-34

LACOMBE, Luc
Impact de la modification des taux d'impôt : imposition du dividende 22:1-72

LACOSTE BIENVENUE, Benoît
Développements récents en fiscalité internationale : paiements assujettis à la Partie XIII L.I.R. et paiements réputés 12:1-20

LACROIX, Denis
Revue de la jurisprudence récente sur la règle générale antiévitement 27:1-24

LAMARCHE, André
Panel sur les vérifications et appels en matière de prix de transfert 44:1-30

LAMONTAGNE, Marc-André
Successions et fiducies
Si j'avais su… Pièges et attrapes en planification successorale, liquidations de succession et fiducies testamentaires 26:1-32

LANIEL, Robert
Pot-pourri en planification financière 34:3-13

LAPLANTE, Claire
La Chine et l'Inde – Considérations fiscales 17:1-20

LAPOINTE, Catherine
Achat d'une société par ses cadres (Management Buy-Out*)* 2:1-70

LARIVIÈRE, Bernard
Désignation de bénéficiaires : rien n'est plus trompeur que l'évidence 25:1-50

LEBLANC, Geneviève
Étude de cas 2 – Protection du patrimoine : fiducies et autres stratégies 55:1-186

LEDUC, Pierre-Yves
Règlement 45-106 *de la* Loi sur les valeurs mobilières 41:5-16

LEFEBVRE, Wilfrid
Jurisprudence récente 23:5-16

LEMAY, Marcel
Table ronde sur la fiscalité fédérale 53:1-72

LÉVESQUE, Marie-Claude
Table ronde sur la fiscalité provinciale 52:1-76

LORD, Martin
Étude de cas 1 – Stratégies de planification successorale et post mortem 54:1-130

MAILLOUX-MARTIN, Jocelyne
Jurisprudence récente 23:60-68

MARCHAND, Elaine
Le nouvel article 143.3 L.I.R. 40:1-32

MARQUIS, Hélène
Désignation de bénéficiaires : rien n'est plus trompeur que l'évidence 25:1-50

MARTEL, Luc
Équité et transmission d'entreprise, le dilemme de l'équilibre du patrimoine : comment éviter que certains enfants soient plus égaux que d'autres 37:1-38

MARTINET, Benoit
Règles antiévitement visant à contrecarrer les planifications fiscales interprovinciales jugées abusives par les autorités fiscales 20:1-36

MASSICOTTE, Josée
Fiscalité de la propriété intellectuelle 21:1-58

MÉNARD, Alain
Jurisprudence récente 23:17-25

MORIN, Josée
Table ronde sur la fiscalité provinciale 52:1-76

MORIN, Philippe-Antoine
Déductibilité des honoraires professionnels et des frais de transaction 5:1-32

PAQUETTE, André
*Claude d'ajustement basée sur la performance (*Earn-Out*)* 9:1-16

PARIS, Caroline
*Pot-pourri des pièges à éviter en fiscalité internationale (*Inbound *et* Outbound*)* 16:1-46

PARISEAU, Luc
Table ronde sur la fiscalité fédérale 53:1-72

PELLAND, Jean-François
Les clauses de non-concurrence dans un contexte de vente d'entreprise 8:1-38

PLANTE, Jacques
Jurisprudence administrative récente 47:36-54

RACICOT, Marcel
Utilisation de fiducies révocables entre vifs pour la détention d'immeubles aux États-Unis : problèmes transfrontaliers et solutions 13:1-14

RHEAULT, Michel
Palmarès des sujets chauds en RS & DE 33:75-92

RHEAULT, Sébastien
Panel sur les vérifications et appels en matière de prix de transfert 44:1-30

RHÉAUME, Caroline
La planification successorale du cadre supérieur 49:1-22

RONDEAU, Annie
Table ronde sur la fiscalité provinciale 52:1-76

ROULEAU, Stéphane
Interprétations techniques 30:3-10

ROUSSEAU, Denis
États-Unis : actualités 14:1-24

ROYAL, Normand
Revue des éléments à considérer lors de la vente d'une entreprise 3:1-34

RYAN, Paul
L'accommodation et les sous-traitants délinquants 46:1-34

SIBRE, Hubert
Étude de cas 2 – Protection du patrimoine : fiducies et autres stratégies 55:1-186

ST-CERNY, Suzie
La défiscalisation des entreprises au Québec : mythe ou réalité 18:1-24

TASSÉ, Louis
« Série d'opérations » : où en sommes-nous? 28:1-44

THÉRIAULT, Charles
Panel sur les vérifications et appels en matière de prix de transfert 44:1-30

THIVIERGE, Manon
Mise à jour de la taxe sur le capital 39:1-18

THUOT, Jean-François
Disposition d'un immeuble : revenu versus *capital* 19:1-42

TOUGAS, Lysane
Jurisprudence récente 23:5-16

VAILLANCOURT, Robert
La sécurité financière du cadre supérieur 50:1-18

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

1. **Étapes préliminaires à l'acquisition d'une entreprise**
   Louis Clément 1:1-44

2. **Achat d'une société par ses cadres (*Management Buy-Out*)**
   Anne-Marie Dupras, *Martin Guestier* et
   Catherine Lapointe 2:1-70

3. **Revue des éléments à considérer lors de la vente d'une entreprise**
   Liliane Fortier et *Normand Royal* 3:1-34

4. **Problématiques d'ordre comptable liées à l'acquisition d'une entreprise**
   Hugues Lachance et *Nathalie Labelle* 4:1-20

5. **Déductibilité des honoraires professionnels et des frais de transaction**
   Philippe-Antoine Morin 5:1-32

6. **Planification de la retraite du propriétaire d'entreprise**
   Nathalie Fisette-Caza 6:1-46

7. **Acquisition de contrôle**
   Richard Gagné 7:1-28

8. **Les clauses de non-concurrence dans un contexte de vente d'entreprise**
   Jean-François Pelland 8:1-38

9. **Clause d'ajustement basée sur la performance (*Earn-Out*)**
   André Paquette 9:1-16

10. **Expat/Impat : incitatifs fiscaux**
    Yves Coallier 10:1-38

11. **Obligations fiscales pour services à l'étranger et services de l'étranger**
    Josée Bennett 11:1-28

12. **Développements récents en fiscalité internationale : paiements assujettis à la Partie XIII L.I.R. et paiements réputés**
Benoît Lacoste Bienvenue 12:1-20

13. **Utilisation de fiducies révocables entre vifs pour la détention d'immeubles aux États-Unis : problèmes transfrontaliers et solutions**
David A. Altro et *Marcel Racicot* 13:1-14

14. **États-Unis : actualités**
Denis Rousseau 14:1-24

15. **Développements récents en fiscalité internationale : tirez avantage des différentes juridictions**
Serge Bilodeau et *Marc Desrosiers* 15:1-26

16. **Pot-pourri des pièges à éviter en fiscalité internationale (*Inbound* et *Outbound*)**
Caroline Paris 16:1-46

17. **La Chine et l'Inde – Considérations fiscales**
Claire Laplante 17:1-20

18. **La défiscalisation des entreprises au Québec : mythe ou réalité**
Luc Godbout, *Pierre Fortin* et *Suzie St-Cerny* 18:1-24

19. **Disposition d'un immeuble : revenu *versus* capital**
Jean-François Thuot 19:1-42

20. **Règles antiévitement visant à contrecarrer les planifications fiscales interprovinciales jugées abusives par les autorités fiscales**
Benoit Martinet 20:1-36

21. **Fiscalité de la propriété intellectuelle**
Didier Fréchette et *Josée Massicotte* 21:1-58

22. **Impact de la modification des taux d'impôt : imposition du dividende**
Luc Lacombe 22:1-72

23. **Jurisprudence récente**
Wilfrid Lefebvre, *Lysane Tougas*, *Alain Ménard*, *Nathalie Goyette*, *Jade Boucher* et *Jocelyne Mailloux-Martin* 23:1-68

24. **La rente assurée corporative avec prêt adossé**
Guy Duhaime 24:1-26

25. **Désignation de bénéficiaires : rien n'est plus trompeur que l'évidence**
Hélène Marquis et *Bernard Larivière* 25:1-50

26. **Successions et fiducies – Si j'avais su… Pièges et attrapes en planification successorale, liquidations de succession et fiducies testamentaires**
Marc-André Lamontagne et *Geneviève Coupal* 26:1-32

27. **Revue de la jurisprudence récente sur la règle générale antiévitement**
Denis Lacroix 27:1-24

28. **« Série d'opérations » : où en sommes-nous?**
Louis Tassé 28:1-44

29. **Les dispositions antiévitement spécifiques**
Isabelle Gagnon et *Louis-Frédérick Côté* 29:1-38

30. **Interprétations techniques**
Stéphane Rouleau et *Alain Fournier* 30:1-34

31. **Pot-pourri de nouveautés en matière de fiducies**
Marc Jolin 31:1-72

32. **La gouvernance d'entreprise et la gestion des risques fiscaux**
René Albert 32:1-30

33. **Palmarès des sujets chauds en RS & DE**
Carl Deslongchamps, *Paul Bertrand*, *Albert G. De Luca*, *Lucie Bélanger* et *Michel Rheault* 33:1-92

34. **Pot-pourri en planification financière**
Robert Laniel et *Éric La Charité* 34:1-34

35. **Le tour du monde du placement en 45 minutes…**
Paule Gauthier et *Anne-Marie Girard-Plouffe* 35:1-46

36. **Techniques de dons planifiés**
Julie Doyon et *Diane Hamel* 36:1-70

37. **Équité et transmission d'entreprise, le dilemme de l'équilibre du patrimoine : comment éviter que certains enfants soient plus égaux que d'autres**
Luc Martel et *Gilles Chevalier* 37:1-38

38. **La rectification de contrats en droit québécois : mythes, réalités et applications pratiques**
Mathieu Bouchard 38:1-22

39. **Mise à jour de la taxe sur le capital**
Manon Thivierge 39:1-18

40. **Le nouvel article 143.3 L.I.R.**
Elaine Marchand 40:1-32

41. ***Règlement 45-106* de la *Loi sur les valeurs mobilières***
Pierre-Yves Leduc 41:1-16

42. **Taxes foncières : contestation du rôle d'évaluation et avis d'évaluation**
François Barette 42:1-16

43. **Taxes à la consommation : pièges et nouveautés**
Maryse Janelle 43:1-36

44. **Panel sur les vérifications et appels en matière de prix de transfert**
Sébastien Rheault, *Bernard Barsalo*, *Charles Thériault* et *André Lamarche* 44:1-30

45. **Particularités fiscales lors de la présence d'un non-résident comme actionnaire d'une société**
Daniel Guérard ..... (texte non disponible)

46. **L'accommodation et les sous-traitants délinquants**
Paul Ryan 46:1-34

47. **Jurisprudence administrative récente**
Agathe Cavanagh et *Jacques Plante* 47:1-54

48. **Les enjeux en matière de rémunération des cadres**
Joël Carrier 48:1-36

49. **La planification successorale du cadre supérieur**
Caroline Rhéaume 49:1-22

50. **La sécurité financière du cadre supérieur**
Robert Vaillancourt 50:1-18

51. **Table ronde sur la fiscalité des stratégies financières et des instruments financiers**
Jocelyne Gagnon, *Paule Gauthier*, *Guy Goulet* et *Marie-Claude Hébert* 51:1-26

52. **Table ronde sur la fiscalité provinciale**
Daniel Gosselin, *Nelson Breton*, *Jean-François Drouin*, *Marie-Claude Lévesque*, *Paul Jr Bergeron*, *Annie Rondeau*, *Céline Davidson*, *Lucie L. Labbé* et *Josée Morin* 52:1-76

53. **Table ronde sur la fiscalité fédérale**
Marcel Lemay, *Pierre Baraby*, *Luc Pariseau*, *Maurice Bisson*, *Alain Godin* et *Marie-Claude Hébert* 53:1-72

54. **Étude de cas 1 – Stratégies de planification successorale et *post mortem***
Martin Daniel Boily, *Gil Demers*, *Claude Drapeau* et *Martin Lord* 54:1-130

55. **Étude de cas 2 – Protection du patrimoine : fiducies et autres stratégies**
Natasha Girouard, *Hubert Sibre*, *Pierre Fleury*, *Philippe Jordan* et *Geneviève Leblanc* 55:1-186

Index par sujets

A

ABRI FISCAL

Conditions d'existence
l'affaire *Baxter* 23:32-42, 46-48
l'affaire *Maege* 23:32-36, 42-46, 46-48
Position de l'ARC ..... TR Féd., 53:53-54 Q. 25

ACHAT/VENTE D'ENTREPRISE

Achat d'une société par ses cadres
contrats applicables à un MBO 2:65-68
financement, divers types et structures 2:6-29, 41-62
prix et modalités de paiement 2:30-41
vérification diligente 2:62-64
Acquisition de contrôle, voir **ACQUISITION DE CONTRÔLE**
Acquisition, problématiques d'ordre comptable
achats d'actifs 4:3-11
achats d'actions 4:11-20
Clause d'ajustement basée sur la performance
considérations fiscales 9:10-14
définition, avantages et inconvénients 9:3-7
rédaction, perspectives du vendeur ou de l'acheteur 9:7-10
Clause de non-concurrence
considérations fiscales 8:4-29
considérations légales 8:29-38
Déductibilité des honoraires et frais, voir **DÉDUCTIBILITÉ**
Éléments à considérer lors de la vente
actions, test de 24 mois 3:13-16
relations avec les employés 3:32-33
vente d'actions par une fiducie familiale 3:3-12
vente d'une division 3:16-32
Étapes préliminaires à l'acquisition
entente de confidentialité 1:8-14
enquête préliminaire 1:4-8
lettre d'intention 1:14-42

ACQUISITION DE CONTRÔLE

Effets de l', ... 7:22-27
Mesures relatives à la nouvelle économie – Incidences des acquisitions de contrôle ..... TR Qc, 52:5-8 Q. 1
Moment d'acquisition de contrôle 7:19-22

ACQUISITION DE CONTRÔLE (*suite*)

Moment d'acquisition du contrôle, l'affaire *La Survivance* 23:26-32
Notions de contrôle 7:3-16
Sociétés controlées par une fiducie 7:16-19
Vente d'éléments d'actif : refus de perte terminale, l'affaire *Terminal Norco* 23:17-21

ADMINISTRATION FISCALE

Administration des oppositions ..... TR Féd., 53:7-9 Q. 3
Cotisation après le délai habituel : les affaires *Desjardins Sécurité financière* et *Fiducie Desjardins* 23:64-68
Cotisation dans l'année de la faillite, l'affaire *Maurice Ouellet* 47:16-18
Date de production d'une déclaration de revenus et date de paiement ..... TR Qc, 52:44-45 Q. 24
Délai de production de la déclaration de revenus des fiducies ..... TR Féd., 53:56-58 Q. 27
TR Qc, 52:29-31 Q. 14
Divulgations volontaires ..... TR Qc, 52:46-47 Q. 26
Dossiers de TPS et de TVQ qui se retrouvent devant les tribunaux ..... TR Qc, 52:45-46 Q. 25
Émission de Feuillets T4A et nouvelle politique administrative ..... TR Féd., 53:67-68 Q. 33
Équité procédurale, l'affaire *Adrien Boulay* 47:33-35
Évasion fiscale dans le domaine de la construction ..... TR Qc, 52:20-21 Q. 7
Évasion fiscale dans le secteur de la restauration ..... TR Qc, 52:53-54 Q. 31
Exigence de production de la Déclaration de renseignements et de revenus des fiducies T3 lorsque le paragraphe 75(2) L.I.R. s'applique ..... TR Féd., 53:37-39 Q. 17
Fardeau de preuve, l'affaire *Néréo Valentini* 47:18-24
Fardeau de preuve, lors de la cotisation ou lors de la ratification : l'affaire *Anchor Pointe Energy* 23:49-54
Informations au dossier d'un contribuable ..... TR Qc, 52:55-56 Q. 33
Pénalités ..... TR Féd., 53:16-17 Q. 7
Pénalités administratives dans le cas où un contribuable ne se conforme pas à ses obligations ..... TR Qc, 52:21-23 Q. 8
Pénalités administratives imposées aux tiers ..... TR Qc, 52:54-55 Q. 32
Premier avis de cotisation, l'affaire *Fiducie Desjardins* 47:25-32
Prescription – Pénalité ..... TR Féd., 53:21-24 Q. 10
Programmes de vérification ..... TR Qc, 52:18-20 Q. 6
Recouvrement de l'impôt, transfert de biens : l'affaire *Addison & Leyen* 23:54-59
Responsabilité des administrateurs, jurisprudence 47:36-46
Responsabilité des tiers, jurisprudence 47:47-53
Traitement d'une déclaration amendée, l'affaire *Réjean Millette* 47:5-15
Transfert d'acomptes provisionnels en trop ..... TR Qc, 52:31-33 Q. 15

ASSURANCES

Police soins de longue durée..... TR Pr. Fin., 51:24-26 Q. 16
Transfert de police entre sociétés rattachées ..... TR Pr. Fin., 51:23-24 Q. 15

AVANTAGE

Avantage à un actionnaire non-résident ..... TR Féd., 53:6-7 Q. 2

B

BAIL

Loyer gratuit..... TR Féd., 53:5 Q. 1

BOURSES D'ÉTUDE

Bourses d'études, exonération et exigences législatives
relativement au crédit pour études..... TR Féd., 53:64-65 Q. 31

C

CAPITAL VERSÉ

Le nouvel article143.3 L.I.R. et la décision *Alcatel* 40:4-10
Notion de capital versé, jurisprudence antérieure.....40:10-23
Situations pratiques.....40:23-30

CONTRATS

Rectification en droit québécois
alternative : l'annulation.....38:11-13
assises juridiques.....38:4-10
ordonnances de cours supérieures et appels de cotisation.....38:13-21

CONVENTION FISCALE CANADA-ÉTATS-UNIS

Earn-out versus Convention Canada-États-Unis ..... TR Féd., 53:34-36 Q. 15
Redevances et *Convention Canada-États-Unis*..... TR Féd., 53:49-51 Q. 22

CRÉDIT D'IMPÔT

Affaire *In re 111295 Canada inc. : H.H. Davis & Assoc. Inc.*
c. *Banque Royale du Canada*, hypothèque sur
crédits d'impôt..... TR Qc, 52:33-34 Q. 16
Crédit d'impôt pour production de titres multimédias ..... TR Qc, 52:9-11 Q. 2

CRÉDIT D'IMPÔT (*suite*)

Crédit d'impôt remboursable à l'égard de grands projets créateurs d'emplois ..... TR Qc 52:12-13 Q. 4
Crédit pour les activités d'affaires électroniques ..... TR Qc, 52:60-63 Q. 36
Crédit pour stage ..... TR Qc, 52:63-65 Q. 37
Frais de préposé aux soins, crédit pour frais médicaux et crédit pour déficience grave et prolongée à l'égard d'une maison de santé ou de repos ..... TR Qc, 52:72-73 Q. 41
Investissement, à l' : interprétation technique 30:27-30
Versement anticipé de la prime au travail et inclusion à titre d'impôts à payer dans le cas de conjoints ..... TR Qc, 52:73-74 Q. 42

D

DÉDUCTIBILITÉ

Déductibilité d'une prime d'assurance ..... TR Pr. Fin., 51:17 Q. 11
Dépenses de repas et employés à commission ..... TR Qc, 52:42-44 Q. 23
Frais cumulatifs d'exploration, l'affaire *McLarty* 23:8-13
Honoraires pour le rachat d'actions ..... TR Féd., 53:36-37 Q. 16
Honoraires professionnels ..... TR Féd., 53:39-44 Q. 18
Honoraires professionnels et frais de transaction 5:3-31
Intérêts, interprétations techniques 30:11-17
Leverage Buy-Out partiel et acquisition d'actions ..... TR Féd., 53:11-13 Q. 5

DÉPENSES

Frais de décontamination des sols ..... TR Féd., 53:71-72 Q. 35
Raisonnabilité des, décision anticipée et interprétation technique 30:8-10

DÉPOUILLEMENT DES SURPLUS

Décision anticipée et interprétation technique 30:3-8

DÉSIGNATION DE BÉNÉFICIAIRES

Contrats d'assurance vie, de rentes et assurance maladies graves 25:5-18
Désignation et révocation de, ... 25:18-32
Situations particulières : fiducie, sociétés… 25: 32-50

DÉTENTION DE BIENS

Société non résidente, propriétaire d'un immeuble locatif au Québec ..... TR Féd., 53:66-67 Q. 32

DISPOSITION

Disposition involontaire et moment de la disposition du bien ..... TR Féd., 53:51-53 Q. 24
Disposition réputée, le paragraphe 70(5.3) L.I.R.. ..... TR Pr. Fin., 51:13-14 Q. 8
Immeuble : revenu *versus* capital
jurisprudence 19:3-37
position des autorités fiscales 19:37-40

DIVIDENDE

Imposition des dividendes ..... TR Qc, 52:13-17 Q. 5
Imposition du, ... 35:25-28
Imposition, propositions législatives fédérales
compte de revenu à taux général 22:8-33
compte de revenu à taux réduit 22:33-39
considérations et choix 22:39-43
impacts autres : IMRTD, prestations de la sécurité de la vieillesse 22:50-54
pénalités 22:44-48
Québec, harmonisation 22:5-7, 49
Projet de loi sur l'imposition des dividendes ..... TR Féd., 53:51, 55-56 Q. 23, Q. 26

DON

Don de police d'assurance vie à un organisme de bienfaisance ..... TR Pr. Fin., 51:3-4 Q. 1
Don de police d'assurance vie, dont le fonds de capitalisation (valeur de rachat) est basé sur des fonds miroirs dont le rendement dépend d'un indice boursier choisi ..... TR Pr. Fin., 51:5-7 Q. 3
Don de pourcentage de succession ..... TR Qc, 52:70-72 Q. 40
Don de titres cotés en Bourse à des organismes publics de bienfaisance ..... TR Pr. Fin., 51:14-15 Q. 9
Élimination du gain en capital sur le don de valeurs mobilières et définition d'abri fiscal ..... TR Pr. Fin., 51:4-5 Q. 2
Sociétés en commandite accréditives 35:23-24
Techniques de dons planifiés
dons d'actions 36:5-42
dons d'assurances 36:42-56
dons de REÉR et FERR 36:57-58
dons de rentes 36:58-60
Valeurs immobilières 35:29-34

E

ENTREPRISE

Créance de SEPE, moment où le montant devient payable..... TR Féd., 53:59-62 Q. 29
Définition de l'action admissible de petite entreprise ..... TR Féd., 53:58-59 Q. 28
Gestion des risques fiscaux..... 32:3-30
Régions ressources..... TR Qc, 52:52-53 Q. 30
Transmisson de l', équité dans le transfert aux enfants .....
aspects fiscaux et légaux 37:4-10
rééquilibre du patrimoine 37:10-37
réorganisation du capital 37:11-33

ENTREPRISE DE PRESTATION DE SERVICES PERSONNELS

Notion d', l'affaire *Carreau* 23:22-25

F

FIDUCIE

Ajout d'un bénéficiaire à un acte de fiducie..... TR Qc, 52:36 Q. 18
Fiducie d'étalement de régimes et REÉR..... 31:46-52
Fiducie de prestations à vie..... 31:53-72
Fiducie discrétionnaire et sociétés associées ..... TR Féd., 53:44-46 Q. 19
Fiducie pour soi et changement dans la propriété effective 31:5-15
Paragraphe 75(2) L.I.R. et actions souscrites par une fiducie
dont la société est elle-même bénéficiaire..... 31:16-46
Paragraphe 75(2) L.I.R. – Fiducie ..... TR Féd., 53:31-34 Q. 14

H

HARMONISATION PROVINCIALE

Choix tardifs et article 21.4.2 L.I. ..... TR Qc, 52:40 Q. 21
L'affaire *Kruco inc.* c. *La Reine* et le revenu gagné..... TR Qc, 52:11-12 Q 3

I

IMPÔT DE LA PARTIE XIII L.I.R.

Décisions anticipées..... 30:30-34

IMPÔT EN MAIN REMBOURSABLE AU TITRE DE DIVIDENDES

Revenus de placements étrangers et impôt en main remboursable au titre de dividendes ..... TR Féd., 53:24-26 Q. 11

INDEMNITÉS

Imposition des intérêts avant jugement pour congédiement injustifié et position administrative de Revenu Québec par rapport à l'ARC ..... TR Qc, 52:68-70 Q. 39

INTERNATIONAL

Avantages des différentes juridictions,
structures à considérer et jurisprudence 15:1-24
Chine, faire affaire en
aspects légaux et administratifs 17:3-8, 13
fiscalité des entreprises et autres taxes 17:9-13
Détention d'immeubles aux États-Unis, utilisation de fiducies révocables entre vifs
analyse des incidences canadiennes et américaines 13:1-11
États-Unis, actualités 14:3-24
déduction de dépenses par une société étrangère, l'affaire *Swallows Holding* 14:3-7
détention d'un immeuble par une société canadienne 14:18-24
limitation spéciale sur les pertes fiscales à reporter 14:7-18
Expat/Impat : incitatifs fiscaux
centre financier international 10:35-37
crédits et déductions aux résidents canadiens exerçant leur emploi à l'étranger 10:4-21
déduction provinciale – chercheur, expert et professeur étrangers 10:21-35
entente de sécurité sociale 10:37-38
Inde, faire affaire en Inde
aspects légaux et administratifs 17:3-5, 13-15, 20
fiscalité des entreprises et autres taxes 17:15-20
Obligations fiscales pour
services à l'étranger 11:3-22
services de l'étranger 11:22-27
Paiements assujettis à la Partie XIII L.I.R. et paiements réputés
développements jurisprudentiels 12:14-19
développements législatifs 12:5-14
Pot-pourri de pièges à éviter
assujettissement à l'impôt 16:4-18
capitalisation 4:18-26
financement 4:26-46

L

LIQUIDATION

Majoration *Bump-up* du PBR du paragraphe 88(1) L.I.R. ..... TR Féd., 53:13-16 Q. 6
Réduction du capital versé sans contrepartie pour éviter
un gain en capital lors d'une liquidation..... TR Féd., 53:20 Q. 9
Société liquidée en faveur de ses actionnaires
(des particuliers) en août 2004..... TR Qc, 52:34-35 Q. 17

LOI SUR LES VALEURS MOBILIÈRES

Prospectus, Règlement 45-106 .....41:1-16

M

MODIFICATIONS LÉGISLATIVES

Ajout de l'article 3.1 L.I.R.....TR Féd., 53:47-49 Q. 21
Projets de loi ..... TR Qc, 52:47-48 Q. 27
Proposition concordataire ..... TR Qc, 52:51-52 Q. 29

P

PERTE

Paragraphe 111(5.1) L.I.R. – Perte latente sur les biens
amortissables d'une catégorie prescrite lors d'une
acquisition de contrôle.....TR Féd., 53:62-64 Q. 30
Perte à la suite de l'application de l'article 7 L.I.R. .....TR Féd., 53:18-19 Q. 8
Perte au titre de placement d'entreprise et contrôle de fait .....TR Féd., 53:46-47 Q. 20
Règle sur les pertes apparentes et transfert de pertes en
capital entre conjoints.....TR Pr. Fin., 51:15-16 Q. 10
Utilisation des, décisions anticipées 30:17-27

PLANIFICATION FISCALE ET FINANCIÈRE

Planification de la retraite du propriétaire d'entreprise
scénarios avec le REÉR, le RRI et la société de gestion 6:3-46
Protection du patrimoine
fiduciies et autres stratégies.....55:1-110
insaisissabilité.....55:93-95
insolvabilité, changements aux lois..... 55:92
Rémunération des cadres, voir **RÉMUNÉRATION**
Sécurité financière du cadre supérieur.....
assurances diverses.....50:3-8

PLANIFICATION FISCALE ET FINANCIÈRE (*suite*)

considérations fiscales 50:8-10
mise en place du programme de, ... 50:10-17

PLANIFICATION SUCCESSORALE

Planification successorale du cadre supérieur
mesures à prendre dans l'année du décès 49:9-17
mesures à prendre du vivant 49:3-9
mesures relatives aux options, pertes 49:17-22
Pièges à éviter concernant la,
dévolution légale des biens 26:17-21
droits matrimoniaux 26:12-17
effets juridiques reliés aux relations de couple 26:3-12
exercice des pouvoirs relatifs aux placements 26:27-31
rédaction testamentaire 26:21-27
Stratégies de planification successorale et *post mortem* 54:7-115
planification *post mortem* 54:85-115
rentes admissibles de fiducie et substitution en faveur du conjoint 54:30-64
transmission des actions 54:65-84

POLITIQUE FISCALE

Défiscalisation des entreprises au Québec, mythe ou réalité 18:5-24
Principe d'intégration et imposition du dividende 22:5-7

PRIX DE TRANSFERT

Vérification et appels 44:1-29

PRODUITS FINANCIERS

Aspects fiscaux relatifs aux, ... 35:25-44
Imposition des dividendes 35:25-28
Obligation achetée à prime et paragraphe 12(9.1) L.I.R. ..... TR Pr. Fin., 51:7-8 Q. 4
Pot-pourri concernant les rentes, assurances vie et REÉR
ARC, interprétations techniques concernant les cessions d'assurance vie ou de REÉR 34:14-33
Projet de loi 136, amendement de la *Loi sur les assurances* 34:9-13
Rentes émises par les assureurs
l'arrêt *Fercal* 34:3-5
l'arrêt *Thibault* 34:5-9
Rente assurée corporative avec prêt adossé 24:1-15
Rente prescrite ..... TR Pr. Fin., 51:10-12 Q. 6
Rente prescrite et hypothèque mobilière ..... TR Pr. Fin., 51:12-13 Q. 7
Utilisation des, dans la gestion du risque : fonds distincts, vie universelle, REÉÉ 35:5-24

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

Paiement à des non-résidents, traitement fiscal 21:21-33
Sommes engagées pour acquérir la, traitement fiscal 21:3-20
Sommes reçues pour la, traitement fiscal 21:34-41
Taxes à la consommation 21:41-57

R

RECHERCHE SCIENTIFIQUE ET DÉVELOPPEMENT EXPÉRIMENTAL

Actif total dans la formule du taux de crédit pour recherche scientifique et développement expérimental provincial ..... TR Qc, 52:48-51 Q. 28
Incitatifs fiscaux
au Québec et au fédéral 33:26-31, 38-44
autres pays 33:31-37
récentes modifications au Québec 33:44-50
Méthode de remplacement 33:7-25
Paiements aux employés ou sous-traitants donnant droit aux crédits au Québec 33:51-74
Vérification scientifique, guide pratique 33:75-91

RÉGIME ENREGISTRÉ D'ÉPARGNE-RETRAITE

Paiements périodiques *versus* paiement forfaitaire ..... TR Pr. Fin., 51:19-21 Q. 13
Transfert d'un régime enregistré d'épargne-retraite entre conjoints de fait ..... TR Qc, 52:74-76 Q. 43

RÈGLES ANTIÉVITEMENT

Avantage fiscal et application du paragraphe 245(2) L.I.R. ..... TR Féd., 53:9-11 Q. 4
DGAÉ et jurisprudence récente ..... TR Féd., 53:26-29 Q. 12
Jurisprudence 27:3-23
dépouillement de surplus 27:4-12
situations transfrontalières 27:12-17
Modifications proposées à l'art. 89 L.I.R. 29:18-19
Prescription de gain en capital, par. 55(2) L.I.R. 29:3-11
Présomption de gain en capital, par. 55(2) L.I.R. 29:3-11
Règle antiévitement en matière de TPS 29:24-37
Règles spécifiques antiévitement, jurisprudence 29:19-22
Règles visant à contrecarrer les planifications interprovinciales « abusives »
bénéficiaires québécois de « fiducies désignées » 20:34-36
mesures rétroactives au Québec 20:32-34
revenu imposable gagné dans une province, principes 20:9-13
taux d'imposition et taxe sur le capital 20:5-9
transferts de biens « Quebec Shuffle » 20:30-32
utilisation des attributs fiscaux 20:13-29

RÈGLES ANTIÉVITEMENT (*suite*)

Série d'opérations
articles de loi en question 28:40-42
historique 28:3-6
jurisprudence 28:6-35
position de l'ARC 28:35-40
Vente d'actions en cas de lien de dépendance, art. 84.1 L.I.R. 29:11-18

RÉMUNÉRATION

Conseiller financier employé et rémunéré à la commission *versus* conseiller autonome – Alinéa 8(1)f) L.I.R.. ..... TR Pr. Fin., 51:8-10 Q. 5
Étendue de l'allègement du paragraphe 27 du *Bulletin d'interprétation* IT-470R ..... TR Pr. Fin., 51:22-23 Q. 14
Rémunération des cadres
analyse de différents régimes de, ... 48:15-30
tendances actuelles 48:4-15
traitement comptable 48:30-36

RÉSIDENCE

Cessation de résidence : frais de scolarité, intérêts sur prêts étudiants et solde d'impôt minimum de remplacement..... TR Qc, 52:36-38 Q. 19

RÉSIDENCE PRINCIPALE

Servitude au Québec, droit civil et exonération pour résidence principale et pour les terres agricoles ..... TR Féd., 53:68-70 Q. 34

RESPONSABILITÉ DES ADMINISTRATEURS

Accès à l'information fiscale d'une société en faillite..... TR Qc, 52:40-42 Q. 22

RETENUES À LA SOURCE

Entreprises de services spécialisées dans la gestion et le traitement de la paie et responsabilité en vertu de l'article 24.0.3 L.M.R.. ..... TR Qc, 52:38-39 Q. 20

REVENU D'ENTREPRISE

Calcul du revenu d'entreprise d'un non-résident..... TR Féd., 53:30-31 Q. 13

ROULEMENT

Roulement des actions d'une société agricole aux enfants en vertu du paragraphe 70(9.2) L.I.R. ..... TR Pr. Fin., 51:18-19 Q. 12

S

SECRET PROFESSIONNEL

Exceptions à la communication de documents, l'affaire *Blank*.....23:5-8
Obligation de transmettre renseignements et documents, l'affaire *Welton Parent* 23:13-16

SOCIÉTÉS ASSOCIÉES

Contribution double – Régime de rentes du Québec ..... TR Qc, 52:58-59 Q. 35
Définition de masse salariale ..... TR Qc, 52:65-68 Q. 38
Sociétés associées sur une base mondiale *versus* sur une base canadienne ..... TR Qc, 52:56-58 Q. 34

T

TAXE SUR LE CAPITAL

Calcul du capital versé, prêts auprès d'investisseurs : l'affaire *Produits Fraco*.....23:60-64
Déduction de 1 M$ du capital versé ..... TR Qc, 52:24-25 Q. 10
Imposition du crédit de taxe sur le capital à l'égard de certains types d'investissements admissibles ..... TR Qc, 52:27-28 Q. 12
Instauration d'une déduction, certains véhicules en stock.....39:3-7
Notion de prêt ou avance 39:9-15
Prêts immigrants investisseurs..... TR Qc, 52:28-29 Q. 13
Programme immigrants-investisseur 39:7-9
Taxe sur le capital, coût d'une action ..... TR Qc, 52:25-27 Q. 11
Taxe sur le capital et sens précis de l'expression « matériel automobile » aux fins de la déduction pour des véhicules en stock ..... TR Qc, 52:23 Q. 9
Traitement comptable *versus* juridique 39:15-18

TAXES À LA CONSOMMATION

Achat et vente d'actifs 43:12-16
Accomodation et les sous-traitants, problèmes, position de Revenu Québec et jurisprudence 46:1-33
Allègements 43:16-24
Inscription.....43:4-12
Particularités selon les entités juridiques.....43:24-36

TAXES FONCIÈRES

Rôle d'évaluation foncière et contestation du rôle 42:1-15

Index par articles de lois et de règlements

Liste des lois et règlements contenus dans cet index :

- Alberta Corporate Tax Act
- Code civil du Bas-Canada
- Code civil du Québec
- Code de procédure civile
- Internal Revenue Code of 1986
- Loi canadienne sur les sociétés par actions
- Loi concernant la taxe sur les carburants
- Loi concernant les droits sur les mutations immobilières
- Loi d'interprétation (Québec)
- Loi d'interprétation (Canada)
- Loi de l'impôt sur le revenu
- Loi sur l'accès à l'information
- Loi sur l'exercice de certaines compétences municipales dans certaines agglomérations
- Loi sur l'imposition des sociétés de l'Ontario
- Loi sur la Cour canadienne de l'impôt
- Loi sur la faillite et l'insolvabilité
- Loi sur la fiscalité municipale
- Loi sur la justice administrative
- Loi sur la Régie de l'assurance maladie du Québec
- Loi sur la responsabilité de l'État et le contentieux administratif

- Loi sur la taxe d’accise
- Loi sur la taxe de vente du Québec
- Loi sur le droit d’auteur
- Loi sur le ministère du Revenu
- Loi sur les assurances
- Loi sur les brevets
- Loi sur les compagnies
- Loi sur les Cours fédérales
- Loi sur les impôts
- Loi sur les normes du travail
- Loi sur les valeurs mobilières
- Règlement de l’impôt sur le revenu
- Règlement sur les impôts

Alberta Corporate Tax Act, R.S.A., 2000, c. A-15 et mod.

18(2)....20:13-14, 17
85(4.2)....20:13-18
85(4.2)a)....20:15
85(4.2)b)....20:15
85(4.2)c)....20:16
85(4.2)d)....20:16
85(4.3)....20:16-17

Code civil du Bas-Canada

1124....23:19, 21
1787....34:7

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

6....1:30
209....3:12
210....25:34
54:52
240....3:12
242....3:12
247....3:12
322....37:29
326....37:32
416....54:25
440....1:20
684....54:28
688....54:28
908....3:6
54:53
910....3:6
54:53
1212....54:51
55:44
1215....55:44
1217....54:51
1218....54:45, 51
1221....54:45
1223....54:47
1224....54:46
1225....54:46
1226....54:40, 47
1227....54:47
1229....54:51
1230....54:48-49
1231....54:47

Code civil du Québec (*suite*)

1232 ..... 54:40, 48
1233 ..... 54:40
1235 ..... 54:40
1236 ..... 54:52
1238 ..... 54:42
1239 ..... 54:42
1240 ..... 54:46
1242 ..... 54:46
1246 ..... 54:44
1249 ..... 54:48
1252 ..... 54:42
1255 ..... 54:46
1260 ..... 54:45
1261 ..... 54:47
1271 ..... 54:45
55:12
1272 ..... 54:46
1275 ..... 55:14-15, 43
..... 54:48
1278 ..... 54:42, 47-48
1279 ..... 54:46
1283 ..... 55:49
1284 ..... 54:51
1285 ..... 54:51, 56, 105
1287 ..... 54:46
1289 ..... 54:42
1290 ..... 54:52
1291 ..... 54:52
1294 ..... 55:14-15
1296 ..... 55:14
1297 ..... 54:53
55:79
1304 ..... 54:49
1306 ..... 54:49, 52
1307 ..... 54:48, 52
1309 ..... 54:46
1310 ..... 54:47
1312 ..... 54:47
1313 ..... 54:48
1315 ..... 54:48
1324 ..... 54:46-47
1333 ..... 54:47
1334 ..... 26:30
1337 ..... 26:29-30
1339 ..... 3:12

Code civil du Québec (*suite*)

1345 ..... 3:5
54:49
1350 ..... 54:49
1351 ..... 54:47
1378 ..... 1:30
1379 ..... 21:25
1385 ..... 1:20
1386 ..... 1:20
1387 ..... 1:20
1388 ..... 1:20, 23
1400 ..... 38:11
1407 ..... 38:11
1432 ..... 8:30
1457 ..... 37:28
1497 ..... 21:35
1531 ..... 47:48
1631 ..... 55:94
1641 ..... 34:4
1671 ..... 47:48
1672 ..... 23:63
1824 ..... 1:20
54:51
55:14
2088 ..... 2:28
2089 ..... 8:30
2097 ..... 3:32-33
2130 ..... 25:26, 48
2186 ..... 55:67
2232 ..... 55:64
2367 ..... 25:6
34:6-7, 11-13
2393 ..... 25:20
34:5, 10, 13
2454 ..... 25:24
2455 ..... 25:20
2457 ..... 25:20
34:11
2458 ..... 25:20
34:11
2649 ..... 54:49
55:44
2668 ..... 25:23
2693 ..... 1:20
2757 ..... 53:62
2758 ..... 53:62
2859 ..... 1:28

Code civil du Québec (*suite*)

2916 ..... 54:51
2961 ..... 54:51

Code de procédure civile, L.R.Q., c. C-25

33 ..... 37:27-28
483 ..... 38:16
533 ..... 55:44
553 ..... 55:93
553.1 ..... 55:93
553.2 ..... 55:93
844 ..... 47:14

Internal Revenue Code of 1986 et mod.

269 ..... 14:12, 14
382 ..... 14:7, 10-12, 15-18
408a) 51:20
408b) 51:20
408h) 51:20
882(c) 14:3
882(c)(2) 14:5
882(d) 14:4
897 ..... 14:18-19, 22
897(c) 14:19
897(i) 14:24
1445 ..... 14:22-23
1461 ..... 14:23
2035 ..... 55:70
2036 ..... 55:71-73
6081 ..... 55:22

Loi canadienne sur les sociétés par actions, L.R.C. (1985), c. C-44 et mod.

25(3) 40:17
26(2) 40:18
26(3) 40:18
105 ..... 38:9
108 ..... 47:40
108(2) 47:40
122(1)a) 37:29
182(1) 40:19
190 ..... 37:26
192(1) 40:19
241 ..... 37:25-26, 28

Loi concernant la taxe sur les carburants, L.R.Q., c. T-1

51.1 ..... 47:43
51.3 ..... 47:43

Loi concernant les droits sur les mutations immobilières, L.R.Q., c. D-15.1

19 ..... 29:11

Loi d'interprétation, L.R.Q., c. I-16 et mod.

20e) 55:44
20e.1) 55:45
52 ..... 52:44
61.1 ..... 26:8
61 23) 52:44

Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), c. I-21 et mod.

33(2) 34:16

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

2(3)b) 21:29
2(3)c) 21:28
3 ..... 8:8
3(1) 53:47-48
3(1) [proposé] 2:53
3.1 [proposé] 2:58
4(1)b) 53:30-31
5 ..... 2:38, 41
8:17
48:17, 28
6 ..... 2:38
8:17
48:17, 28
6(1)a) 48:20
6(11) 48:20
7 ..... 40:23
48:17, 28
53:18-19
7(1)a) 49:7, 10-12, 18
7(1)b) 49:18
53:18
7(1)c) 49:18
7(1)e) 49:10
7(3)b) 40:7
7(8) 49:5-6

Loi de l'impôt sur le revenu (*suite*)

8 ..... 53:19
8(2) 53:19
9 ..... 5:13-14, 16, 24
9(1) 5:4-5, 9, 19-22, 25
53:43
12(1)c) 51:7
12(1)g) 2:33
9:11-14
21:28, 34, 38
12(1)m) 55:56
12(4) 48:19
12(9.1) 51:7-8
12.2 ..... 54:42
12.2(1) 24:4
36:43
13(12) 21:13
14 ..... 8:8-9
14(1) 8:7
21:34
14(1.01) 3:19, 23-25, 27
14(5) « dépense en capital admissible » 5:14
53:44
14(5) « montant cumulatif des immobilisations admissibles » 2:38
5:11
21:38
14(5.1) [proposé] 8:17
15 ..... 27:6
34:29-33
47:49
53:6
15(1) 5:27-28
25:37
30:24, 26
47: 47, 49
51:8-10
53:6-7
15(2) 27:11
30:34
47:47, 49
15(2.3) 30:34
15(2.6) 28:40
15(7) 53:6-7
16(1) 35:38
17 ..... 16:26, 30-35, 39, 41-44
17(1) 16:27-29, 33-34, 37, 40, 42, 45
17(1)b)(ii) 16:34

Loi de l'impôt sur le revenu (*suite*)

17(1)b)(iii) 16:40
17(2)..... 16:33, 35, 37-38, 40-45
17(3)a)..... 16:33, 38, 42, 45
17(3)b) 16:39, 42, 45
17(4)..... 16:46
17(7)..... 16:44
17(8.1)..... 16:36
17(8.2)..... 16:36
17(15)..... 16:33, 38-39
18 ..... 5:14
18(1)a)..... 5:9-10, 13-14, 20, 27, 31
53:5, 39, 43
18(1)b) 5:10, 12-14, 21-23, 25
21:4
53:39-40, 42-44
18(1)h) 5:27
18(1)i) 2:11
18(4)..... 16:23-25, 45
40:23
18(6)..... 16:23
18(8)..... 40:23
20(1)..... 5:10
20(1)b) 5:11, 13, 19
20(1)bb) 5:19, 28-29
53:36-37
20(1)c)..... 2:8-10, 60
16:21
24:7
27:20
30:12-13, 15, 17, 20
53:13
20(1)c)(i)..... 30:16-17
20(1)c)(ii)..... 30:14, 16
20(1)cc)..... 5:13
21:5, 12
20(1)e)..... 2:9
5:13, 15-16, 19
20:15
20(1)e)(iv.1)..... 2:9
20(1)e.1)..... 5:17, 19
20(1)e.2)..... 24:6
34:28
51:17
53:54
20(1)f)..... 2:15
20(1)g) 5:18-19

Loi de l'impôt sur le revenu (*suite*)

20(1)h) 2:31
20(1)j) 47:49
20(1)l) 20:15
20(1)m) 20:15, 22
20(1)n) 19:4
20:15
20(1)o) 20:15
20(1)p) 20:15
20(3) 27:20
30:13, 20
20(8) 19:4
20(12) 10:19
37 ..... 20:15
21:5, 12
33:7, 12, 15
37(1) 33:7
40:24
37(8) 33:7
37(8)a) 40:9-10
37(8)a)(ii) 33:8-9, 24
37(8)b) 33:47
38 ..... 8:8-9, 11
38a.1) 36:9-11
51:5
38a.1)(i) 49:7-8
38a.2) 36:9
39 ..... 8:8-9, 11
39(1)b) 53:19
39(1)c) 23:27
53:46-47, 59
39(4) 19:26
39(12) 53:59, 61
40(1) 20:15
40(1)a) 9:13
36:28
40(1)a)(iii) 2:31
40(1.01) 36:21
40(1.1) 36:22, 28
40(2)g) 51:15
53:19
40(3.2) 15:14
40(3.4) 54:78
40(3.6) 29:15
30:5
54:78, 91-93
40(3.61) 54:78, 92-93

Loi de l'impôt sur le revenu (*suite*)

40(7)....55:48-49
42....8:59
43....53:69
43(1)....53:69-70
44....54:48
44(2)....53:51-52
44(2)a)....53:53
44(2)b)....53:51
44(2)e)....53:53
49....2:13
49(1)....2:13
49(1)b)....2:13
49(3)b)(ii)....49:18
50(1)....53:109-20
50(1)b)....53:20
51....40:20
55:38
51(1)....37:14-15
54....54:90
55:49
54 « disposition de biens »....31:6-7, 14
54 « immobilisations »....53:19
54 « résidence principale »....53:70
55:47
54.2....19:25
55....29:4, 9-10
55(2)....3:28-29
28:7, 9-13, 36, 41
29:3-7, 10-11
54:101
55:32
55(3)....29:6
55(3)a)....29:5
55(3)a)(i)....29:10
55(3)a)(v)....29:10
55(3)a)(ii)....29:10
55(3)b)(i)....43:23
55(3)b)(j)....43:23-24
55(5)e)(i)....29:10
56(1)a)....51:21
56(1)d)....36:64
56(1)h)....54:31
56(1)j)....34:28
56(1)m) [proposé]....12:6

Loi de l'impôt sur le revenu (*suite*)

56(2) 27:22
28:32
30:24
56.4 [proposé] 2:37, 41
4:10
56.4(1) [proposé] 2:37
8:14
21:41
56.4(2) [proposé] 2:37
8:14, 17-18
12:6
21:28, 41
56.4(3) [proposé] 2:37-38, 40
8:14-15, 17
12:6
56.4(3)a) [proposé] 8:17
56.4(3)b) [proposé] 8:17-18, 22
21:41
56.4(3)c) [proposé] 2:38, 40-41
8:18-19, 22
56.4(4) [proposé] 2:39
8:17
21:41
56.4(5) [proposé] 8:24
56.4(6) [proposé] 2:40
8:24
56.4(7) [proposé] 2:40
8:24
56.4(7)f) [proposé] 8:22
56.4(9) [proposé] 2:39
8:14, 22
60a) 36:64
60e) [proposé] 31:47
60e)(i) 31:49, 60-62
60e)(ii) 31:46, 48-51, 59-60, 66
60e)(v)(B) 31:53
60e)(v)(B.01) 31:53
60f) [proposé] 12:6-7
60j) 51:19, 21
60j.1) 2:36
60 l) 54:32-34, 37-39, 41-42
60 l)(ii) 54:38
60.01 ..... 51:21
60.011 [proposé] 31:60
54:34

Loi de l'impôt sur le revenu (*suite*)

60.011(1) [proposé] 31:53-54, 56
54:35-36
60.011(2) [proposé] 31:46-53, 56, 58-59, 62-63
54:34-35, 37-40
60.011(3) [proposé] 31:59
60(3) [proposé] 54:37-39
66.1(6) 23:10
66.1(6)a) 23:10-12
67 ..... 2:36
5:10
30:8-10
67.1(1) 23:32
68 ..... 2:40
8:14, 22, 24, 26
68 [proposé] 8:23-24
68c) 8:27
69(1) 28:41
40:30
69(1)a) 23:29
69(1)b) 36:9
69(5)d) 15:15
69(11) 28:41
30:27
69(1.1) 49:14
70(1) 49:11, 16
70(1)a) 49:11-12
70(2) 49:12-16
54:88
70(3) 49:12, 15
70(4) 49:13
70(5) 13:12
24:9
31:65
49:10, 19
54:40, 55, 87, 96, 107-109
55:20, 24, 80
70(5)a) 31:64-65
49:19
70(5.3) 24:9
25:43
51:13-14
54:96
70(6) 49:10
54:55, 61-62, 110
55:24

Loi de l'impôt sur le revenu (*suite*)

70(6)b) 31:55
54:55, 61
70(6.2) 31:61
49:10
54:110-112
70(9.2) 51:18-19
70(10) 51:18
73 ..... 8:7
13:11
55:83
73(1) 13:9
20:34
27:11, 20
73(1.01) 13:9-10
55:78
73(1.01)c)(i) 20:34
73(1.02) 13:9
73(1.02)b) 13:10
31:7
55:81
73(1) 55:54-55
74.1(1) 27:11-12
55:51-54
74.1(3) 55:55
74.2 ..... 55:54
74.3(1) 55:56
74.4 ..... 55:57
74.4(2) 37:15, 17
55:57-59
74.4(4) 55:59
74.5 ..... 27:5
74.5(5) 55:57
74.5(6) 55:55
74.5(7) 55:55
75 ..... 55:51
75(2) 3:4
13:9-10
31:5-6, 9, 14, 16-20, 23, 26-28,31-35, 37-40, 43-45, 50
53:31, 33-34, 37-39
55:42-43, 45-46, 50, 59-61, 63
75.2 [proposé] 31:59, 62
54:39, 41
75.2a) [proposé] 31:63
75.2b) [proposé] 31:64-65
54:40-41
80 ..... 2:14

Loi de l'impôt sur le revenu (*suite*)

82 ..... 53:51
83(2) 28:41
54:89, 94
83(2.1) 28:41
54:73
84 ..... 22:23
27:6
84(3) 3:14
28:12
30:5
54:89, 94
84(4.1) 7:24
84(2) 29:15
30:7
84(3) 2:39
8:19
84.1 ..... 2:47-51, 53-54
27:6-7, 9
29:3, 11-12, 14, 17, 20-21
30:3-8
40:20, 26
53:13
54:101
84.1(1) 2:51-52
27:7, 9-10
38:6
84.1(1)a) 30:6
84.1(1)a.1) 29:16
84.1(1)b) 29:14-15
84.1(2)b) 2:51
84.1(2.2) 2:51
85 ..... 3:17
30:23
40:20
55:57
85(1) 2:54
15:12
19:4, 26
20:30
27:18
29:9, 13, 17
30:4, 6
31:41
36:10
37:21
40:17, 25-26

Loi de l'impôt sur le revenu (*suite*)

49:10
55:26, 28-29
85(1)e.2) 54:87
85(2) 36:10
85(5.1)e) 23:17-18
85.1 ..... 40:17, 20, 25-26
85.1(3) 15:16
86(2) 37:16
87(1) 4:18
40:20
87(9) 40:20
87(11)b) 54:77, 81
88(1) 30:7
53:15-16, 20
88(1)b) 53:20
88(1)c) 53:14-16
88(1)c.2) 53:15
88(1)c.3) 53:15
88(1)c.4) 53:15
88(1)c.6) 23:29
88(1)d) 4:18
53:20
54:77, 81, 83, 111
88(3) 15:11, 15-16
89 ..... 29:3, 18
89(1) [proposé] 2:42
89(1) « capital versé » 40:19-20
89(1) « compte de dividende en capital » 25:37
89(1) « désignation excessive de dividende déterminé » 53:55
89(1) « société canadienne imposable » 53:15
89(1) « société privée » 23:26
91(1) 16:28, 33, 46
93(2) 15:15
94(1) 16:46
94(3) 53:51
94(3)a) [proposé] 12:14
95(1) 16:28-33
95(1) « entreprise de placement » 21:36
95(2) 16:28-29
95(2)f) 40:27
95(6) 16:38
95)(6)b) 27:12
96(1) 16:24
96(1)a) 19:31

Loi de l'impôt sur le revenu (*suite*)

97(2)..... 19:26
27:18, 21-23
55:66, 77
103(1)..... 27:18-19
104(1)..... 13:12
104(1.1)..... 13:10-11
31:48
55:78-79, 82
104(1.1)..... 13:10-11
104(1.1)a)..... 13:11
104(2)..... 20:11
104(3)..... 54:58
104(4)..... 13:9
31:65
54:41, 54, 89
104(4)a)..... 24:4
104(4)a.4)..... 13:10
104(5)..... 31:65
104(6)..... 3:8
54:54
104(6)b) 3:8
104(13)..... 3:5-6, 8-9
53:38
54:104
104(13.1)..... 3:8
20:33-34
31:55, 63
54:54, 58

104(13.2)..... 3:7-8
20:33-35
54:54, 58
104(14)..... 3:5-6
104(18)..... 3:5, 9-10
31:50, 63
54:23
104(21)..... 3:7-8, 12
55:56
104(21.2)..... 3:7-9, 12
104(23)a)..... 54:54
104(24)..... 3:5, 9
105(1)..... 25:45
105(2)..... 3:5, 8
53:37
107(1)a)..... 31:65

Loi de l'impôt sur le revenu (*suite*)

107(2)..... 31:17, 38, 43, 45
54:105
55:49, 61
107(2)b) 31:64
107(2.01)..... 55:49
107(4.1)..... 31:16, 37-38, 44
55:46, 61
107(4.1) d) 31:38
108(1) « bénéficiaire »..... 31:52
54:32
108(1) « coût indiqué »..... 31:64-65
54:105
108(1) « fiducie testamentaire » 54:57-58
108(1) « gains en capital imposables admissibles » 3:9
108(5)..... 3:7
108(5)a)..... 31:34
110(1)d) 49:4, 7-9, 18-19
110(1)d.01) 49:7-10
110.1 ..... 20:15
110.5 ..... 22:14
110.6 ..... 3:7-8, 12, 14
29:16
49:20
110.6 « bien agricole admissible » 53:72
110.6(1) « action admissible de petite entreprise » 3:9, 12-13
30:6, 9
53:58-59
110.6(8)..... 54:99
110.6(14)..... 3:13
110.6(14)b) 53:58-59
110.6(14)c)..... 3:8
110.6(14)f)..... 3:14
110.6(14)g) 49:20
110.6(15)..... 54:99
110.6(15)a)..... 54:100
111(1)b) 49:20
111(1.1)..... 49:20
111(5)..... 7:9, 7-12
111(5.1)..... 53:62-64
111(5.1)a)..... 53:63
111(5.1)b) 53:62-64
111(5.2)b) 53:63
112 ..... 22:17
112(1)..... 53:34
55:63
112(2.1)..... 30:21

Loi de l'impôt sur le revenu (*suite*)

112(2.2) 30:21
112(2.3) 30:21
112(2.4) 30:21
112(3.2) 54:78, 94-95, 102-103
113(1)c) 27:13
115 ..... 53:30
116 ..... 23:31
53:35
54:106
117(2) 54:54
118(3) 49:14
118.1(1) « total des dons de bienfaisance » 51:13
118.1(3) 51:3
54:114
118.1(5) 54:114
118.1(5.1) 36:48-49
118.1(5.3) 36:57
118.1(5.4) [proposé] 36:21
118.1(6) 36:21, 25
118.1(13) 36:19, 29
118.1(19) 36:22
118.2(1) 51:25
118.2(2) 51:25
118.2(2)q) 51:25-26
118.3 ..... 49:14
118.6(2) 53:64
118.61(2) 53:64
121 ..... 53:51
122.3 ..... 10:6-7, 9, 19
122.3(1) 10:8
122.3(1)b)(i) 10:9, 21
122.3(2)a) 10:9
123.4(1) « revenu imposable au taux complet » 22:14, 24
124(1) 53:66-67
125 ..... 30:8
125(2) 30:9
125(5.1) 30:29
125(7) « entreprise de placement déterminé » 21:35
30:8-9
125(7) « entreprise de prestation de services personnels » 23:23, 25
125(7) « société privée sous contrôle canadien » 23:26, 28
53:47
55:27
126 ..... 11:13
126(1) 10:19
11:12, 14

Loi de l'impôt sur le revenu (*suite*)

126(2)..... 11:12
126(6)..... 10:19
127(5)..... 40:24
127(9) « dépense admissible »..... 33:7
40:9
127(10.2)..... 30:30
127.1(2) « société admissible »..... 30:28-29
127.5..... 10:19
128.1(1)..... 53:35
129(1)..... 28:41
129(1.2)..... 28:41
36:25-26, 29
54:71
129(3)..... 53:25
129(4) « revenu de placement total »..... 34:29
130(1)..... 22:17
138.1(1)a)..... 51:5
138(12) « police d'assurance vie »..... 51:12
141..... 23:26
143.2(1) « abri fiscal déterminé »..... 53:54
143.2(6)..... 53:54
143.3 [proposé]..... 40:3-6, 8, 10, 23-30
2:15
143.3(2) [proposé]..... 40:6, 27
143.3(3) [proposé]..... 40:7-8, 25-27
143.3(3)b) [proposé]..... 2:15
143.3(4) [proposé]..... 40:8
146(1) « placement admissible »..... 2:17
146(1.1)..... 54:33
146(8.1)..... 31:52, 57, 61
34:22-24
54:31-32
146(8.8)..... 54:31
146(8.9)..... 54:31
146(10)..... 2:20
146(16)..... 34:25
148(1)..... 34:28
51:3
148(1)e)..... 54:41
148(7)..... 25:42
51:23-24
148(8)..... 25:42
34:17-21
148(8.2)..... 25:44
148(9) « coût de base rajusté »..... 25:43
53:54

Loi de l'impôt sur le revenu (*suite*)

148(9) « disposition » 25:35
51:12
148(9) « valeur » 51:24
148(9) « valeur de rachat » 51:14
54:96
150(1)c) 53:38, 56
54:54
150(1.1) 53:38-39
150(1.1)b) 53:38
152 ..... 23:59
152(3.1) 53:21
152(4)a) 53:21-22
152(8) 23:53, 59
153(1)a) 11:23
153(1)g) 11:24
21:30
153(1.1) 11:25
159(5) 49:21-22
160 ..... 23:54-57, 59
47:48-52
160(1) 25:15
47:47
160(1)e) 47:50
160(2) 23:57
54:41
160.2(1) 25:15
160.2(2) 25:15
160.2(2.1) [proposé] 54:41
160.2(2.2) [proposé] 54:41
160.2(3) 54:41
161(1) 53:57
162(7) 53:39
163(2) 47:23, 24
53:16-17, 22
163.2 ..... 53:16-17, 21-22
163.2(1) 53:23
163.2(2) 53:22
163.2(4) 53:22-24
164(6) 13:9
54:76-69, 81, 90, 95
164(6.1) 49:19
164(6.1)a) 49:19
165(3) 23:51
166 ..... 23:59
171(1) 23:59
181(3) 39:15, 17

Loi de l'impôt sur le revenu (*suite*)

181.3(3)..... 39:17
185(3)..... 31:36
186(2)..... 2:51
186(4)..... 2:18-19, 50-51
31:35
186(7)..... 2:51
187(3)..... 31:37
187.61 ..... 31:36
187.7 ..... 31:36
191 ..... 2:23
191.4 ..... 2:23
191(2)..... 2:24
194(2)a)..... 33:62
212 ..... 30:31
212(1)..... 31:36
53:6
212(1)b) 12:4-5, 8-9, 14
212(1)b) [proposé]..... 12:4-5, 8-9, 13
212(1)b)(vii) 30:30-34
212(1)d) 12:18-20
21:21-25
53:34-35, 49-51
212(1)d) [proposé]..... 12:7-8
212(1)d)(i)..... 21:21
212(1)d)(ii) 21:26
212(1)d)(iii) 21:26, 33
212(1)d)(iv)..... 21:27
212(1)d)(v)..... 21:21, 28
212(1)d)(vi)..... 21:24, 27
212(1)i) [proposé]..... 12:6-7, 11
212(2)..... 31:36
212(2.1) [proposé] 12:12
212(3)..... 12:9
212(3) [proposé] 12:9
212(4)..... 31:36
212(5)..... 12:8
21:33
31:36
53:49-51
212(5) [proposé] 12:8
212(9)d) [proposé]..... 12:9-10
212(13)..... 12:11
212(13)g) [proposé]..... 12:11
212(13.2)..... 12:11
212.1 ..... 23:30
27:6

40:26

Loi de l'impôt sur le revenu (*suite*)

212.1(1)..... 38:9
212(13.2)..... 12:10
212(13.2) [proposé]..... 12:10-11
212(14)..... 12:5
214(3)a)..... 53:6-7
215(1)..... 12:14
21:21
215(1) [proposé]..... 12:14
215(6)..... 21:21
216..... 53:66-67
216(1)..... 53:66
221..... 53:39
223(3)..... 47:38
227(8)..... 12:14
21:21
227(8.4)..... 21:30-31
227(9)..... 12:14
227.1(2)..... 47:39
227.1(2)a)..... 47:38-39
227.1(2)c)..... 47:39
231.2..... 44:10
231.2(3)..... 23:13-14, 16
231.2(3)b)..... 23:14-15
231.6..... 44:10-11
237.1..... 51:4
237.1(1) « abri fiscal »..... 23:33, 38-40, 44, 46
36:8, 18
51:5
53:54
237.1(1)a)..... 23:41
245..... 15:20
16:38
29:26-27
44:25
245(2)..... 19:30
27:16
28:40
29:14
30:24, 26, 32
53:9-10, 13, 16, 20, 27, 34
55:63
245(3)..... 27:16
28:4, 25, 40
53:27
245(3)b)..... 53:28

Loi de l'impôt sur le revenu (*suite*)

245(4)..... 27:6, 9, 12, 17, 20, 23
53:11, 27, 29
246(1)..... 30:24, 26
247(2)a)..... 44:16, 24-25
247(2)b)..... 44:16, 22, 24-25
247(3)..... 44:8, 17
247(4)..... 44:11, 16-17, 20, 28
247(4)a)..... 44:16
248(1) « activité de recherche scientifique et de recherche expérimentale »..... 33:13-14
248(1) « action privilégiée »..... 2:22
248(1) « action privilégiée à court terme »..... 2:22
248(1) « actionnaire déterminé »..... 2:18
53:15
55:57
248(1) « biens »..... 8:11
248(1) « entente d'échelonnement de traitement »..... 48:19
248(1) « entreprise »..... 4:5
19:4
21:38
248(1) « disposition »..... 7:20
21:40
248(1) « fiducie au profit de l'époux ou du conjoint de fait postérieure à 1971 »..... 31:55
248(1) « institution financière véritable »..... 24:3,6
51:17
248(1) « personne »..... 49:21
248(1) « régime privé d'assurance maladie »..... 51:25
248(1) « société exploitant une petite entreprise »..... 2:17
53:47
55:57
248(1) « société privée sous contrôle canadien »..... 2:17
248(2)c)..... 54:54, 61
248(3)..... 31:13
248(3)e)..... 54:61, 100
248(3)f)..... 31:13
55:82
248(8)..... 51:19
248(10)..... 28:3-7, 10-11, 15, 19-21, 26-28, 30-32, 35-40, 42
248(25)..... 31:18
53:45
54:32
55:47
248(25)a)..... 31:47-48
248(30) [proposé]..... 36:5, 50, 59
248(31) [proposé]..... 36:6, 10, 63

Loi de l'impôt sur le revenu (*suite*)

248(32) [proposé] 36:6
248(33) [proposé] 36:59-60
248(35) [proposé] 36:7-10, 19, 40
51:5
248(36) [proposé] 36:9-10
248(37) [proposé] 36:8-9
51:5
248(38) [proposé] 36:10
248(39) [proposé] 36:10
248(41) [proposé] 36:10
249(4)a) 7:22
23:29, 31
53:62
249(4)b) 7:22
23:29, 31
250(5) 11:5
251(1) 2:51
251(1)b) 55:33
251(2) 7:9
251(2)b) 29:10
251(3) 23:30
251(5)b) 7:24
53:58-59
253 ..... 53:30
256(1.2)f) 53:44-46
256(5.1) 53:47
256(7)a) 7:19
256(9) 7:21-22
23:26, 28-32
53:46-47
260(8)c) [proposé] 12:12

Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), c. A-1

23 ..... 23:5-6, 8
41 ..... 23:6

Loi sur l'exercice de certaines compétences municipales dans certaines agglomérations, L.R.Q., c. E-20.001

4 ..... 42:4

Loi sur l'imposition des sociétés de l'Ontario, L.R.O., 1990, c. 1-40 et mod.

5.2 ..... 20:18-22
5.3 ..... 20:18-22

Loi sur la Cour canadienne de l'impôt, L.R.C. (1985), c. T-2 et mod.

12(1)..... 23:59

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

69(3)..... 47:17
91 ..... 55:95
95 ..... 55:95
100 ..... 55:95
101 ..... 55:95
121 ..... 47:17
121(1)..... 47:18
136 ..... 47:18

Loi sur la fiscalité municipale, L.R.Q., c. F-2.1

45 ..... 42:8
264 ..... 42:11

Loi sur la justice administrative, L.R.Q., c. J-3

2 ..... 47:8
4 ..... 47:8
7 ..... 47:8
8 ..... 47:8

Loi sur la Régie de l'assurance maladie du Québec, L.R.Q., c. R-5

33 ..... 52:65

Loi sur la responsabilité de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. (1985), c. C-50

32 ..... 47:48

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

123 « entreprise »..... 43:7
123 « exclusivement » 43:14
123 « personne »..... 43:3
123(1) « bien »..... 21:44
128 [proposé]..... 43:22
141.01(5)..... 21:57
141.1 ..... 43:14, 25
141.1(1)..... 43:13
141.1(3)a)..... 43:9
142(1)..... 21:45

Loi sur la taxe d'accise (*suite*)

142(1)c) 21:45, 47
142(1)c)(i) 21:46
142(2) 21:45, 55
142(2)c) 21:46-47
143 ..... 21:47, 55
144 ..... 21:47
156 [proposé] 43:10, 12, 22-23
158 ..... 21:56
165(1) 29:32
167 ..... 3:30-31
43:12, 16, 18-21, 33
167(1) 43:20
167(1.1) 3:31
43:20
167.1 ..... 43:20
169(4) 46:3
175 ..... 43:33
179 ..... 21:47
186 ..... 43:25-26, 34-35
186(1) 43:25, 27
186(2) 43:25-26
186(3) 43:26-27
200 ..... 43:20
212 ..... 21:55
216 ..... 21:55
217 ..... 21:55-56
217c) 21:55
218 ..... 21:56-57
220 ..... 21:55
221(1) 29:30, 32
228(2) 47:53
231 ..... 43:12
240(3) 43:27, 35
253 ..... 43:33
271 ..... 43:27
272 ..... 43:28
272.1 ..... 43:29, 33-35
272.1(1) 43:33
272.1(3) 43:32
273 ..... 43:35
274 ..... 29:24-32, 37
316(2) 47:38
323 ..... 47:45
323(2) 47:39
323(2)a) 47:38-39
325 ..... 47:53

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

22.10 ..... 21:47
22.11 ..... 21:48
22.11(4)b) 21:49
39 ..... 21:56
42.7 ..... 43:15
75 ..... 3:30-31
75.1 ..... 3:31
75.1d) 43:16
201 ..... 46:3
478 ..... 29:26, 37
485 ..... 29:26, 37

Loi sur le droit d'auteur, L.R.C., c. C-42

3(1) 21:5, 53
3(1)a) 53:50
3(1)f) 53:49

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

13 ..... 34:4
47:41
14 ..... 54:54
15 ..... 34:4
24.0.1 ..... 47:40-41, 43
52:40-41
24.0.2 ..... 47:43
24.0.3 ..... 52:38-39
27.1 ..... 52:45
33 ..... 52:32, 74
35.3 ..... 47:21
36 ..... 52:44
69.0.0.3 ..... 52:41-42
69.0.0.4 ..... 52:41-42
95.1 ..... 47:13
159(2) 54:54

Loi sur les assurances, L.R.Q., c. A-32 et mod.

1 ..... 34:9
2 ..... 34:9
5 ..... 34:9
33.4 ..... 34:9-10, 12-13
33.5 ..... 34:9, 13

Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), c. P-4

50(1) 21:11

Loi sur les compagnies, L.R.Q., c. C-38

123.141 ..... 38:20

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), c. F-7 et mod.

18.5 ..... 23:56, 58-59
47:51-52

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

1 « entreprise » 33:46
2 ..... 47:13
2.2.1 ..... 52:76
7.9c) 54:54
12 ..... 33:46, 56
53:66
16.2 ..... 33:46
20b) 52:7
21.1 ..... 52:8
21.3.2 ..... 52:6, 8, 61
21.3.4a) 52:6
21.3.5 ..... 52:7, 60-63
21.3.6 ..... 52:63
21.3.6a) 52:62-63
21.4.2 ..... 52:40
21.20.2d) 52:60-61
21.20.2f) 52:60-61
21.20.3 ..... 52:60-61
22 ..... 52:35
53:66
31 ..... 20:27-29
39 ..... 52:35
62 ..... 52:42-43
62.0.1 ..... 52:43
63 ..... 52:42
65 ..... 52:43
87c) 52:69-70
101 ..... 52:28
118.62 ..... 52:37
175.1 1) 33:70
222 ..... 33:49, 60, 63
223 ..... 33:60, 63
225.2 ..... 33:49

Loi sur les impôts (*suite*)

230 ..... 33:47
230.0.0.2 ..... 33:62-63
230.0.0.6 ..... 33:70
248 ..... 52:36
301 ..... 55:38
314 ..... 34:4
421.1 ..... 52:42-43
421.2 ..... 52:43
482 ..... 33:64, 66
518 ..... 20:30-31
55:26, 28-29
521.2 ..... 20:30
522 ..... 20:31
522.1 ..... 20:31
522.5 ..... 20:31
614 ..... 55:77
657.1.0.1 ..... 20:32-33
657.1.0.1(3)(3) 38:21
671.5 ..... 20:35-36
671.7 ..... 20:35
671.10 ..... 20:35
694 ..... 20:27-29
52:38
710 ..... 33:61
716.0.3 ..... 33:61
726.6a.2) 2:53
727 ..... 20:25-26
737.18.26 ..... 52:12
752.0.10.1 ..... 33:61
52:71
752.0.10.2b) 52:37
752.0.10.8 ..... 33:61
752.0.10.10 ..... 52:70-72
752.0.11 ..... 52:73
752.0.11.1m1) 52:73
752.0.11.0m2) 52:73
752.0.11.1n) 52:73
752.0.14 ..... 52:72-73
752.0.18.15 ..... 52:37
752.12 ..... 52:37-38
771 ..... 2:26
771.0.7 ..... 52:57
772.8 ..... 11:15
772.15 ..... 20:35-36
779 ..... 47:16-18
913 ..... 52:75-76

Loi sur les impôts (*suite*)

980 ..... 33:58
985 ..... 33:58
985.23 ..... 33:59
991.1 ..... 33:59
1000 ..... 47:28-29
52:35
1000 2)d) 52:29
1001 ..... 52:35
1004 ..... 52:30
1005 ..... 23:66
47:27-29
1006 ..... 23:67
1007 ..... 23:66
47:29
1008 ..... 47:28-30
1010 ..... 23:67
47:13, 29
1010.0.3 ..... 23:67
1010.0.2 ..... 23:67
1010.0.3 ..... 23:67
1010 2) 47:28
1010 2)a) 47:26
1010 2)a.0.1) 23:65
47:26, 28, 30, 32
1011b) 47:22
1015 ..... 52:38
1015g) 11:26
1015.1 ..... 52:39
1029.7 ..... 33:45, 48, 54, 64, 66, 68
1029.7.2 ..... 52:48
1029.8.5.1 ..... 33:60
1029.8.6 ..... 33:45
1029.8.10 ..... 33:45
1029.8.12.3 ..... 52:74
1029.8.17 ..... 33:58
1029.8.18 ..... 33:58
1029.8.19.2 ..... 33:71
1029.8.21.3.2 ..... 33:45, 47-49
1029.8.36.0.17 « société déterminée » 52:68
1037 ..... 52:30
1049 ..... 47:23
1051 ..... 33:54
47:7, 10, 13-14, 31
52:32
1055.2 ..... 52:33, 35
1065 ..... 47:29

Loi sur les impôts (*suite*)

1079.10 ..... 51:16
1086.12.2 ..... 52:74
1129.29 ..... 29:10
1130 « états financiers » 23:62
1131 ..... 23:61
39:15
1136 ..... 23:61
52:25
1136 1)c) 39:3-4
1136 1)d) 39:5
1137 b.0.1) 39:7
52:23
1137.0.0.2 ..... 52:24-25
1138 ..... 39:10, 12-13
1138 1) 52:27
1138 1)a) 39:11, 13
1138 1)d.1) 39:10, 15
1138 1)d.2) 39:11, 15
1138 1.1) 52:25, 27

Loi sur les normes du travail, L.R.Q., c. N-1.1 et mod.

97 ..... 3:32
124 ..... 3:32

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

73 ..... 1:30-31
74 ..... 1:30-31

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

102 ..... 11:23, 25
105 ..... 11:24-26
105(1) 21:3, 27, 29-33
202(1) 31:37
202(2) 31:37
210 ..... 31:37
304 ..... 51:11-12
304(1)c) 51:10, 12-13
304(1)c)(iii) 24:4
306 ..... 34:43
400 ..... 53:66
400(2) 20:10
402(1) 20:9-10
402(2) 20:9-10

Règlement de l'impôt sur le revenu (*suite*)

402(3)....20:9-10
600....52:40
1015R8....11:26
100(1)c)....21:13
1100(1)....53:63-64
1100(1)a)....53:62-64
1100(9)....21:14
1100(9.1)....21:14
1100(20.1)....21:9
1103(1)....23:18-20
1103(2h)....21:13
2602(1)....53:
2900(1)a)....33:14
2900(1)d)....33:14
2900(2)....33:10
2900(2)a)....33:10-11
2900(2)b)....33:10, 12-14, 24
2900(2)c)....33:10-12, 15, 20-21, 23-24
2900(3)....33:10
4900(6)....2:17
4900(12)....2:17
4901(2) « actionnaire rattaché »....2:18
5907(1)....16:25
6204(4)....23:29
6801(d)....48:21, 26, 28-29
7000....48:19
7000(1)b)....51:8

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

694R1....20:28
1015R14.3....52:45
1056.4R1....52:40

Table de la jurisprudence

1116286 Ontario Inc. c. *La Reine*,
C.C.I. n° 2003-1202 (G.S.T.) I, octobre 2003 ..... 46:24

2968-2614 Québec Inc. c. *SMRQ*,
[2002] R.D.F.Q. 278 (C.Q.) 46:31

454538 Ontario Ltd. et 454539 Ontario Ltd. c. *MRN*,
93 D.T.C. 427 (C.C.I.) 28:7-9, 11

550285 Alberta Ltd. c. *La Reine*,
C.C.I. n° 96-4091 (G.S.T.) I, août 1998 ..... 46:29

671122 Ontario Ltd. c. *Sagaz Industries Canada Inc.*,
[2001] C.S.C. 59 (27820) 11:6

9000-6560 Québec inc. c. *La Reine*,
[2001] G.S.T.C. 16 ..... 29:28-29, 32-33, 37

Ace Holdings Ltd. c. *SMRQ*,
[1979] R.D.F.Q. 6 (C.P.) 19:34

Addison & Leyen Ltd. c. *La Reine*,
[2006] C.A.F. 107 ..... 23:54
[2006] 3 C.T.C. 95 ..... 47:50

Adrien Boulay c. *La Reine*,
[2006] C.A.F. 169; 2004 D.T.C. 3241 (C.C.I.) 47:33

Airport Auto Ltd. c. *La Reine,*
[2003] G.S.T.C. 151 (C.C.I.),
procédure générale, 30 septembre 2003 ..... 29:35

Alain Brouillette c. *La Reine*,
2005 D.T.C. 493 (C.C.I.) 2:48

Albert Strangi et al. v. *Commissioner*,
n° 03-60992, 15 juillet 2005 (5th Cir. U.S.C.A.) 55:71, 73-75

Alcatel Canada inc. c. *La Reine*,
[2005] 2 C.T.C. 2001; 2005 D.T.C. 387 ..... 33:67

Alexander Nix Group Inc. c. *La Reine*,
C.C.I. n° 2001-3361 (G.S.T.) I, août 2002 ..... 46:4, 24

Alexandrof c. *La Reine*,
95 D.T.C. 767 (C.C.I.) 19:31

Anchor Pointe Energy Ltd. c. *La Reine*,
2002 D.T.C. 2071 (C.C.I.) 23:50, 53
2003 D.T.C. 5512 (C.A.F.) 23:50
[2006] 4 C.T.C. 2353 (C.C.I.) 23:49, 52

Anderson Logging Co. c. *The King*,
[1925] R.C.S. 45 ..... 23:51, 53

Ani-Mat Inc. c. *SMRQ*,
C.Q. Sherbrooke, n° 450-80-000177-039, 5 juillet 2005,
D.F.Q.E. 2005F-80039 ..... 39:7-8
52:29
[2005] R.D.F.Q. 227 (C.Q.) 23:64

Athwal et autres c. *La Reine*,
[2003] G.T.C. 844 (C.C.I.) (I) 46:29

Auger c. *Comité de retraite de l'Université de Montréal*,
[2001] R.J.Q. 1223 (C.S.) 26:9

Autobus Thomas Inc. c. *La Reine*,
2000 D.T.C. 6168 (C.A.F.); confirmé par la Cour suprême
du Canada dans 2001 D.T.C. 5665 ..... 39:3, 5-6

Autobus Thomas Inc. c. *La Reine*,
[2001] 3 R.C.S. 5. ..... 52:23

Aviva Canada Inc. c. *La Reine*,
[2006] G.T.C. 115 (C.C.I.) 43:11

Banque de Nouvelle-Écosse c. *Thibault*,
[2004] 1 R.C.S. 758 ..... 25:11, 29
34:3, 5, 7, 9

Barbican Properties Inc. c. *La Reine*,
97 D.T.C. 122 (C.C.I.); confirmé par 97 D.T.C. 5008 (C.A.F.) 2:11

Baxter c. *La Reine*,
2006 D.T.C. 2642; [2006] 3 C.T.C. 2427,
en appel devant la Cour d'appel fédérale
(C.A.F. n° A-212-06) 23:32, 34-36, 38, 42, 46-47

Baybridge Estates Ltd. c. *MRN*,
59 D.T.C. 1098 (C. de l'É.) 19:14

B.E.A. Holdings Inc. c. *Trafsys Inc.*,
[2003] J.Q. (Quicklaw) n° 3949 (C.S.),
appel accueilli, [2004] J.Q. (Quicklaw) n° 646 (C.A.) 38:9-12

Bead Realties Ltd. c. *MRN*,
71 D.T.C. 5453 (C.F.) 19:8

Bélair cie d'assurances c. *La Reine*,
[1996] 2 C.T.C. 2374, 2380 (C.C.I.) 31:29

Bell et autres c. *La Reine*,
2002 D.T.C. 6780 (C.A.F.) 19:33

Bertco Investments Ltd. c. *SMRQ*,
[1992] R.D.F.Q. 29 (C.Q.) 39:9

BJ Services Company Canada c. *La Reine*,
2004 D.T.C. 2032 (C.C.I.) 5:17-21, 27-29, 31
53:41-42, 44

BJ Services Company Canada, The successor to Nowsco Well services Ltd. c. *La Reine*,
[2003] G.S.T.C. 513 ..... 43:10, 25

Blackstone c. *La Reine*,
74 D.T.C. 6020 (C.F. 1re inst.) 19:33

Blank c. *Canada*,
[2006] C.S.C. 39 ..... 23:5

Bleau c. *La Reine*,
2006 D.T.C. 2236. ..... 47:47

Boger (A) Estate c. *MRN*,
[1991] 2 C.T.C. 168 (C.F. 1re inst.) 31:29

Boisvert c. *SMRQ*,
D.F.Q.E. 2005F-106; [2005] R.D.F.Q. 347 ..... 47:42

Bonik Inc. et autres c. *La Reine*,
C.C.I. no 2000-3494 (G.S.T.) G, juin 2006 ..... 46:28

Boulangerie St-Augustin Inc. c. *La Reine*,
95 D.T.C. 164 (C.C.I.); confirmé par
97 D.T.C. 5012 (C.A.F.) 53:39, 42, 44

Bowater Power Co. Ltd. c. *MRN*,
71 D.T.C. 5469 (C.F.) 21:12

British American Tobacco Co., Ltd. v. *Inland Revenue Commissioners*,
[1943] A.C. 335 (H.L.) 7:5

British Columbia Power Corporation Limited c. *MRN*,
67 D.T.C. 5258 (C.S.C.) 53:39, 42-43

Bronfman Trust c. *La Reine*,
1987 D.T.C. 5059 (C.S.C.) 30:13

Brouillette c. *La Reine*,
2005 D.T.C. 493 (C.C.I.) 29:20

Brown c. *La Reine*,
2000 D.T.C. 6410 (C.A.F.) 10:9

Buckerfield's Ltd. et autres c. *MRN*,
64 D.T.C. 5301 (C. de l'É.) 7:5, 7, 9, 13, 15-16

Burke c. *La Reine*,
C.C.I. n° 2001-679 (G.S.T.) I, août 2002, j. Angers 46:26

Cadieux c. *SMRQ*,
[1993] R.D.F.Q. 193 (C.A.) 19:36

Calistar Construction Services Ltd. c. *La Reine*,
C.C.I. n° 2003-4546 (G.S.T.) I, juin 2004 ..... 46:30

Cameron c. *Canadian Factors Corporation Ltd.*,
[1971] R.C.S. 148 ..... 8:34

Campeau c. *MRN*,
93 D.T.C. 88 (C.C.I.) 19:24

Canada c. *Gestion R.F. & Fils inc.*,
R.E.J.B. 2001-25387 (C.S.) 38:17, 19-20

Canada c. *Hypothèques Trustco Canada*,
[2005] C.S.C. 54 ..... 53:26-28

Canada c. *Sherway Centre Ltd.*,
98 D.T.C. 6121 (C.A.F.) 2:8

Canada c. *Sussex Square Apartments Ltd.*,
2000 D.T.C. 6548 (C.A.F.) 38:15

Canada c. *Yannelis*,
(1995) 130 D.L.R. (4e) 632 (C.A.F.) 53:61

Canada Forgings Limited c. *La Reine*,
83 D.T.C. 5110 (C.F. 1re inst.) 53:41

Canada Square Corp. Ltd. c. *Versafood Services Ltd.*,
[1981] 15 B.L.R. 89 ..... 1:22

Canada Starch Co. Ltd. c. *MRN*,
68 D.T.C. 5320 (C. de l'É.) 53:42

Canada Trustco Mortgage Co. c. *La Reine*,
2005 D.T.C. 5523 (C.S.C.) 28:3, 5-8, 10, 13, 15-16, 18, 27, 38, 40-41

Canadian Copper & Brass Development Association c. *La Reine*,
1997] G.S.T.C. 11 (C.C.I.) 21:52

Canadian General Electric Co. Ltd. c. *La Reine*,
87 D.T.C. 5070 (C.A.F.) 21:4

Canadian Industries Ltd. c. *MRN*,
80 D.T.C. 6163 (C.A.F.) 21:18, 39

Canadian Pacific Ltée c. *La Reine*,
[2002] 2 C.T.C. 197 (C.A.F.) 27:13

Canderell Ltd. c. *La Reine*,
[1998] 1 R.C.S. 149. ..... 5:6
98 D.T.C. 6100 (C.S.C.) 28:32

Carreau c. *La Reine*,
[2006] C.C.I. 20; C.C.I. n° 2002-4205 (IT) G,
janvier 2006 ..... 23:22, 24-25

Carribean Properties Ltd. c. *La Reine*,
74 D.T.C. 6660 (C.F. 1re inst.) 19:12

Ceco Operations Ltd. c. *La Reine*,
[2006] D.T.C. 3006 (C.C.I.) 27:3, 21

Central Amusement Co. Ltd. c. *La Reine*,
92 D.T.C. 6225 (C.F.) 21:8

Centre de la Cité Pointe-Claire c. *La Reine*,
C.C.I. n° 2000-2281 (G.S.T) I, octobre 2001 ..... 46:4-5, 30

CFD Gaz Naturel inc. c. *Sylvain Lamy Plomberie Chauffage Gaz Naturel inc*.,
R.E.J.B. 2000-19186 (C.S.) 8:32

Choinière (Succession de),
C.S. Bedford, n° 460-17-000523-050, 7 février 2006,
[2006] C.S. 623, J.E. 2006-474, EYB 2006-101406 (C.S.) 54:27

Clavieri et autres c. *La Reine*,
2005 D.T.C. 586 (C.C.I.) 10:9

C. L. c. *Québec (Ministre de la Solidarité sociale)*,
Dossier SR-66202, 5 mars 1999 ..... 31:66

Cochran c. *La Reine*,
C.C.I. n° 1999-730 (G.S.T.) G, décembre 2001 ..... 46:29

Colas c. *La Reine*,
[1997] 5 G.T.C. 1033 (C.C.I.) (I) 46:29

Consoltex Inc. c. *La Reine*,
97 D.T.C. 724 (C.C.I.) 33:11

C.P.L. Holdings Ltd. c. *La Reine*,
95 D.T.C. 5253 (C.F. 1re inst.) 28:9, 12, 41

Craven v. *White*,
[1989] A.C. 459 (H.L.) 28:4, 6, 13, 26-27

Crédit-Bail Banque Nationale inc. c. *SMRQ*,
[1993] R.D.F.Q. 10 (C.Q.) 39:9

Crystal Beach Park Limited c. *La Reine*,
2006 D.T.C. 2845 (C.C.I.) 7:11

Cudd Pressure Control Inc. c. *La Reine*,
98 D.T.C. 6630 (C.A.F.) 16:3, 6

D & P Holdings Ltd. c. *La Reine*,
C.C.I. n° 98-1359 (G.S.T.) I, août 1999 ..... 46:26

Dale c. *Canada*,
[1997] 3 C.F. 235 (C.A.) 38:15, 19-20

Davies c. *La Reine*,
C.C.I. n° 97-1983 (G.S.T.) I, mai 1998 ..... 46:26

Davis c. *La Reine*,
[2004] G.T.C. 487 (C.C.I.) (I) 46:28

Dawn's Place Ltd. c. *La Reine*,
[2005] G.S.T.C. 177 (C.C.I.) 21:52

De Salaberry Realties Ltd. c. *La Reine*,
76 D.T.C. 6408 (C.A.F.) 19:21

Desautels c. *Desautels*,
[2005] J.Q. n° 10009 (C.S.) 37:29

Design Build Ltd. c. *La Reine*,
C.C.I. n° 95-3766 (G.S.T.) I, 23 septembre 1996,
confirmé par [1998] G.T.C. 6012 (C.A.F.) 46:4, 24

Desjardins Sécurité financière compagnie d'assurance-vie c. *SMRQ*,
C.A. Québec, n° 200-09-005151-052, 15 mai 2006 ..... 23:64

Desmarais c. *Canada*,
[2006] C.C.I. 44 ..... 53:26, 28

Desmarais c. *La Reine*,
[2006] D.T.C. 2376 (C.C.I.) 27:3-4, 7, 13-14
28:33
29:21
30:3, 8

Doerner c. *Bliss & Laughlin Industries Inc.*,
[1980] 2 R.C.S. 865 ..... 8:36

Dorion c. *Bédard*,
(1905) 27 C.S. 193 ..... 1:23

Douglas c. *La Reine*,
[1996] 4 G.T.C. 3125 (C.C.I.) (I) 46:27

Drouin c. *Superlec inc.*,
R.E.J.B. 2004-60769 (C.A.) 8:37-38

Duha Printers (Western) Ltd. c. *Canada*,
[1998] 1 R.C.S. 795 ..... 7:8, 11, 13, 15-16, 18

Dynamic Industries Ltd. c. *La Reine*,
[2005] C.A.F. 211 ..... 23:24

Elizabeth Symes c. *La Reine*,
[1989] 3 C.F. 59 ..... 5:4-5

Elsley c. *JG Collins Assurance Agencies*,
[1978] 2 R.C.S. 916 ..... 8:31

Evans c. *La Reine*,
[2005] D.T.C. 1762 (C.C.I.) 27:3-4, 8, 13, 17
29:20

Ferguson c. *Imax Systems Corporation*,
(1981) 12 B.L.R. 209; (1983) 150 D.L.R. (3e) 718;
(1983) 43 O.R. (2e) 128 ..... 37:25

Fiducie Desjardins inc. c. *SMRQ*,
C.A. Québec, n° 200-09-005150-054, 15 mai 2006 ..... 23:64
[2006] R.J.Q. 1341 (C.A.) 47:25

Firestone c. *Canada*,
87 D.T.C. 5237 (C.A.F.) 5:24

Fogel c. *MRN*,
59 D.T.C. 1182 (C. de l'É.) 19:14

Ford Credit Canada Limited c. *La Reine*,
2006 D.T.C. 3424 (C.C.I.) 39:17

Fortino c. *La Reine*,
2000 D.T.C. 6060 (C.A.F.) 8:3, 6-10, 12, 30, 38
97 D.T.C. 55 (C.C.I.) 8:3

Fournier c. *La Reine*,
C.C.I. no 2003-4152 (G.S.T.) I, décembre 2004 ..... 46:28

Frank Di Meglio c. *SMRQ*,
[1994] R.D.F.Q. 288 (C.Q.) 19:37

Fraser c. *MRN*,
64 D.T.C. 5224 (C.S.C.) 19:24-25, 30, 39

Frederick Coady c. *La Reine*,
2006 D.T.C. 2717 (C.C.I.) 19:12

Friedberg c. *La Reine*,
C.A.F. no A-65-89, 5 décembre 1991;
92 D.T.C. 6031 (C.A.F.);
[1993] 4 R.C.S. 285. ..... 23:21

Frontenac Shoe Ltée c. *MRN*,
63 D.T.C. 1129 (C. de l'É.) 21:7, 37

Gabie c. *La Reine*,
98 D.T.C. 2207 (C.C.I.) 10:9

Gaucher c. *La Reine*,
[2001] 1 C.T.C. 12 (C.A.F.) 47:45

Gifford c. *La Reine*,
[2004] 1 R.C.S. 411 ..... 51:9

Gilbert c. *SMRQ*,
C.Q. Montréal, n° 500-80-00703-026, 28 septembre 2005 ..... 47:40

Gingras c. *MRN*,
63 D.T.C. 1142 (C. de l'É.) 21:37

Global Communications Ltd c. *La Reine*,
99 D.T.C. 5377 (C.A.F.) 23:13, 49-50

Gonsalves c. *La Reine*,
2000 D.T.C. 1491 (C.C.I.) 10:9

Granite Bay Charters Ltd. c. *La Reine*,
2001 D.T.C. 615 (C.C.I.) 28:15, 37-38, 41

Grouchy c. *La Reine*,
90 D.T.C. 6267 (C.F. 1re inst.) 19:32

Groupe SNC-Lavalin inc. c. *Lebœuf*,
[1999] R.J.Q. 385 (C.A.) 8:30

Gypse et joints MGP Rive-Nord inc. c. *SMRQ*,
D.F.Q.E. 2006-33 (C.Q.) 46:16

Happy Valley Farms Ltd. c. *La Reine*,
86 D.T.C. 6421 (C.F. 1re inst.) 19:10

Harberdan Construction Inc. c. *La Reine*,
C.C.I. n° 98-85 (G.S.T.) I, septembre 1999 ..... 46:26

Harbhajan Singh Dosanjh c. *La Reine*,
[2004] G.T.C. 256 (C.C.I.) (I) 46:31

Hasbro Canada Inc. c. *MRN*,
98 D.T.C. 2129 ..... 21:15-16

Hayworth Equipment Sales (1983) Ltd. c. *La Reine*,
C.C.I. n° 95-4095 (G.S.T.) G, février 1998 ..... 46:3, 27

Heart Drop 2000 Distributors inc. c. *La Reine*,
C.C.I. n° 2002-3335 (G.S.T.) I, avril 2003 ..... 46:33

Helsi Construction Management Inc. c. *La Reine*,
C.C.I. n° 97-266 (G.S.T.) I, mars 2001,
renversé par [2002] G.T.C. 1195 (C.A.F.) 46:4, 24

H.F. Clarke Ltd. c. *Thermidaire Corp. Ltd.*,
(1973) 33 D.L.R. (3e) 13 (C.A. Ont.) 38:8

Hickman Motors Ltd. c. Canada,
[1997] 2 R.C.S. 336 ..... 23:51, 53

Hill c. *La Reine*,
2002 D.T.C. 1749 (C.C.I.) 2:11, 13

Hiwako Investments Ltd. c. *La Reine*,
78 D.T.C. 6281 (C.A.F.) 19:16

Holdings Ltd. c. *SMRQ*,
C.Q. Montréal, n° 500-02-094425-019, 29 juin 2006 ..... 27:3

Howson c. *MRN*,
2006 D.T.C. 644 (C.C.I.) 55:60

HR Block Canada Inc. c. *La Reine*,
[2006] G.S.T.C. 55 (C.C.I.) 21:56

H.T. Hoy Holdings Ltd. c. *La Reine*,
97 D.T.C. 1180 (C.C.I.) 28:13

Hyman c. *MRN*,
88 D.T.C. 1352 (C.C.I.) 19:31-32

Hypothèques Trustco Canada c. *Canada*,
[2005] 5 C.T.C. 215 (C.S.C.) 15:20
2005 D.T.C. 5547 (C.S.C.) 51:16

Imperial Tobacco Canada ltée c. *SMRQ*,
J.E. 2006-2188 (C.Q.) 38:13, 15, 17, 19-20

Industries S.L.M. c. *MRN*,
[1996] 2 C.T.C. 2572 (C.C.I.) 28:10

Inland Revenue Commissioners v. *McGuckian*,
[1997] 3 All. E.R. 817 (H.L.) 28:5

In Re Slocock's Will Trust,
[1979] 1 All E.R. 358 (Ch. D.) 38:4-5, 7, 18

International Colin Energy Corporation c. *La Reine*,
2002 D.T.C. 2185 (C.C.I.) 5:20-21, 31
53:41-42, 44

Isaac c. *La Reine*,
[2006] 2 C.T.C. 2234 ..... 47:52

Jean-François Blais, Christiane Auray-Blais et Innovations et intégrations brassicoles inc. c. *La Reine*,
C.C.I. n[os] 2004-206 (IT) I et 2004-2803 (IT) I, 2004-208 (IT) I et 2004-2804 (IT) I, 2004-42 (IT) I et 2004-2805 (IT) I,
25 octobre 2005 ..... 33:87

John Cragg c. *MRN*,
52 D.T.C. 1004 ..... 19:7

Johnston c. *MRN*,
[1948] R.C.S. 486 ..... 23:49, 53

Jones c. *La Reine*,
[2002] T.C.J. n[o] 338 (C.C.I.) 31:28

Joseph Ribkoff Inc. c. *La Reine*,
C.C.I. n[o] 2001-3451 (G.S.T.) G, juin 2003 ..... 46:14-17, 30
[2003] G.S.T.C. 104 (C.C.I.),
procédure générale, 12 juin 2003 ..... 29:35-37

J. R. c. *Ministre de l'Emploi, de la Solidarité sociale et de la Famille*,
SAS-Q-102697-0311, 9 août 2004 ..... 31:70

Juliar c. *Canada (Procureur général)*,
(1999) 46 O.R. (3[e]) 104 (C.S. Ont.),
appel rejeté, (2000) 50 O.R. (3[e]) 728 (C.A. Ont.),
autorisation d'en appeler refusée, 24 mai 2001,
(C.S.C.) n[o] 28304 ..... 38:3, 5, 8-10, 14, 18

Katzman c. *La Reine*,
C.C.I. n[o] 2000-3470 (IT) G, octobre 2004 ..... 46:33

Key Property Management Corp. c. *La Reine*,
C.C.I. n[o] 2001-880 (G.S.T.) G, mars 2004 ..... 46:24

Khullar Au Gourmet International Ltd. c. *La Reine*,
C.C.I. n[o] 1999-1649 (G.S.T.) I, juin 2003 ..... 46:28

Kimbell v. *Commissioner*,
244 F. Supp. 2d 700 (N.D. Tex. 2003) 55:71, 73-74

Kowalchuk et autres c. *La Reine*,
C.C.I. n° 2004-807 (IT) I, novembre 2005 ..... 46:27

Kruco inc. c. *La Reine*,
[2003] C.A.F. 284 ..... 52:11

L. Blais c. *MRN*,
[1990] 2 C.T.C. 2005; 90 D.T.C. 1499 (C.C.I.) 31:27

Laczko c. *La Reine*,
[2002] G.T.C. 393 (C.C.I.) (I) 46:29

La Reine c. *Black and Decker*,
[1975] 1 R.C.S. 411 ..... 31:39

La Reine c. *Boulangerie St-Augustin*,
95 D.T.C. 164 (C.C.I.);
confirmée par 2002 D.T.C. 6957 (C.A.F.) 5:18, 21, 31

La Reine c. *Bronfman Trust*,
87 D.T.C. 5059 (C.S.C.) 2:61

La Reine c. *Burnco Industries Ltd. et autres*,
84 D.T.C. 6348 (C.A.F.) 53:5

La Reine c. *Canadian Helicopters Limited*,
2002 D.T.C. 6805 (C.A.F.) 2:61

La Reine c. *Canadian Pacific Ltd.*,
2002 D.T.C. 6742 (C.A.F.) 28:24

La Reine c. *Canadian Utilities Ltd. and Canutilities Holdings Ltd.*,
2004 D.T.C. 6475 (C.A.F.) 28:6, 26-27, 41

La Reine c. *Continental Air Photo Ltd.*,
62 D.T.C. 1306 (C. de l'É.) 31:30

La Reine c. *Dudney*,
2000 D.T.C. 6169 (C.A.F.) 16:3, 8-9, 13, 16-17

La Reine c. *Hypothèques Trustco Canada*,
[2005] C.S.C. 54 ..... 27:3-4, 13, 17, 30, 32
[2005] 2 R.C.S. 601 ..... 2:49

La Reine c. *Kaiser Petroleum Ltd.*,
90 D.T.C. 6603 (C.A.F.);
permission d'en appeler à la Cour suprême du Canada refusée 53:41

La Reine c. *Kieboom*,
92 D.T.C. 6283 (C.A.F.) 37:20

La Reine c. *Marc Stapley*,
2006 D.T.C. 6075 (C.A.F.) 23:32

La Reine c. *McClurg*,
91 D.T.C. 5001 (C.S.C.) 28:32

La Reine c. *McLarty*,
[2005] 1 C.T.C. 2875 (C.C.I.) 23:8
[2006] 4 C.T.C. 16 (C.A.F.) 23:8

La Reine c. *McLaughlin*,
[1978] C.T.C. 602; 78 D.T.C. 6406; [1979] 1 C.F. 470 ..... 31:30

La Reine c. *National Trust Company*,
[1998] A.C.F. n° 968 (C.A.F.) 53:61

La Reine c. *Sigh*,
[1950] A.C. 345; [1950] 2 W.W.R. 835 ..... 31:29

La Reine c. *The Ennisclare Corporation*,
84 D.T.C. 262 (C.A.F.) 2:31

La Reine c. *The J.B. and Sons Co. Ltd.*,
[1970] R.C.S. 220 ..... 38:18-20

La Reine c. *Saint John Ship Building & Dry Dock Co. Ltd.*,
[1981] 1 C.F. 334 (C.A.F.) 21:4

Larue c. *MRN*,
63 D.T.C. 553 (C.A.I.) 21:36-37

La Survivance c. *La Reine*,
2005 D.T.C. 689 (C.C.I.) 23:26, 30
[2006] C.A.F. 129 ..... 53:46-47
2006 D.T.C. 6288 (C.A.F.) 7:21
23:26, 30, 32

Lee c. *Lavigne*,
[1994] R.D.J. 465 (C.A.) 47:9

Les Constructions L.J.P. et Équipements S.P.M. Inc.
c. *La Reine*,
C.C.I. n° 2003-1220 (G.S.T.) I, août 2005 ..... 46:16-18

Les Fermes Jacques Vaes inc. c. *La Reine*,
C.C.I. n° 2005-3904 (G.S.T.) I, 26 septembre 2006 ..... 46:17

Les Placements Simard E & R. Inc. c. *La Reine*,
97 D.T.C. 1328 (C.C.I.) 28:12, 41

Les Produits Fraco Ltée c. *SMRQ*,
C.Q. Montréal, n° 500-80-003466-043, 5 mai 2006 ..... 23:64
39:8
52:28

Les Voitures Orly inc. c. *La Reine*,
[2005] C.A.F. 425 ..... 29:32-33, 35

Lipson c. *La Reine*,
[2006] C.C.I. 148 ..... 27:3, 19
53:26, 28-29

London Life Insurance Company c. *La Reine*,
[2000] G.S.T.C. 111 ..... 43:10

MacIntosh c. *MRN*,
58 D.T.C. 1021 (C.S.C.) 19:8

Madsen c. *La Reine*,
2006 D.T.C. 6090 (C.A.F.) 47:49

Maege c. *La Reine*,
[2006] 3 C.T.C. 2234; 2006 D.T.C. 2756,
dont appel a été interjeté auprès de la
Cour d'appel fédérale
(C.A.F. n° A-171-06, juin 2006) 23:32-33, 35, 42, 47

Magnan c. *Compagnie Trust Royal*,
J.E. 2006-1087 ..... 26:23

Mandel c. *La Reine,*
78 D.T.C. 6518 (C.A.F.) 23:13
80 D.T.C. 6148 (C.S.C.) 23:13

Manke c. *La Reine*,
98 D.T.C. 1969 (C.C.I.) 46:16

Manrell c. *La Reine*,
2003 D.C.T. 5225 (C.A.F.) 8:3, 5, 10, 12, 30, 38
2002 D.T.C. 1222 (C.C.I.) 8:3

Marcelon inc. c. *SMRQ*,
[1991] R.D.F.Q. 3 (C.Q.) 39:9

Mathew c. *Canada*,
2005 D.T.C. 5563 (C.S.C.) 51:16

Mathew c. *La Reine*,
[2005] C.S.C. 55 ..... 27:3-4, 27, 30-31, 43
53:26-27

Mats Johansson c. *Stavanger Municipality*,
1989 Stavenger City Court (Norvège) 16:10

Maurice Ouellet c. *SMRQ*,
[2005] R.D.F.Q. 303 (C.Q.) 47:16

McGuire c. *MRN*,
56 D.T.C 1042 (C. de l'É.) 19:22

McKee c. *La Reine*,
77 D.T.C. 5345 (C.F. 1re inst.) 23:41

McNichol c. *La Reine*,
97 D.T.C. 111 (C.C.I.) 29:21

Meager Creek Holdings Ltd. c. *La Reine*,
98 D.T.C. 2073 (C.C.I.) 28:13, 22, 28, 38, 41

Metro Exteriors Ltd. c. *La Reine*,
(1995), 3 G.T.C. 2142 (C.C.I.) (I) 46:25

Michelin North America (Canada) Inc. c. *Canada*,
[2000] G.S.T.C. 17 (C.F. 1re inst.) 29:27, 32

MIL (Investments) S.A. c. *La Reine*,
[2006] C.C.I. 460 ..... 15:20-21, 16:5, 13, 17-18
[2006] T.C.C. 460 (C.A.) 27:3, 15
2006 D.T.C. 3307 (C.C.I.) 28:34, 41

M. M. c. *Québec (Ministre de la Solidarité sociale)*,
SAS-Q-059761-0002, 8 janvier 2003 ..... 31:67

Moluch c. *MRN*,
66 D.T.C. 5463 (C. de l'É.) 19:22

Montfort Lakes Estates Inc. c. *La Reine*,
79 D.T.C. 5467 (C.F. 1re inst.) 19:9

Morin c. *La Reine*,
[1975] C.T.C. 106, 110 (C.F.) 31:27

MRN c. *Consolidated Holding Co. Ltd.*,
72 D.T.C. 6007 (C.S.C.) 7:16, 18-19

MRN c. *Dworkin Furs (Pembroke) Ltd. et autres*,
67 D.T.C. 5035 (C.S.C.) 7:6

MRN c. *James A. Taylor*,
56 D.T.C. 125 (C. de l'É.) 19:5

MRN c. *Strauss*,
60 D.T.C. 1060 (C. de l'É.) 19:27

MRN c. *Transcanada Investment Corp.*,
[1956] R.C.S. 49 ..... 31:14

MRN c. *Welton Parent inc.*,
2006 D.T.C. 6093 (C.F. 1re inst.) 23:13

Nassau Walnut Investments inc. c. *La Reine*,
[1997] 2 C.F. 279 ..... 23:19, 21

Néréo Valentini c. *SMRQ*,
D.F.Q.E. 2006F-29 (C.Q.) 47:18

Neuman c. *La Reine*,
98 D.T.C. 6297 (C.S.C.) 28:32

Newfoundland Light and Power Co. Ltd. c. *La Reine*,
90 D.T.C. 6166 (C.A.F.) 53:5

Normandin c. *Cartier Manufacturing Limited*,
(1927) R.L. 459 ..... 1:24

Northwest Hydraulic Consultants Ltd. c. *La Reine*,
98 D.T.C. 1839 (C.C.I.), 1er mai 1998 ..... 33:86

Novicoff c. *SMRQ*,
C.Q. Montréal, no 500-80-000904-038, 24 octobre 2005 ..... 47:41

Nowegijick c. *La Reine*,
83 D.T.C. 5041 (C.S.C.) 28:29-30

Nussey Estate c. *La Reine*,
2001 D.T.C. 5240 (C.A.F.) 55:80

Oakfield Developments (Toronto) Ltd. c. *MRN*,
71 D.T.C. 5175 (C.S.C.) 7:7

OGT Holdings Ltd. c. *SMRQ*,
Montréal, n° 500-02-094425-019, 29 juin 2006 ..... 20:5, 31
27:14

O'Keefe c. *La Reine*,
[2006] G.T.C. 354 ..... 47:44

Old Western Pizza Inc. c. *La Reine*,
C.C.I. n° 2003-1661 (G.S.T.) I, février 2004 ..... 46:29

OSFC Holdings Ltd. c. *La Reine*,
2001 D.T.C. 5471 (C.A.F.) 28:8, 17, 21, 26-28,
30-32, 35, 38-40, 42-43

Overs c. *Canada*,
[2006] C.C.I. 26 ..... 53:26-29

Overs c. *La Reine*,
[2006] D.T.C. 2192 (C.C.I.) 27:3-4, 11

Owraki c. *La Reine*,
C.C.I. n° 2002-4935 (G.S.T.) I, janvier 2004 ..... 46:32

Pamela Allchin c. *La Reine*,
[2004] C.A.F. 206 ..... 11:5

Pantorama Industries inc. c. *La Reine*,
2005 D.T.C. 5230 (C.A.F.) 5:25

Parent c. *Graveley*,
J.E. 2006-1563 (C.S.) 26:7

Pascal Gervais c. *Appel & cie inc.*,
C.S. Longueuil, n° 505-11-004415-019, 11 juillet 2005 ..... 34:5

Paxton c. *La Reine*,
97 D.T.C. 5012 (C.C.I.) 23:19

Penn Ventilator Canada Ltd. c. *La Reine*,
2002 D.T.C. 1498 (C.C.I.) 30:16

Perron-Malenfant c. *Malenfant (Syndic de)*,
[1999] 3 R.C.S. 375 ..... 25:21

Pezim c. *Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*,
[1994] 2 R.C.S. 557 ..... 1:31

Placer Dome Canada Ltd. c. *Ontario (Ministre des Finances)*,
[2006] C.S.C. 20 ..... 23:51, 53

P.M. Fraser c. *MRN*,
[1991] 1 C.T.C. 314 (C.F.) 31:32

Prévost Car inc. c. *La Reine*,
C.C.I. n° 2004-4226 (IT) G 12:16-17, 15:22

Produits Fraco ltée c. *SMRQ*,
C.Q. Montréal, n° 500-80-003466-043, 5 mai 2006 ..... 23:60

Proulx-Drouin c. *Canada*,
[2005] A.C.I. n° 127 ..... 53:60-61

Puder c. *MRN*,
63 D.T.C. 1282; [1963] C.T.C. 445 ..... 12:20

Purves c. *La Reine*,
2005 D.T.C. 684 (C.C.I.) 10:21

Quality Checkd Dairy Products Association (Co-operative) c. *MRN*,
67 D.T.C. 5303 (C. de l'É.) 21:19

Racine, Demers et Nolin c. *MRN*,
65 D.T.C. 5098 (C. de l'É.) 19:6, 15

Rapid Transit Courier Limited c. *La Reine*,
[2000] G.T.C. 882 (C.C.I.) (I) 46:25

Rapistan Canada Ltd. c. *MRN*,
74 D.T.C. 6426 (C.A.F.);
confirmé par 76 D.T.C. 6177 (C.S.C.) 21:16, 18

Redclay Holdings Limited c. *La Reine*,
96 D.T.C. 1207 (C.C.I.) 2:11

Re Les Coopérants : Firstcliff Development inc. c. *Raymond Chabot Fafard Gagnon inc*.,
[1994] R.L. 268 (C.A.) 25:11
34:8, 9

Regal Heights Ltd. c. *MRN*,
60 D.T.C. 1270 (C.S.C.) 19:14

Réjean Millette c. *SMRQ*,
C.S. Laval, n° 540-17-001781-052, 31 mai 2006 ..... 47:5

Rick Walchuk c. *La Reine*,
2004 D.T.C. 2184 (C.C.I.) 19:28

RMM Canadian Enterprises Inc. et autres c. *La Reine*,
97 D.T.C. 302 (C.C.I.) 29:21
97 D.T.C. 420 (C.C.I.) 23:26

Robillard et autres c. *Les Galeries Parisiennes Limitée*,
(1914) 46 C.S. 233 ..... 1:24

Rona Inc. c. *La Reine*,
2003 D.T.C. 979 (C.C.I.) 5:22
21:12
53:42

Royal Trust Company c. *MRN*,
57 D.T.C. 1055 (C. de l'É.) 5:5

Safeloop.Com Inc. c. *La Reine*,
C.C.I. n° 2003-3282 (G.S.T.) I, février 2004 ..... 46:27

San Clara Holding Ltd c. *La Reine*,
(1995), 3 G.T.C. 2018 (C.C.I.) (I) 46:25

Saunders c. *Vauthier*,
(1841) 4 Beav. 115, aff'd. Cr. and Ph. 240; 41 E.R. 482 ..... 55:13

Scavuzzo c. *La Reine*,
[2006] 2 A.C.T.C. 2429 ..... 47:45

S.F.W.I. c. *Belgium*,
Revue générale de fiscalité, n° 10, octobre 1992, p. 32. ..... 16:10

Shaw Flexible Tubes c. *MRN*,
68 D.T.C. 4430 (C.A.I.) 21:17-18

Shell Canada Ltée c. *La Reine*,
1999 D.T.C. 5669 (C.S.C.) 2:8
30:13-14
[1999] 3 R.C.S. 622 ..... 23:20, 24

Siemens Canada Ltd. c. *La Reine*,
C.C.I. n° 2001-2957 (IT) G (règlement hors cour) 12:14-15

Sikora c. *La Reine*,
C.C.I. nº 2004-1531 (G.S.T.) I, avril 2005 ..... 46:32

Silicon Graphics Ltd. c. *La Reine*,
2002 D.T.C. 7112 (C.A.F.) 7:13
[2002] 3 C.T.C. 527 (C.A.F.) 16:30-32

Simpsons Ltd. c. *SMRQ*,
[1992] R.D.F.Q. 19 ..... 39:9
C.A. Montréal, nº 500-09-000040-931, 5 mai 2006 ..... 39:15

Simser c. *La Reine*,
[2005] 1 C.T.C. 229 (C.A.F.) 31:28

Singleton c. *La Reine*,
2001 D.T.C. 5533 (C.S.C.) 30:13

SMRQ c. *Corporation Financière Génécan*,
D.F.Q.E. 2006 F-21, confirmant la décision
de la Cour du Québec publiée à D.F.Q.E. 2004 F-41 ..... 39:11

SMRQ c. *Fercal Inc.*,
C.A. Québec, nº 200-09-004669-039,
20 janvier 2006; [2006] C.A. 68 ..... 34:3

SMRQ c. *Mendel Luger*,
[1987] R.D.F.Q. 134 (C.A.) 19:35

SMRQ c. *Royer-Beauvais*,
[1984] C.A. 201 ..... 38:17, 19-20

Société de commerce Acadex Inc. c. *La Reine*,
C.C.I. nº 2002-804 (G.S.T.) I, février 2003 ..... 46:4, 25

Soper c. *La Reine*,
[1997] 3 C.T.C. 242 ..... 47:37

Spectra Development Corporation c. *La Reine*,
C.C.I. nº 97-2906 (G.S.T.) I, mai 2002 ..... 46:28

Spicer (Succession) c. *Boyer-Richard*,
C.S. Montréal, nº 500-14-021797-030, 29 avril 2004 ..... 55:14
J.E. 2004-1143 (C.S.) 26:30

Sport Collection Paris Inc. c. *La Reine*,
C.C.I. nº 2005-2982 (G.S.T.) G, juillet 2006 ..... 29:37
46:13, 15

St-Martin c. *SMRQ* et *Jean Roch Lavoie* c. *SMRQ*,
CQ. Joliette, n^os 705-02-007004-005 et 705-02-007005-002,
10 décembre 2002 ..... 47:22

Stratford Toyota Limited c. *La Reine*,
C.C.I. n^o 96-1192 (G.S.T.) I, 18 août 1998 ..... 46:33

Stubart Investments Ltd. c. *La Reine*,
84 D.T.C. 6305 (C.S.C.) 30:23
[1984] 1 R.C.S. 536 ..... 29:36

Succession de L. McEntyre c. *La Reine*,
97 D.T.C. 245 ..... 5:29

Succession Terrill Lewis c. *MRN*,
87 D.T.C. 492 (C.C.I.) 31:24, 26

Supreme Precision Castings (1963) Ltd. c.
Parker Industries Limited,
[1963] J.E. 85-967. ..... 1:24

*Swallows Holding Ltd. v. Commissioner of
Internal Revenue*,
126 T.C. 96 ..... 14:3-4

Symes c. *La Reine*,
94 D.T.C. 6001 (C.S.C.) 28:32

Systematix Technology Consultants Inc. c. *La Reine*,
C.C.I. n^o 2005-2925 (G.S.T.) I, septembre 2006 ..... 46:26

Sziklai c. *La Reine*,
[2006] G.S.T.C. 42. ..... 47:36

Taiger c. *MRN*,
64 D.T.C. 580 (C.A.I.) 19:27-28

Tatone c. *SMRQ*,
[1992] R.D.F.Q. 232 (C.Q.) 19:36

Tehrani c. *La Reine*,
[2006] 3 C.T.C. 2269 ..... 47:39

Texaco Inc. c. *Penzoil Co.*,
729 S.W. (2^e) 768 (Tex. Appeal 1987) 1:23

Timmins c. *La Reine*,
99 D.T.C. 5494 (C.A.F.) 10:8

Toulon Development Corp. c. *Revenu Properties Central Developments Limited*,
[1988] J.E. 88-215 (C.A.) 1:29

Transocean Offshore Ltd. c. *La Reine*,
[2005] C.A.F. 104; 2005 D.T.C. 5201 ..... 12:18-19

Trans-Prairie Pipelines Ltd. c. *MRN*,
70 D.T.C. 6351 (C. de l'É.) 2:61

Tremblay c. *La Reine*,
C.C.I. n° 2000-1348 (G.S.T.) I, février 2001 ..... 46:32

Truckbase Corporation inc. c. *La Reine*,
2006 D.T.C. 2930 (C.C.I.) 5:27

Turner c. *La Reine*,
[2006] G.S.T.C. 32; [2006] 3 C.T.C. 2041 ..... 47:38

Twin Islands Estates Ltd. c. *La Reine*,
2004 D.T.C. 2515 (C.C.I.) 19:7, 13

Two Carlton Financing Ltd. c. *Canada*,
[1998] G.S.T.C. 59 (C.C.I.) 43:9

Unic Drywall et autres c. *La Reine*,
C.C.I. n° 2003-493 (G.S.T.) I, janvier 2004 ..... 46:28

United States v. *Byrum*,
408 U.S. 125 (1972) (U.S.S.C.) 55:72-74

Univar Canada Ltd. c. *La Reine*,
[2005] D.T.C. 1478 (C.C.I.) 27:3, 12

Vauban Productions c. *La Reine*,
79 D.T.C. 5186 (C.A.F.), par. 11;
confirmant [1976] 1 C.F. 65 ..... 21:22

Ventes d'autos Giordano inc. c. *La Reine*,
[2001] G.S.T.C. 37 ..... 29:26, 28-30, 32-33, 37

Vina-Rug (Canada) Ltd. c. *MRN*,
68 D.T.C. 5021 (C.S.C.) 7:6

Wawang Forest Products Ltd. and Nerak Contractors Inc. c. *La Reine*,
2001 D.T.C. 5212 (C.A.F.) 23:11
53:5

Webster c. *Canada*,
[2003] C.A.F. 388 ..... 23:58, 59

West Topaz Property 27:3Ltd. c. *La Reine*,
[2005] C.C.I. 655 (C.C.I.) 27:3, 17

Weyand c. *La Reine*,
[2004] G.S.T.C. 64 (C.C.I.) 47:37

Wiebe Door Services Ltd. c. *MRN*,
87 D.T.C. 5025 (C.A.F.) 11:6

Wildenburg Holdings Ltd. c. *Ministère du Revenu (Ontario)*,
[2000] 3 C.T.C. 148. ..... 16:24

Will-Kare Paving & Contracting Ltd. c. *La Reine*,
[2000] 1 R.C.S. 915 ..... 31:30

William Bannerman c. *MRN*,
59 D.T.C. 1126 (C.S.C.) 5:31

William J. McNichol et autres c. *La Reine*,
97 D.T.C. 111 (C.C.I.) 53:10-11

Williams c. *La Reine*,
[2005] 4 C.T.C. 2499 (C.C.I.) 31:5, 24, 26
C.C.I. n° 2001-4511 (IT) G, 19 août 2005 ..... 55:80

Wilson c. *La Reine*,
[1983] 2 R.C.S. 594 ..... 38:15-16, 19

Winter and Others c. *Inland Revenue Commissioners*,
[1963] A.C. 235 ..... 23:11

Wolf c. *Canada*,
[1992] C.A.F. n° 890 (A-857-90) 11:6

Wolf c. *La Reine*,
[2002] C.A.F. 96 ..... 23:24

W.T. Ramsay Ltd. v. *IRC*,
(1981) 54 T.C. 101 (H.L.) 28:4

Zainul & Shazma Holdings Ltd. c. *La Reine*,
2004 D.T.C. 3015 (C.C.I.) 21:23

ÉTAPES PRÉLIMINAIRES À L'ACQUISITION D'UNE ENTREPRISE

Louis Clément
Associé, avocat
Fraser Milner Casgrain s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 1:3

1. L'ENQUÊTE PRÉLIMINAIRE 1:4

1.1. ORGANISATIONS OU REGISTRES ET INFORMATIONS DISPONIBLES 1:5

2. L'ENTENTE DE CONFIDENTIALITÉ 1:8

2.1. DÉFINITION DE « RENSEIGNEMENTS CONFIDENTIELS » 1:10
2.2. ENGAGEMENTS USUELS IMPOSÉS À LA PARTIE RÉCEPTRICE 1:12
2.3. PERSONNES À QUI L'INFORMATION EST DIVULGUÉE 1:12
2.4. ABSENCE DE DÉCLARATION ET GARANTIE SUR L'INFORMATION DIVULGUÉE 1:13
2.5. AUTRES DISPOSITIONS 1:13

3. LA LETTRE D'INTENTION 1:14

3.1. INTRODUCTION 1:14

3.2. DIFFÉRENTS TYPES DE LETTRES D'INTENTION 1:15
3.2.1. Une correspondance 1:16
3.2.2. Lettre descriptive de certains consensus 1:17
3.2.3. Lettre descriptive de certains consensus combinés avec certains engagements fermes 1:17
3.2.4. Un contrat définitif 1:18
3.3. AUTRES CONSIDÉRATIONS JURIDIQUES 1:19
3.3.1. La formation des contrats 1:19
3.3.2. Facteurs indicatifs qu'il s'agit d'un document exécutoire, c'est-à-dire un contrat 1:21
3.3.3. Facteurs indicatifs qu'il s'agit d'un document non exécutoire, à l'exemple d'une lettre d'intention 1:22
3.3.4. Force exécutoire des clauses restreignant la preuve 1:28
3.3.5. L'obligation de négocier de bonne foi 1:29
3.3.6. Signature d'une lettre d'intention par un émetteur assujetti : divulgation obligatoire ou non 1:30

4. CONCLUSION 1:34

4.1. CONSIDÉRATIONS PRATIQUES 1:35
4.1.1. Force morale 1:35
4.2. CONTENU D'UNE LETTRE D'INTENTION BIEN RÉDIGÉE 1:36
4.3. AVANTAGES ET DÉSAVANTAGES 1:37
4.3.1. La lettre d'intention comme outil de négociation 1:38
4.3.2. Participation de tierces personnes 1:38
4.3.3. Aide-mémoire – Planification de la transaction 1:40
4.3.4. Circonstances favorables suscitant l'intérêt 1:40
4.3.5. Caractère incertain des effets découlant d'une lettre d'intention 1:41
4.3.6. Efforts importants associés à sa mise en place 1:41
4.3.7. Création involontaire d'un encan 1:42

CONCLUSION 1:42

INTRODUCTION

Les « étapes préliminaires de la transaction » se situent chronologiquement, comme le titre l'indique, bien en amont de la clôture de la transaction. Ces étapes sont déterminantes pour bien cerner les intérêts respectifs des parties, obtenir de l'information, formaliser certains consensus préliminaires et déterminer les étapes qui demeurent à franchir pour compléter la transaction. Ces étapes préliminaires sont essentielles afin que les efforts qui seront déployés par la suite soient dirigés et encadrés de façon à maximiser les chances de conclure la transaction. C'est aussi dans le contexte de ces étapes préliminaires que les parties chercheront à établir un climat de confiance et de respect mutuel pour éviter que les négociations parfois serrées qui suivront ne se traduisent par un achoppement de la transaction. À cette étape critique, l'absence de communications ou la mauvaise communication peut être déterminante sur la relation de confiance en voie d'être bâtie, chaque partie étant généralement sur ses gardes, cherchant à déterminer si l'enthousiasme démontré est réel ou cache en fait le désir d'un offrant potentiel d'accéder à de l'information à des fins de concurrence déloyale ou autre motif non avoué.

Vues sous l'angle de la participation des avocats par rapport à certains autres consultants et professionnels associés aux fusions et acquisitions, les étapes préalables de nature juridique suivent occasionnellement d'autres étapes préliminaires ayant permis de déterminer l'intérêt commercial des parties à procéder à une transaction. Ainsi, l'avocat intervient souvent après la tenue d'un certain nombre de rencontres, voire après l'échange de documents.

Si l'on devait utiliser deux mots clés pour décrire l'intérêt que devrait avoir chacune des parties à ce stade précoce des négociations, on serait porté à dire « l'obtention d'informations ». En effet, cette simplification un peu réductrice des objectifs visés lors de ces étapes a le mérite de clairement démontrer qu'à ce stade, il reste généralement plusieurs questions importantes à négocier. Comme nous le mentionnons plus loin dans le présent texte, très régulièrement, même après la signature de la lettre d'intention, le prix exact payable par l'offrant reste souvent à négocier ainsi que la détermination des éléments d'actif précisément recherchés par ce dernier. L'obtention d'informations au stade préliminaire permettra plus tard dans le processus de négociation d'aborder intelligemment, avec de meilleures chances de succès, les points litigieux qui pourront faire surface. On comprendra donc pourquoi l'obtention d'informations est si cruciale.

N'est-il pas vrai d'ailleurs que dans les circonstances les plus favorables, un acheteur désirera à la date de clôture connaître la compagnie cible de fond en comble comme s'il l'avait lui-même exploitée dans le passé de manière à la gérer, après la séance de clôture, de façon optimale. Vu sous cet angle, l'acheteur dispose de la période comprise entre les pourparlers initiaux et la séance de clôture pour obtenir toute l'information nécessaire ou simplement utile pour gérer efficacement la compagnie cible. Or, nous démontrerons notamment qu'il est avantageux de disposer d'un maximum d'informations, tôt dans le processus, pour mettre à contribution cette information dans le cadre des négociations et non uniquement pour la période de transition suivant immédiatement la clôture.

Est-ce que l'acheteur désire accroître ses parts de marché? Désire-t-il prendre de l'expansion géographique? S'agit-il d'un projet où une compagnie cherche à acquérir un fournisseur, c'est-à-dire à intégrer toutes les étapes de production d'un secteur d'activité ou s'agit-il d'un projet de diversification? S'agit-il d'une acquisition stratégique de nature capital pour l'acheteur? Pourquoi le vendeur désire-t-il vendre? Est-il sur le point de perdre un client très important? Pour pouvoir compétitionner, doit-il réinvestir des sommes importantes pour renouveler une machinerie désuète ou des procédés inadéquats? Toutes ces questions doivent être abordées tôt dans le processus.

Au delà de l'avantage indiscutable que procure l'obtention d'informations, le présent texte cherchera à mettre en relief, notamment en ce qui a trait à la lettre d'intention, les avantages et désavantages associés à la rédaction d'une telle lettre, à mi-chemin dans le processus.

1. L'ENQUÊTE PRÉLIMINAIRE

Cette étape fait référence aux informations qui pourront être recueillies par les parties en cause avant même les pourparlers initiaux, la signature d'une lettre d'intention ou la remise de documents par la compagnie cible ou l'aménagement d'une salle de consultation. Il s'agit en fait d'informations répertoriées dans des registres publics maintenus par les provinces, par le Canada ou dans des pays étrangers ou tout simplement disponibles sur le Web. Au Canada, il est possible de consulter la presque totalité de ces registres au moyen d'Internet ou de la base de données informatiques de SOQUIJ, et ce, à l'insu et sans le consentement de la partie sur laquelle de l'information est recherchée. Considérant les coûts réduits associés à cette démarche, l'avocat chevronné en fusions et acquisitions procédera automatiquement à cette enquête préliminaire.

Au Canada, les registres qui devraient être consultés et les services et sujets traités par ces derniers sont indiqués ci-après.

1.1. ORGANISATIONS OU REGISTRES ET INFORMATIONS DISPONIBLES

NOM DE L'ORGANISATION OU DU REGISTRE	NATURE DE L'INFORMATION DISPONIBLE
Registraire des entreprises Province de Québec (www.igif.gouv.qc.ca)	Information sur les compagnies faisant affaire au Québec et celles constituées en vertu de la *Loi sur les compagnies*[1] : - adresse du siège social; - noms des administrateurs; - noms des officiers; - noms des trois actionnaires votants les plus importants; - ancienne dénomination sociale; - raison sociale; - compagnie antérieure à un changement de nom ou à une fusion.
Industrie Canada (www.strategis.ic.gc.ca)	Information sur les sociétés constituées ou continuées en vertu de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*[2] : - adresse du siège social; - noms des administrateurs; - ancienne dénomination sociale; - date de la fin de l'exercice financier; - l'identité des actionnaires **n'est pas** dévoilée.
Plumitifs des tribunaux de la province de Québec et Cour fédérale (civil et criminel) (www.azimut.soquij.qc.ca)	Poursuites (tant en demande qu'en défense) dirigées contre la compagnie cible et ses filiales.

[1] L.R.Q., c. C-38.

[2] L.R.C. (1985), c. C-44 et mod.

Registre des droits personnels et réels mobiliers (www.rdprm.gouv.qc.ca)	Détails sur les sûretés grevant les biens mobiliers (comprenant le crédit-bail, la vente conditionnelle et le bail visant les biens mobiliers) : - identification des créanciers principaux de la compagnie cible; - préavis d'exercice des droits hypothécaires exercés par les créanciers (prise en paiement, vente en justice, etc.).
Bureau de la publicité foncière (www.registrefoncier.gouv.qc.ca)	Titre de propriété d'un immeuble, servitudes, acte d'échange, sûretés grevant un immeuble et préavis d'exercice des recours hypothécaires affectant un immeuble.
Banque du Canada (www.bas.csrs.net)	Sûretés prises en vertu de l'article 427 de la *Loi sur les banques*[3] visant l'inventaire.
Registre des marques de commerce au Canada, aux États-Unis et dans d'autres juridictions (www.strategis.ic.gc.ca) (www.thomson-thomson.com – il s'agit d'un service de recherches privé)	Repérage des marques de commerce sur la base de la dénomination sociale de la compagnie cible. Nom du propriétaire inscrit des marques de commerce, description des marques de commerce, numéro des marques de commerce liées, date d'enregistrement des marques de commerce (validité de 15 ans).
Brevets (www.strategis.ic.gc.ca)	Information sur les brevets au Canada, aux États-Unis et dans d'autres juridictions : - nom du titulaire du brevet; - nom de l'inventeur; - description détaillée du brevet; - numéro d'enregistrement.
Surintendant de faillite (www.strategis.ic.gc.ca)	Procédures prises en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*[4].

[3] L.R.C. (1985), c. B-1 et mod.

[4] L.R.C. (1985), c. B-3 et mod.

Site Web des Bourses, des commissions des valeurs mobilières et SEDAR, et son pendant américain EDGAR (www.sedar.com) (www.edgar-online.com) (www.cvmq.com)	Informations sur les sociétés dont les valeurs mobilières sont cotées à la Bourse, informations sur les sociétés ouvertes, consultation ou obtention de copies des documents d'information continue des sociétés ouvertes et des organismes de placement collectif. Le site Web de SEDAR et son pendant américain EDGAR contiennent nombre d'informations qui peuvent s'avérer pertinentes. SEDAR signifie « système électronique de données, d'analyse et de recherche ». Ce système électronique de données, d'analyse et de recherche a été mis au point par les autorités canadiennes en valeurs mobilières afin : - de faciliter le dépôt électronique de données sur les valeurs mobilières canadiennes, comme il est exigé par les autorités canadiennes en valeurs mobilières; et - de permettre la diffusion publique de l'information afférente aux valeurs mobilières canadiennes rassemblée au cours du processus de dépôt. En plus d'un « profil » par sociétés ouvertes, la plupart des documents qui sont légalement tenus d'être déposés auprès des autorités canadiennes en valeurs mobilières peuvent être consultés sur SEDAR à l'instar de tous les documents d'information continue (avis de changement important, communiqués de presse), états financiers, rapports annuels, notice annuelle d'information qui se retrouvent également sur ce site. Les autorités canadiennes en valeurs mobilières peuvent aussi divulguer, selon le cas, d'autres documents qui ont été déposés au registre comme des prospectus, une convention de prise ferme, une circulaire de la direction, etc.

	Dans le contexte des plans d'arrangement ou des acquisitions ou vente importantes, il est probable que des conventions d'achat/vente soient aussi disponibles sur le site.
Site Internet	- La plupart des sociétés ont maintenant leur site Internet. - Analyses publiées par les principaux analystes financiers/analyse des industries disponibles sur les nombreux sites Internet financiers.

L'intérêt pour l'offrant de consulter systématiquement ces registres est évident. Dans le contexte d'un dossier s'étirant sur plusieurs mois, un avocat diligent consultera ces registres plus d'une fois.

Du point de vue d'un vendeur, la consultation de certains de ces registres ou sites est de mise pour essayer de cerner le caractère stratégique ou non de l'acquisition pour l'offrant. De plus, pour le vendeur qui est payé, en totalité ou en partie, en actions émises par l'acquéreur, la vente de la compagnie cible se traduit pour lui par l'acquisition d'une participation dans l'acquéreur, d'où l'intérêt de consulter ces registres dès que possible avant d'accepter d'être payé en actions.

2. L'ENTENTE DE CONFIDENTIALITÉ

Certaines considérations entourant l'entente de confidentialité aussi connue comme l'entente de non-divulgation seront brièvement abordées.

Lorsqu'une compagnie est disposée à recevoir des offres dans le contexte de sa mise en vente, elle cherche généralement à attirer le plus grand nombre d'acheteurs potentiels, comprenant ses concurrents. De façon à maximiser la valeur monétaire de ces offres, la compagnie devra se mettre en valeur et divulguer l'information, parfois confidentielle, qui la distingue. Ces intérêts conflictuels, soit, d'une part, la préservation de la confidentialité de l'information plus sensible et, d'autre part, le désir de la compagnie cible de maximiser la qualité des offres reçues sont gérés par l'entente de confidentialité.

Mentionnons d'abord qu'au Canada, aucune législation ne protège de façon explicite la confidentialité des secrets industriels ou autres informations

confidentielles relativement à leurs affaires (sous réserve de la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*[5] au Québec et la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*[6]). En l'absence de convention, une entreprise qui se plaindrait qu'un tiers utilise ses informations confidentielles devra entamer les recours de droit commun de nature délictuelle ou l'injonction pour faire valoir ses droits. Dans le contexte d'une poursuite en dommages, à la satisfaction des tribunaux, ce plaignant devra alors établir qu'il y a eu faute, que cette faute a entraîné des dommages et qu'il existe un lien de causalité entre la faute commise et les dommages subis. À l'égard du premier élément à prouver, soit la faute, ce plaignant devra d'abord établir que la défenderesse connaissait ou aurait dû connaître le caractère confidentiel des informations utilisées par celui-ci. Bref, les recours disponibles en vertu du droit général pourront s'avérer difficiles à mettre en branle.

Cette dynamique explique l'utilisation fréquente des conventions portant sur la confidentialité, que ce soit dans le cadre des contrats d'emploi ou à titre d'entente préalable à des discussions portant sur un projet d'acquisition.

Bien qu'il s'agisse fréquemment de la première entente signée entre les parties à une transaction envisagée, rien n'oblige celles-ci à consigner leur entente dans un contrat distinct, étant entendu qu'il arrive assez fréquemment que les engagements de confidentialité fassent l'objet d'une clause insérée dans la lettre d'intention. En ce sens, l'entente de confidentialité est facultative.

Le contexte dans lequel elle s'inscrit influera nécessairement sur le contenu de pareille entente. Ainsi, advenant qu'un offrant désire acheter un concurrent dans son propre marché, on comprendra que la divulgation de renseignements confidentiels constituera une opération très délicate pour la compagnie cible qui cherchera alors à gérer de façon détaillée le processus de divulgation. Dans ces circonstances, on peut penser que la compagnie cible ne remettra aucune photocopie de ses contrats et documents mais aménagera plutôt une salle de consultation, généralement chez son avocat. Des règles strictes seront mises en place pour limiter la consultation à des prises de notes, les personnes désirant accéder à la salle de consultation devant accepter les règles de consultation. Ces personnes devront signer un registre maintenu par les gardiens de cette salle, etc. Dans ces circonstances, la compagnie cible pourra décider de permettre un accès en deux étapes.

---

5 L.R.Q., c. P-39.1.

6 2000, c. 5.

Dans un premier temps, elle permettra l'accès aux documents et informations moins sensibles et, dans un deuxième temps, et dans la mesure où l'offrant aura soumis une offre prévoyant un nombre minimal de conditions, elle permettra l'accès à de l'information plus sensible, comme l'identification précise des clients importants de la compagnie cible, la rentabilité de certains contrats, etc. Nous avons déjà participé à une transaction de plusieurs dizaines de millions de dollars où, littéralement, le jour de la clôture, l'acheteur avait son chèque dans les poches et quelques minutes avant de remettre son chèque, le vendeur divulgua sa liste de clients. Dans cette affaire, l'acheteur avait eu accès au montant total des ventes, aux contrats importants signés avec les clients (l'identification des clients sur les contrats divulgués avait été ombragée) ainsi qu'à la ventilation des ventes entre les cinq clients les plus importants.

Évidemment, le contexte où une société s'intègre verticalement en acquérant un fournisseur d'un produit mélangé ou intégré dans le produit vendu par l'offrant soulèvera d'autres types de préoccupations chez le fournisseur cible qui ne voudra pas dévoiler, par exemple, certains contrats intervenus avec d'autres acheteurs de son produit ayant réussi à négocier un meilleur prix que l'offrant.

Dans un contexte de pure diversification ou advenant une acquisition dans un marché géographique très différent, la compagnie cible pourra ne pas craindre de divulguer complètement l'information la concernant. Dans ce contexte, l'entente de confidentialité est plutôt simple et n'est pas nécessairement négociée.

Enfin, l'entente concernant la confidentialité peut être unilatérale, bilatérale voire mettre en cause plusieurs parties. On n'a qu'à penser à une acquisition payable en partie par l'émission d'actions où la compagnie cible cherche aussi à obtenir de l'information sur l'offrant qui doit dès lors divulguer de l'information tout comme la compagnie cible.

Les paragraphes qui suivent renvoient aux thématiques généralement traitées dans pareille entente.

2.1. DÉFINITION DE « RENSEIGNEMENTS CONFIDENTIELS »

Il existe différentes catégories de renseignements confidentiels :

- secrets relatifs à des produits donnés;
- secrets technologiques;

- renseignements commerciaux stratégiques; et

- compilation spécialisée de renseignements.

Ainsi, les tribunaux retiennent une série de considérations pour déterminer si une information constitue un secret. L'auteur Sheldon Burshtein s'exprimait ainsi sur ce sujet :

> « The general test for determining if information qualifies as a trade secret includes consideration of many factors, including the following: the extent to which the information is known outside the business and by employees and others involved in the business; the value of the information to the business and to competitors; the cost and effort the business has expended in developing or acquiring the information; the difficulty others face in acquiring the information and the measures taken to guard the secrecy of the information[7]. »

L'entente de confidentialité viendra généralement préciser la définition que les parties entendent attribuer à « renseignements confidentiels », à la lumière de la nature des renseignements qui devront être divulgués aux fins du projet à l'étude.

Évidemment, la partie qui divulgue de l'information cherchera à étendre la définition pour inclure tous les renseignements qui seront communiqués, oralement ou par écrit, alors que la partie qui reçoit cette information cherchera à réduire la portée de la clause.

Libellé favorisant la partie émettrice

- Tous les renseignements communiqués par la compagnie cible, oralement ou par écrit et tous les autres renseignements concernant la compagnie cible obtenus par l'offrant à la suite de la consultation par ce dernier des dossiers maintenus auprès des organismes publics.

Libellé favorisant la partie réceptrice

- Tous les renseignements communiqués par écrit seulement et sur lesquels un sceau marqué « confidentiel » apparaît, et excluant :

  - l'information qui était en possession de la partie réceptrice avant sa divulgation;

---

7 Sheldon BURSHTEIN, « Practical Approaches to Protecting Trade Secrets », (1992), vol. 2, n° 6 *Canadian Labour Law Reporter* 65-67, p. 65.

- l'information confidentielle qui est déjà ou devient connue (ou généralement disponible) du public;

- l'information que la compagnie cible a subséquemment acceptée de rendre publique; et

- l'information divulguée à la suite d'une ordonnance ou une autre décision d'un organisme ou tribunal ayant le pouvoir de contraindre et qui requiert la divulgation de cette information confidentielle.

2.2. ENGAGEMENTS USUELS IMPOSÉS À LA PARTIE RÉCEPTRICE

Les engagements usuels que l'on retrouve dans l'entente de confidentialité se résument ainsi :

- Affirmation par la partie émettrice de son droit de propriété dans l'information divulguée;

- Obligation de conserver le caractère confidentiel et de ne révéler à aucun tiers l'information divulguée (principe de la non-divulgation);

- Obligation de prendre toute précaution et toute mesure pour assurer que le caractère confidentiel de l'information soit maintenu, comprenant toute précaution spécifiquement demandée de temps à autre par la partie émettrice;

- Obligation de remettre à la partie émettrice, sur simple demande, copie de tous les documents remis ou de les détruire, et de transmettre à la partie émettrice un certificat d'officier confirmant pareille destruction; et

- Obligation de ne pas utiliser l'information divulguée à toute fin autre que de permettre à la partie réceptrice de déterminer l'intérêt ou l'opportunité de procéder à la transaction à l'étude.

2.3. PERSONNES À QUI L'INFORMATION EST DIVULGUÉE

L'entente pourra prévoir nommément les représentants de la compagnie cible à qui sera remise l'information ou prévoir que la partie émettrice pourra identifier ces personnes pendant le déroulement du projet, cela associé à l'interdiction pour eux de la divulguer à quiconque. Pour la partie réceptrice, l'entente pourra aussi prévoir l'obligation de divulguer l'information à même son groupe qu'aux seules personnes qui ont besoin de la connaître (*need to know basis*) aux fins du projet à l'étude. Généralement, peu importe que

certains individus soient identifiés, la responsabilité découlant d'un non-respect de l'obligation de non-divulgation sera assumée par la partie réceptrice (c'est-à-dire l'entité corporative) et, possiblement, par les individus identifiés.

Il est fréquent que l'obligation de non-divulgation soit libellée de façon à prévoir que la partie réceptrice pourra divulguer l'information reçue à tout agent, conseiller juridique, conseiller financier ou autre tiers mandataire, à la condition que ces personnes interviennent (souvent par voie d'annexe) à l'entente ou soient informées et tenues aux mêmes obligations de confidentialité.

2.4. ABSENCE DE DÉCLARATION ET GARANTIE SUR L'INFORMATION DIVULGUÉE

Considérant qu'aux termes de la vérification diligente, l'offrant obtiendra vraisemblablement des copies de plusieurs documents de travail internes de la compagnie cible (par exemple, des budgets *pro forma*, des descriptions de projets d'investissement en immobilisations combinés avec des gains anticipés au terme de tels projets, des plans d'affaires prévoyant le démarchage de nouveaux clients), il est très important pour la compagnie cible de prévoir une clause de dégagement de responsabilité excluant spécifiquement toutes déclarations et garanties sur l'exactitude ou la convenance à un usage particulier de l'information divulguée.

2.5. AUTRES DISPOSITIONS

L'entente comportera généralement une durée excédant la période anticipée des pourparlers de façon à protéger la partie émettrice advenant un achoppement des négociations.

Pour les compagnies publiques, la divulgation d'informations confidentielles soulève des problèmes particuliers. Ainsi, le conseil d'administration de la compagnie publique cherchera à se protéger du scénario, où après avoir collaboré avec l'offrant en lui remettant de l'information, ce même offrant pourrait être tenté de déposer une offre publique d'achat adressée aux actionnaires. De plus, la divulgation sélective d'informations confidentielles soulève des problèmes, à la lumière des lois canadiennes sur les valeurs mobilières. La façon habituelle de résoudre ces difficultés consiste à intégrer dans l'entente de confidentialité une clause de *statu quo* (*standstill provision*) aux termes de laquelle la partie réceptrice s'interdira d'acquérir des actions de la compagnie cible.

Une autre clause qui pourra être utile pour un offrant dans un contexte d'encan où plusieurs offrants procèdent en simultané à une vérification diligente consiste en la « clause dite de la nation la plus favorisée », prévoyant l'obligation pour la partie émettrice de rendre disponibles les mêmes informations à l'ensemble des offrants et conséquemment, d'assurer l'uniformité des ententes de confidentialité.

Enfin, l'entente de confidentialité prévoira généralement une interdiction de dévoiler à des tiers la transaction envisagée de façon à éviter de provoquer un encan non désiré.

3. LA LETTRE D'INTENTION

3.1. INTRODUCTION

Les gens d'affaires utilisent la lettre d'intention lorsqu'ils anticipent que plusieurs semaines voire plusieurs mois seront nécessaires pour compléter l'ensemble des négociations entourant une transaction donnée. Ces gens d'affaires cherchent à signer une lettre d'intention, lorsqu'ils jugent plus probable qu'une transaction sera conclue que l'inverse, ce qui présuppose des pourparlers tenus avant la signature d'une lettre d'intention. Comme on le verra plus loin, il existe en fait plusieurs types de lettres d'intention répondant à des besoins différents, ce qui rend hasardeux d'énoncer une définition précise. Proposons tout de même deux définitions générales : « Une lettre d'intention consiste en un document écrit pré-contractuel reflétant des ententes préliminaires à parfaire entre des parties qui conviennent de continuer les négociations en vue de la conclusion d'un contrat. » Autrement dit, la lettre d'intention, « c'est la formalisation ou le point de départ d'une négociation sérieuse en vue de conclure une affaire, les parties convenant qu'ils s'activeront et déploieront des efforts pour finaliser leur entente ».

Le *Black's Law Dictionary*[8] définit la « *letter of intent* » comme suit : « Letter of intent. A letter of intent is customarily employed to reduce to writing a preliminary understanding of parties who intend to contract. »

Avec la lettre d'intention, les parties cherchent, d'une part, à mi-étape, à consigner les éléments sur lesquels ils se sont entendus pour éviter d'avoir à reconsidérer plus tard ces questions déjà résolues. D'autre part, l'offrant engage généralement des frais assez importants dans le contexte de la

[8] *Black's Law Dictionary*, 5e éd., St-Paul, Minn.,West Publishing Co., 1979, p. 814.

vérification diligente qui s'amorce et cherche par la lettre d'intention à confirmer, à mi-étape, l'entente conclue sur plusieurs éléments. L'offrant pourra ainsi obtenir une certaine assurance du sérieux de la compagnie cible en considérant que plusieurs semaines s'écouleront avant la conclusion de l'entente définitive et la finalisation des éléments plus techniques. Dans l'optique de l'offrant, la lettre d'intention (laquelle comporte généralement un libellé selon lequel les parties conviennent de signer, à une date déterminée ou vers une date de clôture donnée, une convention d'achat et de vente contenant les représentations garanties usuelles) se veut une garantie que les efforts déployés ne seront pas vains. Mais s'agit-il vraiment d'une garantie? Fera-t-elle en sorte que, au bénéfice de l'offrant, soit évitée la situation où le vendeur refuse de vendre, en fin de parcours? Dans l'optique du vendeur, une fois la lettre d'intention signée, peut-il accepter de vendre à un autre offrant qui se manifeste soudainement?

Bref, quelle est la nature d'une lettre d'intention et quels sont les effets juridiques découlant de la signature d'une telle lettre?

3.2. DIFFÉRENTS TYPES DE LETTRES D'INTENTION

Comme on le verra plus loin, l'expression « lettre d'intention » est utilisée dans une variété de contextes qui renvoient à des documents qui, sur le plan juridique, sont forts différents. Ce document préliminaire peut aussi s'intituler « Entente de principe », *Memorandum of Understanding*, « MOU », *Agreement in Principle*, *Term Sheet*, « Protocole d'entente » ou, en matière bancaire, *Commitment Letter*. L'expression « lettre d'intention » est une expression générique synonyme de l'un ou l'autre de ces documents préliminaires. Bref, nous sommes au cœur d'une anarchie terminologique où les mots et expressions ont le sens que les parties veulent bien leur donner.

Mes propos se limiteront à traiter de la lettre d'intention dans un contexte d'achat-vente d'entreprise étant entendu que ce type de document est aussi utilisé fréquemment dans d'autres contextes comme la création de partenariat, le contrat de construction et d'ingénierie de grands ouvrages, la souscription éventuelle d'actions, bref toutes des transactions où la période de négociations anticipées est assez longue. La lettre d'intention est aussi utilisée dans le contexte de négociations entre pays. La lettre d'intention est au cœur de plusieurs types de transactions courantes dans le commerce, et ce, tant au niveau national qu'international. Elle constitue donc un document clé qui devrait être parfaitement maîtrisé par l'avocat d'affaires puisqu'elle est progressivement devenue très utilisée au fil des années, particulièrement dans le domaine des fusions et acquisitions où elle est presque devenue un automatisme.

En ce qui concerne sa forme, la lettre d'intention peut être un document unilatéral s'apparentant à une lettre de correspondance ou être bilatérale, c'est-à-dire signée par les parties à une transaction envisagée. Dans ces cas, elle comporte une formule d'acceptation, aux termes de laquelle la partie à qui elle est adressée (généralement le vendeur) acquiesce à son contenu. En matière de fusions et acquisitions, elle comporte généralement entre 5 à 15 pages et constitue donc un document assez élaboré.

Il faut cependant garder à l'esprit que le titre d'un document n'est pas nécessairement une indication de son contenu et de sa substance. En ce sens, ce que les parties intitulent lettre d'intention peut en fait constituer, sur le plan juridique, un document très différent remplissant des fonctions différentes. Remarquons en effet qu'aucune définition de l'expression « lettre d'intention » n'est prévue dans les lois québécoises (y compris le *Code civil du Québec*[9]) ni en droit fédéral, ce qui contribue à cette utilisation tous azimuts.

La catégorisation proposée est basée sur les différentes fonctions qui peuvent être jouées par ces lettres d'intention.

3.2.1. Une correspondance

Il s'agit d'une lettre de correspondance de quelques pages confirmant l'existence de discussions mais l'absence de contrat et excluant toute responsabilité potentielle. Elle peut alors être unilatérale, c'est-à-dire qu'une seule partie, l'offrant potentiel, la signe.

Dans ce contexte, la lettre a pour fonction de protéger une partie de tout malentendu qui pourrait survenir dans un contexte où des discussions ont lieu mais où il est trop tôt pour établir des consensus; l'offrant potentiel cherche alors à se prémunir du cas, par exemple, où le vendeur prétendrait ultérieurement qu'un *gentleman's agreement* avait été conclu à la suite des réunions et discussions initiales où, évidemment, toutes sortes de propos sont échangés entre les parties et où certains énoncés pris hors contexte pourraient laisser croire qu'une entente avait été conclue. Ce risque étant bel et bien réel, il peut s'avérer avantageux d'utiliser la lettre d'intention à ces fins. On peut penser au cas où le vendeur se retrouve dans une situation financière précaire et l'offrant potentiel réalise que le vendeur fait preuve d'un optimisme démesuré et déclare sans doute à ses banquiers ou à ses

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

fournisseurs impayés qu'une transaction est imminente alors que les négociations s'amorcent à peine.

3.2.2. Lettre descriptive de certains consensus

Une telle lettre est en fait une lettre de correspondance (excluant précisément la force exécutoire), faisant état d'une étape franchie dans des négociations qui s'annoncent longues. Ce type de lettre, très fréquente, est parfois assez étoffé et renvoie à l'intention des parties de continuer des discussions autour de certains consensus. Généralement, ce type de lettre exclura précisément toute force exécutoire, car, à défaut, la question de savoir s'il s'agit d'un contrat pourrait être délicate. Ainsi, on retrouvera généralement dans ce type de lettre d'intention une rubrique intitulée « Nature de la présente lettre », laquelle prévoira une clause rédigée comme suit :

> « La présente lettre est indicative de notre intention de négocier de bonne foi une convention définitive suivant les termes et conditions décrits sommairement aux présentes mais ne constitue donc pas une offre ou un engagement de notre part à vous remettre ultérieurement une offre définitive, la présente lettre n'ayant pas force exécutoire. »

Chronologiquement, ce type de lettre d'intention intervient après que plusieurs discussions ont eu lieu. Généralement, l'entente de confidentialité est déjà signée et certains documents importants, comme des états financiers récents de la compagnie cible, auront été remis par le vendeur à l'offrant potentiel. La lettre d'intention a donc pour fonction de marquer le début de négociations intensives en vue de la conclusion d'une transaction ou simplement d'agir à titre d'aide-mémoire dans un contexte où plusieurs équipes de négociation (dédiées respectivement aux questions financières, à la détermination des éléments d'actif inclus et exclus, aux relations de travail) s'affairent à faire progresser les négociations. Du point de vue du vendeur, cette lettre d'intention prouve le caractère sérieux des démarches entamées par l'acheteur et procure le confort requis pour convaincre le vendeur qu'il y a lieu de continuer à dévoiler ses secrets en livrant les documents requis par l'acheteur pour lui permettre d'effectuer sa vérification diligente de la compagnie cible.

3.2.3. Lettre descriptive de certains consensus combinés avec certains engagements fermes

C'est un document hybride en ce qu'une portion de la lettre constitue une lettre de correspondance faisant état des consensus établis aux termes des négociations déjà tenues alors même qu'une autre partie traitant

habituellement des questions i) de divulgation à des fins de vérification diligente; ii) de confidentialité; iii) d'exclusivité et iv) de non-sollicitation des employés et clients se veut un contrat exécutoire. En matière de lettres d'intention, cette approche est très fréquente dans le domaine des fusions et acquisitions.

3.2.4. Un contrat définitif

Une lettre d'intention peut finalement constituer un contrat définitif soumis à l'accomplissement de certaines conditions.

Ce type de document préliminaire a pour fonction de constater un contrat qui entrera en vigueur lorsque des éléments mécaniques associés aux étapes requises pour finaliser la transaction auront été respectés (par exemple, l'accord du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (ci-après « CRTC ») dans le contexte de l'acquisition d'une compagnie de câblodistribution, l'accord du ministre des Ressources naturelles du Québec dans celui de l'acquisition d'éléments d'actif associés à une usine de transformation de bois comprenant un contrat d'aménagement et d'approvisionnement forestier ou l'obtention d'un prêt ou d'un financement permettant d'acquitter, en partie ou en totalité, le prix d'acquisition).

Le mot « offre » est plus fréquemment utilisé pour décrire ce type d'entente préliminaire. En fait, le mot « offre » devrait toujours être utilisé dans ce contexte car l'utilisation de l'expression « lettre d'intention » pour décrire un contrat définitif contribue largement à la confusion entourant les effets d'une lettre d'intention. En considérant cette désignation erronée, il y a fort à parier que pour au moins une des deux parties, le document signé n'était pas assimilé à un contrat définitif. L'erreur est cependant fréquente, l'automatisme des praticiens qui ont massivement adopté la lettre d'intention expliquant sans doute la fréquence de ces offres ou contrats définitifs déguisés en « lettre d'intention ». Un bon juriste devra nécessairement faire le point sur les intentions précises de son client, étant entendu par exemple que dans un contexte où la partie offrante a déjà disposé d'assez d'informations pour établir un prix d'acquisition et déterminer les conditions devant être respectées, l'utilisation d'une « offre » pourra être recommandée, notamment si l'on est en présence d'une société sophistiquée sur le plan des acquisitions qui s'intéresse à un type d'entreprise qu'elle connaît bien au départ.

3.3. AUTRES CONSIDÉRATIONS JURIDIQUES

Avant d'aborder des considérations plus pratiques et de déterminer la façon de libeller intelligemment de telles lettres, faisons un bref survol du cadre juridique applicable au Québec dans le contexte de la formation des contrats.

3.3.1. La formation des contrats

Au premier coup d'œil, la lettre d'intention se situe entre une lettre de correspondance et un contrat, et ramène le juriste aux règles dictant la formation des contrats. La question que l'on doit se poser en signant de pareilles lettres est de déterminer si les parties ont signé un contrat ou non. Comme on le verra plus loin, la réponse à cette question est fondamentale pour déterminer les effets juridiques découlant d'une telle signature. En fait, l'analyse des éléments qui permettront de déterminer si un contrat a été formé n'est pas un exercice purement théorique. C'est la réponse à cette question qui dictera la solution juridique à des problèmes très communs, à l'instar des cas suivants :

- un vendeur qui désire ne plus vendre parce qu'un événement imprévu vient de créer une embellie dans son industrie; ou

- un vendeur reçoit une offre monétaire supérieure et décide d'interrompre les négociations avec l'offrant.

Or, tel qu'il est décrit ci-après, la réponse à cette question peut s'avérer difficile pour le juriste notamment lorsque la lettre est ambiguë et mal rédigée. Puisqu'une lettre d'intention constitue une entente préliminaire vouée à être remplacée par un contrat définitif, le réflexe initial de l'homme d'affaires peut être d'éviter de faire appel aux avocats à ce stade, voire de négliger la rédaction de ce document (qui ne se veut pas nécessairement à haute teneur juridique). La qualité variable associée à la rédaction de ces lettres d'intention et le peu de formalisme associé, en droit québécois, à la formation des contrats explique la jurisprudence abondante sur ces questions.

Le consensualisme

Le principe du consensualisme, soit la volonté de contracter des parties en présence, est au cœur de la formation des contrats en droit civil québécois.

Le premier paragraphe de l'article 1378 C.c.Q. stipule ceci : « Le contrat est un accord de volonté, par lequel une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à exécuter une prestation. […]. »

L'article 1385 C.c.Q. édicte ce qui suit :

> « **1385.** Le contrat se forme par le seul échange de consentement entre des personnes capables de contracter, à moins que la loi n'exige, en outre, le respect d'une forme particulière comme condition nécessaire à sa formation, ou que les parties n'assujettissent la formation du contrat à une forme solennelle.
>
> Il est aussi de son essence qu'il ait une cause et un objet. »

Puisque la question de la formation des contrats ne soumet pas le juriste à l'obligation de consigner nécessairement par écrit l'entente intervenue, sauf en droit civil québécois quant à certains contrats assujettis à l'obligation d'être notariés (acte de donation (art. 1824 C.c.Q.), contrat de mariage (art. 440 C.c.Q.), hypothèque immobilière (art. 2693 C.c.Q.)), la détermination de l'existence ou non d'un contrat renvoie aux écrits disponibles, à la correspondance, aux réunions tenues, aux témoignages des participants, bref à l'ensemble des manifestations admissibles en preuve à l'égard d'une transaction donnée.

Le concept d'offre

Toujours dans cette section du *Code civil du Québec* traitant de la « Formation du contrat », les articles 1386, 1387 et 1388 C.c.Q. édictent ce qui suit :

> « **1386.** L'échange de consentement se réalise par la manifestation, expresse ou tacite, de la volonté d'une personne d'accepter l'offre de contracter que lui fait une autre personne.
>
> **1387.** Le contrat est formé au moment où l'offrant reçoit l'acceptation et au lieu où cette acceptation est reçue, quel qu'ait été le moyen utilisé pour la communiquer et lors même que les parties ont convenu de réserver leur accord sur certains éléments secondaires.
>
> […]
>
> **1388.** Est une offre de contracter, la proposition qui comporte tous les éléments essentiels du contrat envisagé et qui indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. »

À la lumière de ces articles du *Code civil du Québec*, force est de constater qu'au cœur de la formation des contrats se situe le concept d'« offre ».

Qu'est ce qu'une offre?

C'est la manifestation claire (et qui se veut finale), par des mots ou des agissements, de conclure une entente, l'autre partie devant être justifiée de comprendre que par son accord, l'entente sera conclue.

Ainsi, la manifestation, par des mots ou des agissements, de la volonté de conclure une entente ne constitue pas une offre si la personne à qui elle est adressée a des raisons de croire que la personne de qui origine ces manifestations n'a pas l'intention de conclure l'entente avant d'avoir manifesté une autre fois son consentement.

Le test utilisé par les tribunaux sera de se mettre dans la peau de la personne qui reçoit l'offre et d'analyser si cette personne était justifiée de conclure qu'une offre lui était adressée par opposition à analyser la position de l'offrant et sonder son intention réelle.

Dans le contexte d'une lettre, les tribunaux s'attardent généralement à étudier le type de libellé utilisé pour déterminer s'il s'agit d'une offre ou d'une simple lettre de correspondance. En l'absence d'un libellé clair, ils s'attarderont à étudier l'ensemble des éléments et des facteurs pouvant être mis en preuve pour cerner l'intention des parties.

Nous abordons donc ci-après les éléments que les tribunaux ont retenu pour conclure qu'un document constituait un contrat ou, inversement, s'il devait être assimilé à une lettre de correspondance.

3.3.2. Facteurs indicatifs qu'il s'agit d'un document exécutoire, c'est-à-dire un contrat

Malgré le fait que le document soit intitulé « lettre d'intention », s'il aborde tous les éléments essentiels de la transaction en des termes certains et non ambigus et, de surcroît, confirme l'intention des parties de le considérer comme le contrat les liant, les tribunaux n'hésiteront pas à conclure que malgré son titre ou l'utilisation dans le texte de l'expression « lettre d'intention », le document constitue une entente définitive. Un libellé édictant que « la présente constitue les principes généraux de l'entente conclue avec vous » pourra permettre aux tribunaux comme dans l'affaire

Canada Square Corp. Ltd. c. *Versafood Services Ltd.*[10] de conclure à la présence d'un document exécutoire :

- Dans les faits, si les parties ont commencé à exécuter et à se comporter en conformité avec les termes et modalités décrits dans le document (voir l'affaire citée ci-dessus); ces circonstances sont moins probables en matière de fusions ou d'acquisitions mais plus susceptibles de survenir dans le contexte d'une lettre d'intention associée à un engagement de louer de l'espace dans un immeuble à construire (comme dans l'affaire *Canada Square Corp. Ltd.*), ou d'une lettre d'intention se référant au contrat d'ouvrage et d'ingénierie;

- L'utilisation dans le libellé de la lettre d'intention de verbes conjugués au présent ou au futur, par opposition à l'utilisation du conditionnel qui empreint tout le document d'une incertitude est plus susceptible de convaincre le lecteur qu'il est en présence d'un contrat qui doit, par nature, comporter un caractère certain;

- Une lettre d'intention bilatérale, c'est-à-dire prévoyant une formule d'acceptation aux termes de laquelle la partie à qui elle est destinée acquiescera au contenu de la lettre;

- L'utilisation du mot « offre » par opposition à l'expression « lettre d'intérêt » ou « lettre d'intention ».

3.3.3. Facteurs indicatifs qu'il s'agit d'un document non exécutoire, à l'exemple d'une lettre d'intention

Le fait que les parties aient continué de négocier subséquemment à la signature du document à l'étude, dans le contexte d'une nouvelle entente intégrant des nouvelles dispositions importantes qui ne se retrouvaient pas dans la lettre d'intention, pourra contribuer à convaincre les tribunaux qu'ils sont en présence d'un document non exécutoire, et ce, même si l'entente négociée dans le document ne fut jamais conclue par la suite[11].

La taille et l'importance d'une transaction considérée comme complexe sera perçue comme devant nécessairement faire l'objet d'une ou de plusieurs conventions à l'instar de l'entente de confidentialité, la convention d'achat et

---

[10] [1981] 15 B.L.R. 89 (ci-après « *Canada Square Corp. Ltd.* »).

[11] *Marathon Realty Co.* v. *Toulon Construction Corp.*, [1987] N.S.J. N° 310 (S.C.).

de vente d'actions, la convention de dépôt, la convention de non-concurrence et de non-sollicitation et des conventions d'emploi. Dans ces circonstances, les tribunaux seront réticents à conclure qu'une simple lettre même contresignée tient lieu de contrat définitif. Dans l'affaire *Texaco Inc*. c. *Penzoil Co*.[12], le caractère complexe de la transaction anticipée par Penzoil, soit une offre publique d'achat, fut retenue comme un argument valable au support de la position de Texaco qui prétendait que le *Memorandum of Understanding* ne pouvait être qu'un document intérimaire, non exécutoire. Cependant, les tribunaux conclurent au bénéfice de Penzoil dans cette affaire, édictant du même coup que le caractère complexe ou non de la transaction constitue seulement un facteur indicatif et non déterminant.

Chronologiquement, la période où le document est signé pourra influencer les tribunaux, étant entendu qu'une lettre signée après une seule rencontre, dans un contexte de fusions et d'acquisitions où, par définition, une série de volets doivent être abordés, est peu susceptible de convaincre un tribunal qu'elle tient lieu de contrat définitif et que de toute façon, un document qui aurait été signé très tôt dans le processus est peu susceptible de traiter l'ensemble des éléments essentiels d'une transaction envisagée en des termes affichant une certitude, permettant aux tribunaux de cerner l'intention des parties.

La référence à une convention formelle devant être signée ultérieurement peut être une indication que le consentement à procéder, apparemment indiqué au document préliminaire, reste assujetti à un consentement subséquent devant se matérialiser lors de la signature de cette convention formelle. Sur cette base, les tribunaux concluront qu'une offre n'avait pas été présentée puisque le deuxième alinéa de l'article 1388 C.c.Q. exige que le consentement soit donné dans un contexte où l'auteur a clairement énoncé sa volonté d'être lié, en cas d'acceptation. La jurisprudence, abondante, consistante depuis plusieurs années, conclut en l'absence de contrat lorsque dans un document, les parties conviennent de certains consensus et s'en remettent à la signature ultérieure d'une convention formelle. On assimile alors cette entente à un contrat prévoyant la négociation d'un autre contrat. Dès 1905, la Cour supérieure du Québec édictait dans l'affaire *Dorion* c. *Bédard*[13] ce qui suit :

> « Lorsque deux personnes sont convenues qu'un contrat, qui a fait le sujet d'une entrevue entre elles, sera rédigé par écrit, il y a présomption qu'elles ont fait de

---

12 *Texaco Inc.* c. *Penzoil Co.*, 729 S.W. (2e) 768 (Tex. Appeal 1987).

13 (1905) 27 C.S. 193.

> la rédaction de cet acte, une condition substantielle de la formation du contrat. C'est sur la partie qui soutient le contraire que tombe le fardeau de la preuve. »

En 1927, dans l'affaire *Normandin* c. *Cartier Manufacturing Limited*[14], il fut décidé que :

> « When after long interviews and discussions, regarding the terms of a proposed contract, both parties agree on the principal clauses and decide to have a written agreement drawn, the presumption is that there still exists no consensus between them, and until the execution of the contract, they, although in accord with its terms, have a right to withdraw their consent. »

Aussi, dans l'affaire *Robillard et autres* c. *Les Galeries Parisiennes Limitée*[15], le juge indique ce qui suit : « […] There is no contract until the parties agree, not only with regard to the essentials of the contract, but with regard to its conditions […]. »

Une série de décisions plus récentes[16], notamment l'affaire *Supreme Precision Castings (1963) Ltd*. c. *Parker Industries Limited*[17] entendue en Cour d'appel du Québec, est venue confirmer l'existence de cette présomption.

Cependant, la simple référence à une convention formelle devant être signée ultérieurement peut s'avérer insuffisante dans certains contextes pour conclure qu'il s'agit d'une lettre d'intention[18]. En effet, la présomption pourra être renversée s'il appert que cette référence tient dans le fait que les parties désirent consigner par écrit dans un autre document plus complet ou sur des formulaires standards l'entente déjà intervenue entre les parties. Dans ce contexte, la référence à une convention subséquente ne nuit pas au caractère final et définitif du consentement donné lors de la signature du document mais s'inscrit plutôt dans le désir des parties d'uniformiser la forme de leur entente ou de la consigner dans un document mieux rédigé.

---

14 (1927) R.L. 459.

15 (1914) 46 C.S. 233.

16 Voir les décisions suivantes : *Industrial Glass Co. Ltd.* c. *Dominion Stores Ltd.*, [1972] C.S. 738; *Poudrier & Boulet Ltée* c. *Dover Corporation (Canada) Ltd.*, C.S. Québec, n° 200-05-000781-778, 14 janvier 1981, j. Jacques et *Piché et autres* c. *Vallerand*, [1975] C.Q. 440.

17 [1963] J.E. 85-967.

18 *Von Hatzfeldt-Wildenburg* c. *Alexander*, [1912] 1 Ch. 284, 288.

Par exemple, dans un contexte où la négociation s'effectue par le biais d'échanges de correspondance (par opposition à des séances de négociation tenues face à face), un juge pourra considérer que la référence à une convention formelle est moins un indicateur clé de l'absence de consentement. En effet, dans ces circonstances, il est plus probable que les parties désirent consigner l'entente déjà conclue dans un document distinct et complet de façon à faciliter les consultations futures.

On vient de déterminer qu'un libellé comportant à titre de condition la signature d'une convention formelle est un facteur indicatif que les parties n'ont pas conclu une entente. Le raisonnement juridique appuyant cette jurisprudence tient dans le fait qu'il s'agit d'une condition se rattachant non à l'entrée en vigueur du contrat mais à sa formation. Qu'en est-il des documents faisant référence à de nombreuses conditions? Doit-on considérer que la présence de « conditions » permet de façon indicative de conclure qu'il s'agit de documents non exécutoires?

Nous répondons par la négative. En y regardant de plus près, ces conditions peuvent elles-mêmes être distinguées suivant qu'elles se reportent à des gestes à être posés par une des deux parties au document ou renvoient à des tiers. Si ce document ne fait que se reporter à des conditions sous le contrôle de l'offrant, les parties sont véritablement en présence d'une option.

Qu'en est-il des clauses énonçant des conditions rédigées comme suit :

- « sujet à l'accord de notre conseiller juridique » ou
- « sujet à l'accord de notre conseil d'administration » ou
- « sous réserve de l'accord de nos actionnaires »?

Les tribunaux seront portés à conclure que ces conditions touchent plus à la formation des contrats, le consentement accordé n'étant qu'apparent puisqu'il est assujetti à un consentement ultérieur devant être accordé. Tant et aussi longtemps que ce type de condition ne sera pas réalisé, les tribunaux pourront conclure qu'aucun contrat n'est intervenu.

Cependant, une condition renvoyant à une tierce partie, par exemple l'obtention d'un financement ou l'accord du CRTC dans le cadre du projet d'acquisition d'une entreprise de câblodistribution ou l'accord du Bureau de la concurrence ne permettra pas aux tribunaux de conclure qu'aucun contrat n'a été conclu avant la réalisation de ce type de condition. La non-réalisation de ce type de condition permettra seulement de conclure que le contrat n'est

pas entré en vigueur ou, autrement dit que les obligations qui y sont contenues ne sont pas exécutoires.

La distinction est importante parce que, advenant par exemple que la transaction est soumise à l'obtention par l'acheteur d'un financement et que ce financement n'est pas obtenu, sur la base qu'un contrat existait tout de même, un vendeur pourra poursuivre l'offrant en dommages en prouvant, le cas échéant, la négligence de l'acheteur à déployer tous les efforts pour que la condition soit respectée. En effet, les juristes s'entendent pour dire qu'une référence à une condition tributaire d'une tierce partie implique que la partie à qui bénéficie une telle condition se verra imposer une obligation de déployer des efforts raisonnables.

Le caractère vague et incertain du libellé utilisé peut servir à établir qu'il s'agit d'une lettre de correspondance, les tribunaux étant dans l'impossibilité d'attribuer une signification précise au document. En pratique, comment les tribunaux peuvent-ils accorder une force exécutoire à un document qui ne permet pas à ces mêmes tribunaux de déterminer l'intention des parties? Se trouvant devant un libellé vague et incertain, les tribunaux chercheront à éclaircir la question en se rapportant à toutes les preuves admissibles (comprenant la correspondance échangée entre les parties et les témoignages des participants) de façon à établir les faits et à conclure qu'une offre a bel et bien été acceptée. On abordera plus loin dans le présent texte les clauses que l'on retrouve parfois dans les lettres d'intention et qui édictent l'impossibilité des parties d'amender la lettre d'intention autrement que par un écrit.

Le caractère incomplet des éléments mentionnés dans la lettre, c'est-à-dire le fait que des aspects importants ont été omis, eu égard à une transaction donnée, peut témoigner de l'absence d'une entente complète entre les parties. Il faut bien distinguer cependant ce qui est incomplet par rapport à une clause renvoyant à une formule ou à une méthode de calcul du prix. Ainsi, les tribunaux anglais ont déjà considéré que le document qui prévoit que le prix sera établi sur la base de l'expertise d'un tiers n'est pas incertain par le simple fait que le prix n'est pas connu le jour de la signature du document.

Une lettre qui ne comporte pas la signature de la personne à qui elle est adressée, bref une lettre unilatérale, s'apparente à de la correspondance.

La présence d'une clause clairement rédigée confirmant l'intention des parties qu'aucune obligation exécutoire ne saurait découler de la présente lettre convaincra généralement les tribunaux qu'ils sont en présence d'un document non exécutoire. Assurément, cependant, même en présence d'une

telle clause explicite confirmant l'absence de contrat, les comportements des parties après la conclusion de ce document pourront convaincre les tribunaux que la lettre a été subséquemment modifiée, les parties ayant par la suite convenu de transformer leur entente de principe en entente définitive. Ce risque important que les parties modifient par leurs agissements l'entente initialement convenue entre elles est à la base de cette pratique d'inclure dans pareil document une clause obligeant les parties à consigner toute modification par écrit ou à confirmer par écrit leur acceptation des termes et modalités de la lettre d'intention. Nous traiterons d'ailleurs de la validité de ces clauses interdisant de mettre en preuve des ententes verbales à la section 3.3.4. du présent texte.

À titre de conclusion sur les facteurs permettant de distinguer les documents exécutoires en droit de ceux qui ne le sont pas, aucun des facteurs indiqués précédemment n'est déterminant à lui seul pour conclure. Le tribunal s'en remettra donc à une étude globale des faits en cause pour en venir à une conclusion. Cet énoncé souffre cependant d'une exception en ce qu'en présence d'un libellé clair, le tribunal s'abstiendra d'évaluer d'autres éléments de preuve et se tournera donc vers les règles de droit applicable et l'analyse du document à l'étude pour conclure sur l'existence d'un contrat.

Ces règles de droit applicables à la formation du contrat dont on a fait un survol, notamment le concept d'offre, s'arriment difficilement au processus aux termes duquel, lors de périodes intensives de négociation, une ou des lettres d'intentions sont rédigées pour cristalliser les progrès accomplis. En effet, pour des transactions complexes, l'entente entre les parties prend forme au moyen d'une multitude d'ententes conclues pièce à pièce. Par exemple, les questions relatives à la détermination des éléments d'actif à inclure et à exclure pourront faire l'objet de réunions précises alors que les termes et modalités se rattachant au transfert des employés de la compagnie cible seront négociés dans d'autres réunions, souvent par des équipes de négociation distinctes. La réalité, c'est que l'entente entre les parties se développe progressivement si bien qu'il s'avère périlleux de déterminer à quel moment précis le contrat a été formé. Dans cette réalité associée aux transactions complexes, il peut s'avérer très difficile de déterminer à quel moment une offre visant tous les éléments essentiels d'une transaction a été acceptée, la négociation cheminant par la détermination progressive de différentes problématiques (qui incidemment peuvent être de nature très différentes, soit d'ordre très significatif comme l'établissement du prix d'achat ou les modalités de paiement du prix d'achat ou d'ordre moins significatif ou purement mécaniques en référence à des aspects plus techniques, juridiques ou fiscaux de la transaction anticipée), suivies d'offres

et de contre-offres à la pièce se concluant ou non par une séance de clôture globale.

3.3.4. Force exécutoire des clauses restreignant la preuve

À la faveur de ce long processus associé aux transactions complexes combiné avec l'absence de formalisme en matière de formation de contrat, les praticiens ont l'habitude d'insérer dans les lettres d'intention une clause rédigée comme suit : « [T]oute modification à l'une ou l'autre des modalités contenues à la présente lettre d'intention devra, pour être valide, être consignée par écrit dans un document signé par les parties aux présentes », et ce, afin de limiter les preuves qui pourront être présentées devant un tribunal pour établir l'existence ou non d'une entente, à l'égard d'un sujet donné. D'une certaine façon, par ces clauses, les parties visent à assujettir la formation de leur contrat à un formalisme qui n'est pas requis par ailleurs par les lois d'application générale à l'exemple du *Code civil du Québec*. Les règles de preuve stipulées au *Code civil du Québec* sont-elles d'ordre public ou les parties peuvent-elles à leur gré y déroger? Certains auteurs, à l'instar du professeur de la Faculté de droit de l'Université de Montréal, M[e] Guy Bélanger[19], s'appuient sur le libellé de l'article 2859 C.c.Q. qui prévoit ce qui suit pour plus amplement établir le caractère supplétif des règles de preuve : « Le tribunal ne peut suppléer d'office les moyens d'irrecevabilité résultant des dispositions du présent chapitre qu'une partie présente ou représentée a fait défaut d'invoquer. »

En fait, le consensus semble s'établir sur le fait que sauf exceptions[20], les règles de preuve peuvent faire l'objet d'aménagements négociés contractuellement, du type de ceux qu'on retrouve dans les lettres d'intention exigeant que seul un écrit puisse valablement modifier une pareille lettre. D'ailleurs, la Cour d'appel du Québec a donné effet à une telle clause qui prévoyait que l'offre d'achat ne pouvait être acceptée qu'avant une heure de tombée précise par l'envoi d'une copie de l'offre dûment acceptée par le vendeur, à défaut de quoi l'offre deviendrait nulle et caduque.

---

19 Guy LEFEBVRE, « La preuve en matière d'échange de documents informatisés », (1995), vol. 74, n[o] 4 *Revue du Barreau canadien* 619-640.

20 Au titre des exceptions, voir l'article 2858 C.c.Q. qui édicte que « le tribunal doit, même d'office, rejeter tout élément de preuve obtenu dans des conditions qui portent atteinte aux droits et libertés fondamentaux et dont l'utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice ».

Dans l'affaire *Toulon Development Corp*. c. *Revenu Properties Central Developments Limited*[21], l'appelante avait intenté un recours en injonction permanente pour empêcher l'intimée de vendre des immeubles (qui avaient fait l'objet de l'offre d'achat) à un tiers sur la base qu'elle y avait droit. L'argumentation de l'appelante se basait notamment dans cette cause sur le fait que l'intimée, par le biais de certains administrateurs, avait verbalement accepté l'offre, prétentions que le premier juge, en Cour supérieure, avait considérées comme véridiques. Sur ce point, le juge Dugas de la Cour d'appel énonce ce qui suit :

> « Mais, l'admissibilité de la preuve testimoniale de l'acceptation d'une promesse ne rend pas la preuve de l'acceptation de l'offre de l'appelante recevable pour autant si l'écrit exige que l'acceptation de l'offre revête la forme écrite. »

D'ailleurs, le juge de première instance avait conclu ceci sur cette question :

> « In the premises, Plaintiff stipulated the form of acceptance unilaterally as an essential part of its offer. It formally advises Defendant how the offer could be accepted failing which it would be null and void of no further effect. Defendant, thus, had the right to expect that a binding bilateral agreement would exist only once the conditions set by Plaintiff in clause 5 were met by it. »

L'appel fut rejeté, le tribunal refusant de donner effet au consentement à l'offre qui avait été communiquée verbalement et non par écrit.

Sur la base de ce qui précède, en considérant le caractère licite des clauses prévoyant la forme écrite et en estimant que cette approche minimise les malentendus et par conséquent les litiges potentiels, nous croyons opportun de prévoir pareille clause dans les lettres d'intention.

3.3.5. L'obligation de négocier de bonne foi

Peut-on conclure que les parties à une lettre d'intention peuvent complètement éviter une quelconque responsabilité juridique s'il est décidé qu'un contrat n'avait pas été formé?

Le *Code civil du Québec* ne fait aucune allusion à la période des pourparlers précédant la conclusion du contrat. Cela est en accord avec la tradition française qui suggère ceci :

---

[21] [1988] J.E. 88-215 (C.A.).

> « […] les obligations naissant du contrat, et le contrat n'étant formé que lorsqu'il y a eu rencontre des volontés, aucune obligation ne pouvait résulter de l'achoppement des négociations et chacune des parties était libre de se retirer sans aucune conséquence juridique[22]. »

Certains auteurs, s'appuyant sur l'article 6 C.c.Q. qui stipule que « [T]oute personne est tenue d'exercer ses droits civils selon les exigences de la bonne foi », avancent que cette bonne foi doit se retrouver même dans le contexte de la formation des contrats, c'est-à-dire à l'étape précontractuelle. Force est de constater cependant que la jurisprudence québécoise tarde à reconnaître cette obligation. En effet, comment concilier le principe du consensualisme fondé sur la liberté de contracter et l'absence de contraintes et de forces dans le contexte du consentement donné avec une sanction éventuelle à un refus de continuer à négocier de bonne foi. Néanmoins, cette obligation de négocier de bonne foi est de plus en plus reconnue dans les pays de tradition civiliste comme la France où certaines décisions ont été rendues invoquant le retrait abusif et de mauvaise foi d'une partie à la table des négociations.

3.3.6. Signature d'une lettre d'intention par un émetteur assujetti : divulgation obligatoire ou non

- *Loi sur les valeurs mobilières*[23] du Québec

Au Québec, en vertu de l'article 73 L.V.M., un émetteur assujetti a l'obligation d'établir et de diffuser un communiqué de presse exposant la substance de tout changement important inconnu du public, qui est susceptible d'exercer une influence appréciable sur la valeur ou le cours de ses titres. Pour ce faire, il doit déposer sans délai un exemplaire de ce communiqué auprès de la Commission des valeurs mobilières du Québec. Un émetteur assujetti n'est pas tenu d'établir un communiqué de presse lorsque la direction supérieure en appréhende un préjudice grave et qu'elle est fondée de croire qu'aucune opération sur les titres de l'émetteur n'a été effectuée ou ne sera effectuée sur la base des renseignements encore inconnus du public (art. 74 L.V.M.). Cependant, dès que les circonstances justifiant le secret auront cessé d'exister, l'émetteur assujetti doit se

---

22 Brigitte LEFEBVRE, « Rupture des pourparlers : négociateurs, appel à la prudence! », dans *Formation permanente Barreau du Québec, Développements récents en droit commercial*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 121.

23 L.R.Q., c. V-1.1 (ci-après « L.V.M. »).

conformer aux dispositions de l'article 73 L.V.M. en diffusant un communiqué de presse exposant la substance du changement important.

Quelle est la signification précise de l'expression « changement important »?

Dans l'arrêt *Pezim* c. *Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*[24], une distinction a été faite entre un changement important et un fait important (expression utilisée dans le contexte de certaines lois sur les valeurs mobilières canadiennes pour interdire les transactions d'initiés, c'est-à-dire notamment les transactions effectuées par des personnes qui ont eu connaissance d'un fait important), dans le cadre de l'analyse des articles 67 et 68 de la *Loi sur les valeurs mobilières* de la Colombie-Britannique[25], lesquels sont similaires aux articles 73 et 74 L.V.M. à tous égards. La notion de fait important est beaucoup plus large que la notion de changement important. Un fait important s'entend de tout fait dont il est raisonnable de s'attendre qu'il aura un effet appréciable sur le cours ou la valeur des valeurs mobilières d'un émetteur sans influer sur les activités commerciales, l'exploitation, les éléments d'actif ou la propriété de l'émetteur. Quant à la notion de changement important, la Cour suprême l'assimile à un changement dans le contexte des affaires d'un émetteur, dans ses activités commerciales, son exploitation, ses éléments d'actif ou sa propriété qui a un effet appréciable sur le cours ou la valeur de ses valeurs mobilières. Ce jugement de la Cour suprême précise que seulement les changements importants nécessitent la publication d'un communiqué ou le dépôt d'un rapport en vertu de l'article 67 L.V.M.C.-B.

La décision de la Commission des valeurs mobilières du Québec[26] portant sur un litige intervenu entre Ressources Orient Inc. (ci-après « Orient ») et la Bourse de Montréal précise qu'Orient n'avait pas l'obligation de divulguer, par voie de communiqué de presse, les démarches entreprises par elle-même visant la réorientation possible de ses activités dans le domaine de la haute technologie en partenariat avec TWS Technology, puisqu'il n'y avait aucune indication sérieuse voulant qu'une transaction se concrétiserait avec celle-ci. Cependant, la Commission des valeurs mobilières du Québec concède que la divulgation faite par Orient

---

24 [1994] 2 R.C.S. 557.

25 *Securities Act*, R.S.B.C. 1996, c. 418 (ci-après « L.V.M.C.-B. »).

26 COMMISSION DES VALEURS MOBILIÈRES DU QUÉBEC, décision 1999-C-0381, 17 septembre 1999.

auprès de certaines personnes seulement, au sujet de ses intentions et de ses démarches de restructuration, étaient inadéquate et prématurée. Il incombait à Orient de maintenir le caractère confidentiel de sa réflexion et de ses démarches à cette étape préalable. Les règles de la Bourse de Montréal exigent que l'émetteur assujetti s'abstienne d'annoncer ses projets de façon anticipée à certains investisseurs avant d'en faire l'annonce publique. *A contrario*, dans la mesure où un émetteur assujetti divulgue à certaines personnes une information confidentielle, l'émetteur assujetti se doit d'en faire l'annonce publiquement, nonobstant le caractère préliminaire et exploratoire des démarches entreprises ainsi divulguées.

- *Instruction générale 51-201*[27]

L'*Instruction générale 51-201* (ci-après « Instruction 51-201 ») adoptée par les autorités canadiennes en valeurs mobilières donne des directives sur les pratiques exemplaires en matière de communication de l'information. L'Instruction 51-201 a été adoptée en réponse aux préoccupations liées à la communication sélective de l'information. Il y a communication sélective dans l'information lorsqu'une société communique des renseignements importants et confidentiels à une ou plusieurs personnes ou sociétés, et non au public en général. La communication sélective de l'information peut donner aux personnes ou sociétés qui en bénéficient la possibilité de faire des opérations d'initiés. Elle mine également la confiance des investisseurs relativement au caractère équitable et à l'intégrité des marchés financiers.

L'Instruction 51-201 reprend la définition de changement important et précise que la décision d'effectuer un tel changement doit être prise par le conseil d'administration ou la direction générale de l'émetteur, si ce dernier estime que cette décision sera probablement approuvée par le conseil d'administration.

Au Canada, la législation en valeurs mobilières permet aux sociétés de retarder la communication d'un changement important et de garder l'information provisoirement confidentielle lorsque sa diffusion immédiate porterait inutilement atteinte à leurs intérêts, par exemple, en les empêchant de mener une stratégie ou de poursuivre un objectif particulier, de mener à bien des négociations en cours ou de conclure une transaction. Si le préjudice causé aux affaires d'une société en raison de la diffusion immédiate de l'information l'emporte en gravité sur l'avantage que pourrait

---

[27] *Id*., *Instruction générale 51-201 – Lignes directrices en matière de communication de l'information*, décision 2002-C-0244, 9 juillet 2002.

en tirer le marché, de manière générale, le maintien de la confidentialité peut être justifié. Dans un tel cas au Québec, la société peut garder le secret, mais elle est tenue de divulguer cette information en toute confidentialité auprès de la Commission des valeurs mobilières du Québec. Dans certains territoires, les sociétés sont tenues de déposer l'information en cause de nouveau tous les 10 jours si elles veulent en préserver la confidentialité. Les sociétés qui retardent la diffusion d'information sur un changement important doivent en maintenir la confidentialité absolue. Au cours de la période qui précède la communication du changement important, elles doivent suivre de près l'activité boursière sur leurs titres. Si de l'information concernant un changement important confidentiel a transpiré, que des rumeurs se sont répandues à ce sujet ou que le cours de l'action semble s'en ressentir, les sociétés doivent prendre aussitôt des mesures pour communiquer l'intégralité de l'information au public, notamment demander à la Bourse où leurs titres sont négociés de suspendre les opérations en attendant la diffusion du communiqué de presse.

L'Instruction 51-201 liste une série d'exemples de changements importants tels la modification de la structure de la société ou de son capital, un changement d'activité et les acquisitions et cessions importantes d'actions ou d'éléments d'actif.

- Bourse de Toronto

La Bourse de Toronto a pour principe fondamental de donner à tous ceux qui investissent dans les titres inscrits à sa cote un accès égal à l'information susceptible d'influer sur leur décision de placement. La politique d'information occasionnelle de cette Bourse est la première source de réglementation en cette matière pour les sociétés dont les titres y sont inscrits. En vertu de l'article 408 des Règles de la Bourse[28], une société inscrite est tenue de communiquer toute information importante visant ses activités ayant trait à son entreprise, dès qu'elle est connue de la direction.

Une information importante s'entend de toute information ayant trait à l'entreprise et aux activités d'une société qui se traduit ou dont on pourrait raisonnablement s'attendre à ce qu'elle se traduise par un changement appréciable du coût de la valeur de ses titres. La politique de la Bourse de Toronto en matière de divulgation d'information occasionnelle est destinée à compléter les dispositions de la législation concernant les valeurs mobilières

[28] TSX INC., *Règles de la Bourse de Toronto*, 13 juin 2006 (ci-après « Règles de la Bourse »).

en vigueur au Canada selon lesquelles la communication de tout changement important est obligatoire. La Bourse de Toronto estime que l'expression « information importante » couvre une notion plus large qu'un changement important, étant donné qu'elle inclut des faits importants qui ne constituent pas nécessairement des changements importants, tel qu'il est défini dans ces lois.

L'importance relative de l'information varie d'une société à l'autre en fonction de la taille de ses bénéfices, de son actif et de sa capitalisation, de la nature de ses activités, de son exploitation et de nombreux autres facteurs. Un événement important ou majeur pour une société à faible capitalisation a souvent peu d'importance pour une société à grande capitalisation. La société est la mieux placée pour appliquer la définition d'information importante à sa propre utilisation. En cas de doute, les sociétés peuvent consulter la surveillance du marché. L'article 410 des Règles de la Bourse prévoit que l'annonce d'une opération ou d'une activité envisagée est faite au moment où la décision est prise par le conseil d'administration de la société ou par la haute direction dans la mesure où cette dernière anticipe l'appui du conseil d'administration. Les Règles de la Bourse de Toronto énoncent quelques exemples de faits susceptibles de nécessiter une communication immédiate tels que i) un changement dans la propriété des actions de la société qui pourrait avoir une incidence sur le contrôle de la société; ii) un changement à la structure de la société, notamment une réorganisation ou une fusion; iii) une offre publique d'achat ou de rachat, ou une acquisition importante par la société; iv) un changement dans la structure du capital; ou v) la vente publique ou de gré à gré de titres additionnels de la société.

L'article 419 des Règles de la Bourse précise que l'annonce de l'intention d'une société d'effectuer une transaction ne doit pas être diffusée avant que la société ne soit en mesure de la mener à terme (même si les impondérables demeurent) et que le conseil d'administration de la société ou la haute direction, avec le consentement anticipé du conseil, n'ait pris la décision de conclure la transaction.

4. CONCLUSION

Au Canada, la pratique veut que les sociétés publiques ne divulguent pas, par le biais d'un communiqué de presse, la signature d'une lettre d'intention, cela dans la mesure où il s'agit d'une offre déguisée, c'est-à-dire que cette dernière lie formellement les parties et qu'eu égard à la compagnie publique concernée, la transaction anticipée est importante. Également, un communiqué de presse sera déposé auprès des autorités en valeurs

mobilières au Canada et auprès de la Bourse lorsqu'une société publique conclut une offre d'achat dont les termes et conditions importants tels que le prix d'achat sont définitifs et entendus entre les parties. Il serait donc prématuré pour une société publique de divulguer la signature d'une lettre d'intention, sous réserve cependant que la signature d'une telle lettre n'a pas fait l'objet de communication sélective.

Puisque le communiqué de presse qui pourrait être émis servira aussi à qualifier la nature exacte de l'entente conclue, il est fréquent que les parties à une lettre d'intention s'obligent mutuellement à préparer un communiqué de presse conjoint ou à approuver au préalable le contenu de tout tel communiqué. Dans l'affaire opposant la société pétrolière Texaco à la société Penzoil, Texaco avait justement fondé une partie de son argumentation sur le fait qu'il n'y avait pas de contrat exécutoire intervenu entre Penzoil, le premier offrant, et Getty Oil, la compagnie cible, vu le libellé d'un communiqué de presse émis le lendemain de la signature d'un *Memorandum of Understanding* par Getty Oil, lequel communiqué ne reprenait pas de façon similaire les termes et modalités du *Memorandum of Understanding* qui était intervenu entre Penzoil et Getty Oil. En fait, dans cette affaire, le communiqué de presse utilisait un libellé affichant un caractère moins certain que le *Memorandum of Understanding*.

Bien que Texaco ait perdu cette cause, on voit bien l'importance de prévoir, lorsqu'il s'agit de compagnies publiques, un engagement des parties à collaborer en vue de préparer un communiqué de presse conjoint.

4.1. CONSIDÉRATIONS PRATIQUES

4.1.1. Force morale

La discussion juridique sur le caractère exécutoire ou non de la lettre d'intention est somme toute un peu académique considérant les probabilités que les parties s'en tiennent tout de même, pour des considérations d'affaires ou simplement morales, à respecter ses termes. Le praticien avisé sait qu'ultimement les gens d'affaires attachent de l'importance à cette entente laquelle, quoiqu'elle ne soit pas assortie de garantie, tient lieu de *gentleman's agreement* et, dans bien des cas, devient moralement exécutoire. Les gens d'affaires croient que pour des considérations autres que légales, les parties à une lettre d'intention ne chercheront pas à en rouvrir les termes. En effet, bien peu d'hommes ou de femmes d'affaires risqueront de briser l'impulsion qui doit généralement animer la période des négociations en ramenant sur la table un élément déjà discuté et, de surcroît, consigné par écrit dans une lettre d'intention. En ce sens, la lettre d'intention est souvent

respectée par les parties et exécutée suivant ces termes bien qu'elle ne soit pas toujours aux yeux du droit, juridiquement exécutoire. De plus, il faut bien comprendre que la lettre d'intention est rarement signée telle qu'elle est présentée par l'offrant potentiel, la personne à qui elle est adressée cherchant à bonifier son contenu de la même façon que si une offre lui avait été présentée. Elle est donc généralement négociée, ce qui fait en sorte que la partie qui se dédirait subséquemment d'éléments convenus risque gros sur le plan de la perte de crédibilité et du dommage causé à la relation de confiance en voie d'être établie entre l'offrant et l'autre partie. Bref, si c'est vrai de dire qu'une lettre d'intention contribue favorablement à donner une impulsion en rehaussant le caractère sérieux des négociations en cours, il est aussi vrai de dire qu'une partie qui aurait négligemment fait des affirmations dans la lettre d'intention (sur la base qu'il ne s'agit pas d'un document exécutoire) et qui se dédirait par la suite, viendra nuire considérablement à la lancée de la transaction, voire la mettre en péril.

4.2. CONTENU D'UNE LETTRE D'INTENTION BIEN RÉDIGÉE

En considérant la nature intrinsèque d'une lettre d'intention qui se situe dans une zone grise où la lettre de correspondance rejoint le contrat, l'approche à privilégier est celle du document hybride où une partie de la lettre a une fonction d'aide-mémoire alors même qu'une autre partie de la lettre constitue un contrat permettant d'asseoir sur une base juridique ferme certaines protections essentielles favorisant un rapprochement des parties dans le contexte des négociations qui s'amorcent. On trouvera ci-après les thématiques se retrouvant respectivement dans la portion « correspondance » et la portion « contrat » de la lettre.

Portion de la lettre d'intention assimilable à une lettre de correspondance :

- Objet de la transaction;
- Prix d'acquisition;
- Modalités de paiement du prix d'achat;
- Convention d'achat et de vente d'actif/ententes finales;
- Autres conditions de la transaction.

Portion de la lettre d'intention assimilable à un contrat :

- Vérification diligente;
- Gestion intérimaire;
- Exclusivité *no shop*;
- Recours en injonction;
- Collaboration;
- Confidentialité;
- Non-sollicitation des employés :
  - non-sollicitation parfois difficile à prouver,
  - interdiction (ferme) d'embaucher des employés pour une certaine période;
- Date butoir;
- Nature de la présente lettre;
- Généralités :
  - paiement des frais par les parties,
  - impossibilité d'amender le document autrement que par un écrit,
  - lois applicables.

4.3. AVANTAGES ET DÉSAVANTAGES

En droit, rien n'exige la signature d'une lettre d'intention, si bien que la signature d'une telle lettre est facultative notamment dans un contexte de fusions et d'acquisitions. En considérant son caractère facultatif, il y a lieu de préciser les avantages et désavantages se rattachant à l'établissement d'une telle lettre.

4.3.1. La lettre d'intention comme outil de négociation

La lettre d'intention constitue une occasion rêvée de véhiculer auprès de l'autre partie une panoplie de termes et modalités recherchés dans un contexte où, puisque les parties se connaissent peu et que ces échanges s'effectuent tôt dans le processus, il sera toujours possible de reculer sans trop compromettre sa crédibilité.

En fait, la lettre d'intention permettra généralement de déterminer les zones de sensibilité de part et d'autre (par exemple le contexte d'une entreprise familiale où le vendeur cherche à obtenir un prix juste mais désire surtout assurer un emploi à son fils qui est un employé de la compagnie cible). De plus, la partie la plus désireuse de conclure l'affaire sera souvent celle qui reconnaîtra le plus le bien-fondé de signer une telle lettre d'intention pour susciter l'intérêt de l'autre partie. Bref, la négociation d'une lettre d'intention permet de cerner assez rapidement les intérêts respectifs des parties à conclure la transaction, la négociation elle-même entraînant généralement la divulgation de toutes sortes d'informations pertinentes.

Ainsi, la partie moins désireuse de conclure pourra tirer parti du désir affiché par l'autre partie, en obtenant tôt dans le processus des concessions qui pourraient s'avérer plus difficiles à obtenir plus tard dans les négociations.

La partie qui aura réussi à intégrer dans la lettre d'intention les termes et modalités importants sera possiblement moins disposée par la suite à faire des concessions, n'ayant réellement plus d'objectifs non atteints ou non maintenus, à son entière satisfaction.

D'autre part, la lettre d'intention étant généralement négociée, la négociation de la lettre pourra être révélatrice pour déterminer, particulièrement dans un grand groupe corporatif, l'autorité des représentants à la table des négociations. Cette identification des personnes en autorité (généralement, l'équipe de négociation est composée de plusieurs personnes, chacune ayant son secteur de compétence) pourra s'avérer utile plus tard dans les négociations.

4.3.2. Participation de tierces personnes

La lettre d'intention peut s'avérer utile pour une partie qui doit établir au bénéfice d'une tierce partie qui n'est pas directement en cause dans la transaction que des négociations sérieuses ont été engagées. Par exemple, un banquier sur le point d'exercer ses recours hypothécaires pourra être rassuré

par la remise d'une lettre d'intention démontrant qu'un acheteur solvable a déclaré son intention de procéder à une acquisition. Ainsi, la lettre d'intention pourra contribuer à reporter le déclenchement de procédures judiciaires. De plus, dans le contexte d'une transaction, l'approbation préalable d'une foule d'intervenants sera généralement requise pour permettre de procéder à une séance de clôture. À titre d'exemple, voici certaines autorisations ou formalités préalables impliquant des tierces parties nécessaires pour finaliser une acquisition.

IDENTITÉ DE LA TIERCE PARTIE	RAISONS MOTIVANT LA DEMANDE DE CONSENTEMENT OU L'ENVOI D'UN AVIS
Conseil d'administration	Approbation préalable
Banquiers	Financement pour conclure l'acquisition; consentement préalable des banquiers de la compagnie cible requis en vertu des conventions de crédit et sûretés en place
Locateurs de la compagnie cible; autres cocontractants (fournisseurs importants)	Consentements préalables ou avis requis à remettre aux locateurs d'équipements, aux crédits-bailleurs ou autres fournisseurs
Investissement Canada	
Actionnaires de la compagnie cible	Approbation obligatoire si la compagnie cible est une société constituée en vertu de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*
Directeur du Bureau de la concurrence (pour la compagnie cible)	Préavis au Bureau de la concurrence selon la taille des parties et celle de la transaction
Bourses	Approbation préalable
Commissions des valeurs mobilières	
Autorité gouvernementale - CRTC - ministère des Ressources naturelles	

Les parties attendront généralement qu'une lettre d'intention soit signée avant de contacter ces tierces parties pour faire progresser le dossier d'autant plus que certaines de ces dernières sont susceptibles d'exiger la remise de la lettre d'intention pour ouvrir leur propre dossier et entamer les démarches requises.

4.3.3. Aide-mémoire – Planification de la transaction

Dans le contexte des fusions et acquisitions, les lettres d'intention sont appréciées en leur qualité d'aide-mémoire. Elles permettent en temps voulu (généralement plusieurs mois après le début des pourparlers) aux responsables de la rédaction des ententes définitives de se rappeler les concepts de base déjà négociés. Il est d'ailleurs fréquent dans le cadre de ces négociations qu'une partie doive remémorer à l'autre partie certains passages de la lettre d'intention traitant d'éléments somme toute déjà réglés, d'où l'importance, une fois de plus, de ne pas négliger leur rédaction. En ce sens, les praticiens en fusions et acquisitions appliquent généralement le proverbe suivant : « Les paroles s'envolent, les écrits restent ».

Dans une transaction complexe, la planification de négociations peut en soi être ardue. Dans ce contexte, les parties prévoiront souvent dans la lettre d'intention un échéancier de travail avec l'indication précise en annexe des différentes dates butoirs où les étapes définies à l'échéancier devront avoir été franchies.

4.3.4. Circonstances favorables suscitant l'intérêt

Il s'agit d'un des avantages les plus appréciés se rattachant à l'utilisation de la lettre d'intention, soit de susciter de l'intérêt chez la partie à qui elle est adressée. Cette dynamique où les parties cherchent à convenir des principes de base tout en évitant d'aborder des questions plus techniques contribue à bâtir plus rapidement un rapport de confiance entre les parties. En ce sens, la lettre d'intention contribue à donner une impulsion, à lancer le processus de négociations de façon positive en ce que les parties constatent la possibilité de pouvoir s'entendre. Cela étant dit, bien qu'il soit opportun d'utiliser, à l'égard de certaines thématiques abordées dans la lettre d'intention, des termes plutôt vagues, il faut noter qu'il existe un danger qu'une lettre d'intention qui aurait été signée trop tôt dans le processus, dans des circonstances où peu d'éléments ont fait l'objet de consensus, produise des attentes qui pourraient s'avérer difficiles à satisfaire, en ce qui concerne le progrès des négociations, contribuant ainsi à décourager les parties.

Considérant sa caractéristique qui vise à susciter de l'intérêt, la lettre d'intention est parfois utilisée pour permettre à une partie mal intentionnée de créer, sans trop de risques, l'intérêt nécessaire pour accéder à l'information de la compagnie cible.

4.3.5. Caractère incertain des effets découlant d'une lettre d'intention

On l'a vu, la lettre d'intention est un document hybride se situant entre une lettre de correspondance et un contrat. Cette lettre intervient à un moment où généralement les parties disposent d'informations fragmentaires sur l'autre partie ou sur la compagnie cible, ne leur permettant pas de libeller ce type de lettre avec toute la précision que l'on retrouve dans les ententes définitives. Tous ces facteurs contribuent à faire de la lettre d'intention un document au caractère incertain quant aux effets. Son caractère flou contribue au fait que les parties qui l'ont signée ne lui attribuent pas nécessairement la même signification. Pour plus amplement illustrer cette réalité, je me permettrai de citer un auteur qui écrivait ceci sur le *gentleman's agreement* :

> « A gentleman's agreement is an agreement which is not an agreement entered into between two persons neither of whom is a gentleman, with each expecting the other to be strictly bound, while he himself has no intention of being bound at all[29]. »

De plus, les parties jonglent avec le risque qu'un tribunal considère qu'il s'agisse d'une offre les liant sur le plan juridique. Pour ces raisons, la lettre d'intention, surtout celle mal rédigée, comporte son lot de désavantages.

4.3.6. Efforts importants associés à sa mise en place

Beaucoup de temps et d'efforts peuvent être passés à négocier pareille lettre (plusieurs semaines généralement) alors même que ce temps et ces efforts pourraient être dirigés à la rédaction d'ébauches des ententes définitives qui, de toute façon, sont appelées à remplacer complètement le document préliminaire. En fait, il est assez fréquent que les avocats cherchent à mettre un terme aux séances de négociations intensives de façon à cristalliser le document dans un libellé plus général, de façon à éviter que la négociation de la lettre d'intention ne se transforme en des séances de rédaction de l'entente définitive où les parties s'échangeraient, sans le signer, un document de plus en plus élaboré.

---

[29] J. VAISEY, cité dans Stephen M. WADDAMS, *The Law of Contracts*, 3e éd., Toronto, Canada Law Books, 1993, p. 102.

4.3.7. Création involontaire d'un encan

La conclusion d'une lettre d'intention pourra contribuer à lancer un encan en ce que la remise de cette lettre à des tierces parties pourra accroître leur intérêt relativement à la compagnie cible. Le vendeur peut donc tirer avantage de ce document qui établit en quelque sorte un prix plancher pour son entreprise. Les acheteurs cherchent généralement à réduire cette possibilité en incluant une clause d'exclusivité qui vise justement à interdire ce comportement. Cela dit, une contravention à cet engagement ne sera pas nécessairement rendue publique si bien que l'engagement peut être illusoire. De plus, durant la période de négociation de la lettre d'intention, rien n'interdit au vendeur avant la signature de la lettre de bonifier les termes et modalités qui lui sont présentés.

Dans le contexte d'une compagnie publique, la clause d'exclusivité prévoira généralement une exception basée sur les devoirs fiduciaires des administrateurs qui doivent agir de façon à maximiser la valeur de l'entreprise, au bénéfice des actionnaires. Cette exception (invoquée en anglais comme le *fiduciary out*) pourra prévoir la possibilité de négociations avec des tierces parties advenant que le conseil d'administration conclue, agissant de bonne foi et sur la base d'un avis juridique d'un conseiller indépendant, qu'il est de leur obligation d'agir ainsi afin de satisfaire leurs devoirs fiduciaires.

À l'inverse, la lettre d'intention peut d'ailleurs être utilisée aux fins d'un encan par une partie qui, tout en ne désirant pas ultimement se porter acquéreur d'une entreprise, cherche à éviter qu'un concurrent puisse devenir propriétaire de la compagnie cible pour un prix dérisoire. La lettre d'intention, par son caractère non-exécutoire sera le véhicule privilégié pour atteindre cet objectif.

CONCLUSION

La lettre d'intention s'inscrit dans une tendance des parties à ramener tôt dans le processus la négociation par écrit. Avec l'accroissement des transactions internationales où il est plus fréquent que des négociations interviennent entre des parties qui ne se connaissent pas au préalable et qui sont de culture et de juridictions différentes, l'utilisation de l'écrit est plus fréquente pour s'assurer que toutes les parties ont bel et bien compris les consensus établis à l'égard de certains éléments.

Dans le contexte des pourparlers entourant une transaction complexe, plusieurs lettres sont généralement échangées et plusieurs rencontres ont

généralement lieu avant comme après la signature d'une lettre d'intention, les parties faisant progressivement valoir leur intention à l'égard de sujets particuliers, le tout en vue de signer une entente définitive. Force est de constater que dans bien des cas, les parties se sont effectivement entendues avant la signature de l'entente définitive. Somme toute, puisque les règles entourant la formation des contrats renvoient le juriste au moment où les deux parties ont conclu une entente même verbale sur les considérations essentielles de la transaction, on pourrait prétendre que l'entente entre les parties précède généralement la signature de la convention formelle. La lettre d'intention, telle qu'elle est rédigée aujourd'hui par les praticiens en droit en fusions et acquisitions, a été la réponse à l'incertitude qui découlerait autrement de l'absence d'une telle lettre sur la question de l'existence ou non d'une entente. La lettre d'intention bien rédigée vient donc se distinguer du lot des correspondances échangées dans un dossier et gérer plus précisément ce qui serait autrement un flou intolérable où une partie pourrait considérer que l'accord est déjà conclu alors que l'autre partie ne considérerait pas que l'état d'avancement des discussions puisse être assimilable à un accord conclu. Les autres avantages se rattachant à la lettre d'intention, soit le fait qu'elle puisse servir d'outil de négociation, qu'elle contribue à donner une impulsion en plus d'agir à titre d'aide-mémoire ont contribué à la popularité sans cesse grandissante des lettres d'intention.

ACHAT D'UNE SOCIÉTÉ PAR SES CADRES (*MANAGEMENT BUY-OUT*)

Anne-Marie Dupras
Associée, CA, avocate
RSM Richter s.e.n.c.r.l.

Martin Guestier
B. Comm., MBA, FICB
BMO Banque de Montréal

Catherine Lapointe
Associée, avocate, LL. M.
BCF s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 2:5

1. LA MISE EN PLACE DE L'ÉQUIPE DE CADRES ACHETEURS 2:5

2. LA RECHERCHE DU FINANCEMENT 2:6

2.1. LES TYPES DE FINANCEMENT DISPONIBLES 2:6
2.1.1. Généralités 2:6
2.1.2. Les outils de financement 2:7
2.2. RECHERCHE DE FINANCEMENT ET CONFIDENTIALITÉ 2:28

3. LE PRIX ET LES MODALITÉS DE PAIEMENT 2:30

3.1. GÉNÉRALITÉS 2:30
3.2. SOLDE DE PRIX D'ACHAT 2:31
3.3. CLAUSE D'INDEXATION BASÉE SUR LES BÉNÉFICES FUTURS OU « CLAUSE DE CAPACITÉ DE GAIN » OU *EARN-OUTS* 2:32
3.4. LE CAS DES PAIEMENTS BASÉS SUR LA PRODUCTION OU L'USAGE LORS DE LA VENTE D'ACTIFS ET *REVERSE EARN-OUTS* 2:33
3.5. AUTRES POSSIBILITÉS 2:34
3.5.1. Utilisation de l'assurance vie 2:34
3.5.2. Réduction du prix d'achat et versement de bonis, de salaires, d'allocations de retraite ou de paiement rattachés à un engagement de non-concurrence des vendeurs 2:35

4. STRUCTURES DE FINANCEMENT 2:41

4.1. ACQUISITION D'ACTIONS OU D'ÉLÉMENTS D'ACTIF 2:41
4.2. MÉTHODES POUR STRUCTURER LA PARTICIPATION DE LA DIRECTION DANS UNE ENTREPRISE 2:43
4.2.1. Deux exemples de structures d'acquisition 2:43
4.2.2. Gel successoral 2:47
4.2.3. Le cas particulier des membres de la direction et de la relève issue de la famille qui s'associent pour effectuer un MBO 2:50
4.2.4. *Leveraged buy-out* – Achat adossé 2:54
4.2.5. Options d'achat d'actions 2:62

5. **LA VÉRIFICATION DILIGENTE** 2:62

6. **LES CONTRATS APPLICABLES À UN *MANAGEMENT BUY-OUT*** 2:65

CONCLUSION 2:68

INTRODUCTION

Avec le vieillissement de la population et donc des entrepreneurs, un nombre considérable d'entreprises doit envisager une stratégie de relève. Parmi les différentes possibilités qui se présentent, l'achat par les cadres est considéré de plus en plus fréquemment, surtout en l'absence de relève familiale ou d'un acheteur stratégique. Ces acquisitions, connues sous l'acronyme MBO, de l'anglais *Management Buy-Out*, ont une dynamique qui leur est propre et présentent des défis particuliers pour les acheteurs.

Dans le présent texte, nous allons tenter de mettre en relief les principales caractéristiques des MBO et de décrire les différents enjeux de nature fiscale qu'ils comportent. Pour ce faire, nous exposerons les critères par lesquels on reconnaît une équipe de cadres gagnante, puis nous nous attarderons sur le processus de recherche de financement et les différents produits financiers disponibles. Par la suite, nous aborderons également la question du prix et de ses modalités d'établissement et de paiement tout en illustrant notre propos de quelques exemples de structures de financement. Nous verrons également quels sont les enjeux de la vérification diligente dans un contexte de MBO et terminerons par un bref exposé des principaux contrats que l'on peut retrouver dans une transaction d'achat par les cadres d'une entreprise, en insistant sur leurs particularités dans un tel contexte.

1. LA MISE EN PLACE DE L'ÉQUIPE DE CADRES ACHETEURS

La compétence des cadres acheteurs est une condition essentielle à la réussite d'un MBO. En effet, cette équipe sera scrutée avec grande attention par les différents financiers de la transaction. Ceux-ci s'assureront qu'elle va permettre un bon fonctionnement de la société cible après l'acquisition, qu'il s'agit d'une équipe d'acheteurs bien équilibrée. Les dirigeants acheteurs doivent en effet être en mesure d'assurer la direction des différents secteurs de l'entreprise (finances, ventes, opérations, etc.). Ils doivent également former un groupe suffisamment soudé et qui fonctionne bien ensemble. La qualité du groupe de cadres est aussi importante en raison des tâches accrues qui risquent de leur échoir après la transaction. Il n'est pas rare en effet, lorsque la société achetée provient d'un plus grand groupe, que certains services qui étaient jusqu'alors la responsabilité de sociétés apparentées soient désormais gérés à l'interne, comme la propriété intellectuelle ou la comptabilité. Dans d'autres cas, ces tâches accrues résultent du départ, à plus ou moins court terme, des vendeurs qui les exécutaient jusqu'alors. Lorsque l'équipe comporte des lacunes relatives à certains champs de compétence, elle a alors avantage à s'allier un individu provenant de l'externe qui possède

ces habilités et qui deviendra cadre de l'entreprise lors de la transaction et si possible investira dans celle-ci.

Un autre élément est essentiel : l'équipe de cadres doit comporter un leader affirmé qui assumera non seulement la direction de la société après l'acquisition, mais également la cohésion des acheteurs entre eux, dans le cadre de la négociation de leur propre convention d'actionnaires lorsque ceux-ci sont actionnaires d'une société qui elle-même investira dans la société opérante ainsi que dans leur négociation avec le vendeur et surtout avec les différents financiers. De plus, la présence d'un leader fera en sorte que les autres cadres de l'équipe seront moins dérangés dans leurs tâches habituelles et que les opérations courantes de l'entreprise en seront donc moins touchées. Il aura également un rôle important de rassembleur à jouer au cours de toute cette période. Le déroulement d'un MBO est en effet plus imprévisible et souvent plus long que celui de la majorité des transactions d'acquisition, surtout lorsque la structure du financement d'acquisition utilise de façon importante l'effet de levier ou s'effectue dans un contexte de redressement. L'obtention du financement est alors généralement plus ardue, plus longue et, sans un vrai leader, l'équipe risque de perdre foi dans la réussite de la transaction. Lorsque plus d'un individu brigue cette position dans le groupe, il est essentiel que la question de leurs responsabilités respectives soit abordée et réglée au sein de l'équipe tôt dans le processus. En effet, cette situation risque d'envoyer des messages confus aux financiers du projet qui y verront une source possible de conflits futurs, donc un accroissement de leur risque.

2. LA RECHERCHE DU FINANCEMENT

2.1. LES TYPES DE FINANCEMENT DISPONIBLES

2.1.1. Généralités

Dans la section 4 du présent texte, nous verrons différents exemples concrets de structures de financement, aussi nous nous limiterons à énoncer certaines réalités habituelles d'un financement de MBO, à décrire les critères généraux d'une structure de financement réussie, à effectuer une nomenclature des différents types de financement disponibles et à expliquer les caractéristiques fiscales de chacun de ces modes de financement.

Le financement d'un MBO doit offrir suffisamment de flexibilité afin de permettre de payer les frais de la transaction et de soutenir les besoins de l'entreprise après l'acquisition ainsi que les dépenses en capital qu'elle devra

engager. Il doit également être structuré de telle sorte que les actionnaires de la société puissent espérer un rendement adéquat sur leur investissement.

Un MBO requiert généralement un financement plus important qu'un démarrage ou un projet d'expansion. Ce financement nécessite un montage équilibré, comportant plusieurs niveaux et la société doit être capable de le mettre au point afin d'assurer sa rentabilité. Le financement se doit donc d'être basé sur un plan d'affaires réaliste qui démontre une bonne compréhension des flux monétaires de l'entreprise, de leur qualité et de leur prévisibilité.

La structure du financement d'un MBO évolue souvent de façon significative au cours du processus menant à la transaction. Ainsi, certains financiers, ayant à prime abord montré un intérêt pour la transaction, pourront changer d'avis après leur vérification diligente si celle-ci révèle un niveau de risque supérieur à celui qu'ils avaient escompté. Des solutions de rechange devront alors être trouvées. Dans d'autres circonstances, les conditions de financement offertes par l'un entreront en concurrence avec celles exigées par un autre et les négociations devront être rouvertes. C'est le cas notamment lorsqu'un financement additionnel par voie de dette est offert et qu'il faut alors entreprendre la négociation de l'entente intercréanciers avec le premier prêteur. Une autre situation peut se présenter : la totalité du financement espéré ne pourra être obtenue et les acquéreurs éventuels se tourneront alors vers le vendeur pour tenter de négocier des concessions additionnelles. Tout est affaire de circonstances mais il est clair que, afin d'éviter de graves problèmes avec le financement, le groupe d'acheteurs ne devrait pas, au risque d'avoir de mauvaises surprises beaucoup plus tard dans le processus, tenter d'occulter les problèmes éventuels de l'entreprise, mais plutôt de les aborder de façon constructive avec les financiers qu'il sollicite.

2.1.2. Les outils de financement

2.1.2.1. Le financement par voie de dette

Types de financement par voie de dette

Différents outils de financement sont à la disposition du groupe de cadres acheteurs. Il y a d'abord tous les types de financement sous forme de dette. D'une part, on retrouve parmi ceux-ci le prêt bancaire conventionnel, à court ou à long terme, normalement garanti par des éléments d'actif de l'entreprise et le prêt adossé à des actifs (*asset based lending*) où, moyennant un coût additionnel ainsi qu'un contrôle régulier et serré des éléments d'actif de l'emprunteur, le prêteur prête davantage sur la base de ces éléments

d'actif qu'un prêteur conventionnel. Ce dernier type de financement est beaucoup moins fréquent au Canada qu'aux États-Unis, quoiqu'il ait maintenant tendance à s'y répandre.

Viennent ensuite tous les produits de dette garantie subordonnée ou de dette mezzanine, qui viennent combler les besoins non financés par voie de créance prioritaire (dette « senior ») ou de contribution au capital. Comme leur nom l'indique, ces prêts, qu'ils soient garantis ou non, sont de rang inférieur à la créance prioritaire. Puisqu'il s'agit de prêts en conséquence plus risqués, ils comportent également un taux d'intérêt plus élevé et sont fréquemment assortis de différents droits qui donnent au prêteur la possibilité de participer au capital ou aux profits de l'entreprise (options, redevances, etc.). Les prêts non garantis ou subordonnés convertibles ainsi que les prêts non garantis ou subordonnés assortis d'un congé de remboursement de capital, voire de paiement d'intérêt, pendant un certain nombre d'années, sont fréquents dans la structure du financement des MBO. Compte tenu de leurs caractéristiques, ils s'apparentent au financement par voie d'équité et, pour cette raison, sont connus sous l'expression de « quasi-équité ».

Prêts participants

Les lois fiscales entendent par « prêts participatifs » les dettes qui accordent au créancier un rendement au moins en partie dépendant de la performance financière du débiteur. Du point de vue du débiteur, la question est de savoir si la rémunération ou le rendement accordé au créancier est un intérêt selon les termes de l'alinéa 20(1)c) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[1] et est donc déductible en vertu de cet article. Selon la jurisprudence[2], trois caractéristiques principales distinguent l'intérêt des autres formes de déboursés : il doit être établi sur la base d'un montant journalier, le montant doit être calculé en référence à un principal et il doit représenter une compensation pour l'utilisation de ce principal.

Ces dernières années, plusieurs décisions des tribunaux ont été rendues en faveur des contribuables, dont l'arrêt *Sherway Centre*, et ont incité le législateur à modifier la loi. Avant de décrire les dispositions actuelles, il est utile de résumer cette décision clé à propos des prêts participatifs. Dans cette

---

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

2 Dont *Shell Canada Limitée* c. *Canada*, 99 D.T.C. 5669 (C.S.C.) (ci-après « *Shell Canada* »); *Brenda J. Miller* c. *La Reine*, 85 D.T.C. 5354 (C.F.); et *Canada* c. *Sherway Centre Ltd.*, 98 D.T.C. 6121 (C.A.F.) (ci-après « *Sherway Centre* »).

affaire, le contribuable avait besoin de financement afin d'ériger un centre commercial. Il a donc émis des débentures portant intérêt au taux de 9,75 % par année alors que le taux du marché se situait à 10,25 %. En plus de l'intérêt stipulé, les débentures prévoyaient un intérêt participatif annuel égal à 15 % des surplus d'exploitation excédant 2,9 M$. Le Ministère a accordé la déduction pour l'intérêt calculé au taux de 9,75 % mais refusé la déduction de l'intérêt participatif au motif que celui-ci ne répondait pas à la définition de l'intérêt telle qu'elle est établie par la loi. En accueillant l'appel du contribuable, la Cour canadienne de l'impôt a émis l'opinion que cet intérêt était déductible en vertu des dispositions de l'alinéa 20(1)e) L.I.R. La Couronne porta la cause en appel.

En Cour d'appel fédérale, la décision a été confirmée mais pour des motifs différents. Deux arguments ont été présentés afin de nier la déductibilité des sommes en vertu de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. : l'intérêt participatif ne pouvait être qualifié de montant calculé à partir d'un principal et l'intérêt n'était pas calculé sur une base journalière. La Cour a rejeté ces deux arguments et a indiqué que la condition établie par la jurisprudence selon laquelle l'intérêt doit se calculer sur une base journalière doit être nuancée. En effet, le principe du calcul journalier est une conséquence de la compensation pour l'utilisation de l'argent et non une condition. Elle considéra que l'intérêt participatif était calculé sur une base journalière puisqu'il dépendait d'un pourcentage des profits d'opération annuels, qu'il était versé sur une base annuelle et que le coût pouvait être réparti de façon journalière. Le deuxième argument fut aussi rejeté : en effet, la Cour a déclaré que l'on peut dire que cet intérêt était calculé par rapport à un principal puisqu'il n'était payable que s'il restait un principal à payer. La Cour semble avoir été convaincue par le fait que le rendement total sur les débentures (incluant l'intérêt participatif) était équivalent au taux du marché.

La Cour a également indiqué que l'intérêt participatif était aussi déductible en vertu de l'alinéa 20(1) e) L.I.R., puisque « ces paiements pouvaient être caractérisés comme un coût d'emprunt d'argent parce qu'ils sont accessoires, en relation et associés à l'emprunt » [traduction libre]. Depuis cette décision, la *Loi de l'impôt sur le revenu* a été modifiée de façon à exclure toute déduction d'intérêt participatif en vertu de cet alinéa. Le changement se retrouve au sous-alinéa 20(1)e)(iv.1) L.I.R.[3] Dorénavant, on ne pourra donc s'appuyer que sur le texte de l'alinéa 20(1)c) L.I.R.

---

[3] En vigueur depuis le 1er décembre 1999.

À la suite de la décision, l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») a émis le commentaire suivant dans son *Bulletin d'interprétation* IT-533 :

> « Tout comme dans l'affaire *Sherway Centre*, les paiements participatifs qui sont des intérêts sont déductibles en vertu de l'alinéa 20(1)c) si le paiement se limite à un pourcentage fixe du capital ou si les faits démontrent que les paiements visaient à établir le taux d'intérêt du prêt au taux en vigueur sur le marché, si le pourcentage limitatif, le cas échéant, reflète les taux d'intérêt commerciaux en vigueur entre parties n'ayant pas de lien de dépendance, et s'il n'y a pas d'autres faits qui indiquent la présence d'un placement en actions. Il convient de signaler que les paiements participatifs ne sont pas déductibles en vertu du sous-alinéa 20(1)e)(iv.1) à titre de dépenses engagées dans le cadre d'un emprunt d'argent[4]. »

En résumé, afin de pouvoir déduire l'intérêt participatif, le contrat doit énoncer clairement que l'intérêt participatif est un intérêt au sens de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. De plus, il sera important de s'assurer que le rendement total que le débiteur offre à ses créanciers se rapproche des taux en vigueur sur le marché (en tenant compte des facteurs de risque entourant ce prêt). De plus, à la suite des commentaires du *Bulletin d'interprétation* IT-533 mentionné ci-dessus et de certaines remarques émises par les représentants de l'ARC lors de tables rondes sur la fiscalité fédérale (dont un panel au Congrès de l'Association de planification fiscale et financière de 2002[5]), aucun fait ne doit laisser supposer un placement en actions.

Paiements d'intérêt conditionnel

Sur le plan fiscal, il ne faut pas confondre les prêts à intérêt participatif avec ceux comportant un intérêt conditionnel. À titre d'exemple de dettes comportant un intérêt conditionnel, on retrouve les obligations dont le versement d'intérêt est conditionnel à des objectifs de performance du débiteur, par exemple un certain pourcentage des fonds autogénérés. Deux affaires importantes ont établi le précédent en cette matière.

---

4 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-533, « Déductibilité de l'intérêt et questions connexes », 31 octobre 2003, par. 2.

5 Marc VANASSE, Paul LYNCH, Gaétan BISSON et François BARETTE, « Présentation sur la déductibilité des intérêts à l'Association de planification fiscale et financière », dans *Congrès 2002*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2003, pp. 36:1-50, aux pages 36:26-27.

La première affaire, *Redclay Holdings Limited* c. *La Reine*[6], concerne un contribuable qui avait émis une débenture dont l'obligation de payer l'intérêt et le principal était limitée à 50 % de ses fonds autogénérés disponibles. Celui-ci avait calculé et déduit l'intérêt au cours de plusieurs années même s'il n'était tenu à aucun paiement en raison de fonds insuffisants. La Cour a établi que même si la dette existait, le débiteur n'était pas tenu, au cours des années en question, de rembourser quoi que ce soit en intérêt ou en capital. Sur cette base, le contribuable ne pouvait donc déduire aucun montant à titre d'intérêt puisqu'il n'y avait pas d'obligation légale de le payer.

Dans la deuxième affaire, *Barbican Properties Inc.* c. *La Reine*[7], le contribuable avait emprunté d'une banque et acquis des propriétés avec le produit de l'emprunt. L'emprunt comportait un taux d'intérêt calculé de façon journalière et à versements mensuels. Si les revenus d'exploitation provenant des propriétés étaient insuffisants pour payer l'intérêt sur cette dette, le débiteur était autorisé à différer son paiement pour un temps limité, au plus tard à l'expiration du terme de l'emprunt ou à la vente de la propriété, selon la première éventualité. Il avait néanmoins déduit ces intérêts différés, qui pouvaient être calculés pour les années d'imposition pertinentes, même si le paiement avait été différé, et le Ministère a cotisé le contribuable.

La Cour a rejeté les arguments du contribuable et a refusé la déduction de l'intérêt au motif que celui-ci n'avait pas l'obligation légale de payer l'intérêt au cours des années en question. Les conditions de paiement n'étant pas remplies au cours des périodes en question, la dette était une dette conditionnelle selon les dispositions de l'alinéa 18(1)i) L.I.R., et ce, même si le montant d'intérêt pouvait être calculé avec précision.

Une affaire plus récente, *Hill* c. *La Reine*[8], jette un nouvel éclairage sur la question. Le contribuable (avec d'autres copropriétaires) acquiert un terrain à Calgary en 1974 puis le vend à une société, Postel, dans le cadre d'une opération de *sale lease back*. Le bail sur le terrain a une durée de 99 ans et un prêt est accordé à Hill et ses partenaires pour une somme dépassant 17 M$, lequel est garanti par l'immeuble. Les copropriétaires étaient tenus de payer un loyer et l'intérêt sur leur emprunt selon un taux variable. Les fonds générés par la propriété étaient partagés entre les

---

6 96 D.T.C. 1207 (C.C.I.).

7 97 D.T.C. 122 (C.C.I.); confirmé par 97 D.T.C. 5008 (C.A.F.).

8 2002 D.T.C. 1749 (C.C.I.) (ci-après « *Hill* »).

copropriétaires et Postel. Pendant plusieurs années, qui ne font pas l'objet direct du litige, les fonds étaient insuffisants pour couvrir à la fois le loyer et l'emprunt. Plus tard, en 1983, les contrats entre les parties furent modifiés et la nouvelle entente stipulait que l'intérêt sur les emprunts (qui totalisaient maintenant 30 M$) était payable chaque année selon un taux d'intérêt prédéterminé. Si les fonds générés étaient insuffisants pour payer tout l'intérêt, le débiteur pouvait soit demander au créancier de lui avancer les sommes nécessaires pour régler l'intérêt payable, ce qui devenait un nouvel emprunt, soit les montants impayés étaient ajoutés au principal de l'emprunt. Au cours des années 1992, 1993, 1996 et 1997, l'intérêt, qui était supérieur aux fonds générés, a été déduit et a été ajouté au principal, selon la deuxième option. Le Ministère a refusé ces déductions au motif que l'intérêt était contingent. Cependant, la Cour a jugé qu'il existait en tout temps une obligation de payer l'intérêt. L'obligation n'était pas contingente puisqu'elle ne dépendait aucunement d'un événement futur incertain. De plus, la Cour a mentionné que le fait d'ajouter les intérêts au principal de l'emprunt procédait de deux opérations distinctes auxquelles il fallait accorder un traitement juridique adéquat, c'est-à-dire qu'il y avait eu paiement de l'intérêt puis capitalisation de celui-ci au principal, par la suite.

Plus loin dans le *Bulletin d'interprétation* IT-533, la position de l'ARC est ainsi résumée sur cette épineuse question :

> « 6. Lorsqu'un montant calculé à titre de frais d'intérêt n'est pas payable pour une année en raison d'une condition qui n'est pas remplie, il n'est pas satisfait aux exigences de l'alinéa 20(1)c), étant donné que les intérêts ne sont pas payés ou payables, puisqu'il n'y a pas d'obligation légale de verser des intérêts (comme ce fut le cas dans l'affaire *Barbican*), ce qui fait que les intérêts ne sont pas déductibles pour l'année.
>
> Conformément à l'affaire *Mid-West Abrasive*[9], lorsque de tels montants sont payés au cours d'une année suivante, les frais d'intérêt pour les années antérieures ne se rapportent pas à l'année où ils sont payés comme le veut l'alinéa 20(1)c), et par conséquent ces intérêts ne sont pas non plus déductibles lorsqu'ils sont payés.
>
> Même si un financement peut être à recours limité en ce qui a trait à la garantie fournie pour obtenir le financement, cela ne permet pas en soi de considérer les intérêts payés ou payables pour le financement comme des intérêts conditionnels[10]. »

---

9 Il s'agit de l'affaire *MRN* c. *Mid-West Abrasives Company of Canada Ltd.*, 73 D.T.C. 5429 (C.F. 1re inst.).

10 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 4, par. 6.

Étant donné la jurisprudence à cet effet et le deuxième paragraphe de cette citation[11], il sera donc prudent de s'abstenir d'obtenir des emprunts assortis de clauses de paiement d'intérêt conditionnel. Par exemple, on pourrait plutôt prévoir expressément que l'obligation de payer est toujours en vigueur et qu'il y a paiement même si on permet au débiteur de capitaliser les montants d'intérêt lorsque certains objectifs financiers ne sont pas atteints, comme le contribuable l'a fait dans l'affaire *Hill*.

Créances subordonnées avec ou sans participation au capital

Ces créances comporteront généralement les modalités suivantes : un taux d'intérêt sur le principal qui est généralement largement supérieur au taux d'intérêt de base, une prime correspondant à un intérêt participatif et une participation au capital, par exemple, sous forme de l'obtention de bons de souscription ou une conversion en actions au gré du détenteur de la créance. Un moratoire de remboursement du principal et d'intérêt sera quelquefois prévu.

La principale difficulté sur le plan fiscal est de déterminer si l'instrument financier en question sera considéré en tant qu'équité ou en tant que dette. La conclusion dépendra essentiellement de ses modalités. Habituellement, il ne sera pas difficile de classifier l'instrument en tant que dette puisqu'il prévoit une obligation légale de payer de l'intérêt sur le montant emprunté selon un taux déterminé, etc.

La composante équité devra toutefois faire l'objet d'une analyse attentive. L'article 49 L.I.R. régit le traitement fiscal général attribuable aux options d'achat d'actions par voie de souscription. Nous nous concentrerons sur le traitement fiscal applicable à celui qui consent l'option, soit le débiteur. En vertu de l'alinéa 49(1)b) L.I.R., les dispositions du paragraphe 49(1) L.I.R. ne s'appliquent pas aux options octroyées par une société portant sur des actions de son capital-actions. Selon les directives du *Bulletin d'interprétation* IT-96R6[12], l'octroi d'une option par une société, lorsque celle-ci porte sur des actions de son capital-actions, n'entraîne

---

11 Voir M. VANASSE, P. LYNCH, G. BISSON et F. BARETTE, *loc. cit.*, note 5, 36:27-29 pour plus de détails sur la position de l'ARC quant aux intérêts conditionnels.

12 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-96R6, « Octroi d'options par une société en vue de l'acquisition d'actions, d'obligations ou de débentures et par une fiducie en vue de l'acquisition d'unités », 23 octobre 1996.

aucune conséquence fiscale[13]. Une fois que l'option sur les actions est levée par le détenteur, les montants versés pour l'acquisition des actions sont ajoutés au capital versé au titre de la catégorie d'actions visée par l'option.

Lors de l'expiration de l'option, la société qui l'a octroyée est réputée avoir disposé d'un bien en immobilisation pour une somme égale au montant qu'elle a reçu en considération de cet octroi. Lorsqu'une option a été octroyée en même temps que l'émission d'un autre titre (une débenture, par exemple), la société doit répartir de façon raisonnable les montants reçus entre le titre et l'option et les dépenses relatives à l'émission des titres[14]. Toutefois, le paragraphe 9 de ce bulletin indique que cette dernière règle est inapplicable lorsque le titre est émis avec un droit de conversion qui ne peut être séparé du titre et transigé de façon séparée. Dans ces cas, on ne doit allouer aucune partie du prix d'émission au droit de conversion.

Débentures convertibles en actions

Les caractéristiques habituelles de ces dettes hybrides sont les suivantes : dette dont l'échéance est de trois à cinq ans, taux d'intérêt fixe et privilège de conversion de la dette en capital-actions selon un ratio prédéterminé, à maturité, souvent en cas de défaut et parfois en tout temps ou en cas d'un événement de liquidité. Le détenteur a l'avantage d'obtenir un rendement sûr et fixe, et l'occasion de participer dans l'augmentation de valeur des actions de l'émetteur. La première question est encore de déterminer si cet instrument constitue une dette ou de l'équité et les mêmes critères que ceux décrits précédemment devront être appliqués. Lors de la conversion d'une créance en équité, l'article 80 L.I.R.[15] ne devrait pas s'appliquer à moins que la dette n'ait une juste valeur marchande (ci-après « JVM ») supérieure à celle du capital-actions émis en conversion de la dette, ce qui ne devrait pas se produire puisque le détenteur choisira, dans ce cas, de ne pas convertir.

---

13 *Id*., par. 2.

14 *Id*., par. 8.

15 L'article 80 L.I.R. traite des règles fiscales entourant les gains sur le règlement de dettes. Généralement, le gain réalisé, s'il y a lieu, lors du règlement d'une dette pour un montant inférieur au principal réduira les « attributs fiscaux » appartenant au débiteur dont les pertes autres qu'en capital reportées, les pertes en capital, le prix de base rajusté (ci-après « PBR ») des biens, etc. Lorsque tous les attributs fiscaux disponibles que l'on choisit de réduire sont déduits, la moitié du solde des gains est reconnue comme revenu.

Par ailleurs, si la valeur des actions émises lors de la conversion excède le principal de la dette, il est possible de déduire l'excédent en vertu des dispositions de l'alinéa 20(1)f) L.I.R. dans les cas où l'instrument prévoit que l'émetteur peut payer la valeur des actions en argent plutôt que par l'émission des actions. Ce phénomène ne se voit cependant que très rarement. Il y a toutefois lieu de mesurer l'impact de l'*Avis de motion de voies et moyens* (traitement fiscal de certaines dépenses) de novembre 2005[16] qui prévoit le nouvel article 143.3 L.I.R. En effet, l'alinéa 143.3(3)b) proposé pourrait empêcher la société émettrice de reconnaître la dépense au-delà du capital versé des actions émises[17].

2.1.2.2. Le financement par voie d'équité

Le financement par les cadres acheteurs

Parmi les outils de financement disponibles dans le cadre d'un MBO, on retrouve aussi le financement par voie d'équité ou, si l'on préfère, de participation au capital. C'est habituellement sous cette forme que les cadres acheteurs contribueront au financement de l'acquisition qu'ils projettent, en

---

16 CANADA, ministère des Finances, *Avis de motion de voies et moyens portant exécution de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 23 février 2005*, 17 novembre 2005.

17 Voici le libellé qui nous inquiète :

> « (3) *Actions – restriction.* – Pour le calcul du revenu, du revenu imposable ou de l'impôt à payer d'une société, ou d'une somme considérée comme payée au titre de son impôt à payer, la dépense de la société qui, en l'absence du présent paragraphe, comprendrait une somme du fait que la société, ou une autre société avec laquelle celle-ci a un lien de dépendance, a émis une action de son capital-actions À LA DATE DE PUBLICATION ou par la suite est réduite de la somme applicable suivante : […]
>
> b) si l'émission de l'action fait suite à l'exercice d'une option, l'excédent éventuel de la somme visée au sous-alinéa (i) sur la somme visée au sous-alinéa (ii) :
>
> (i) la juste valeur marchande de l'action au moment de son émission,
>
> (ii) la partie de la somme payée par le détenteur à la société émettrice, conformément aux conditions de l'option, pour l'émission de l'action qui est ajoutée au capital versé au titre de la catégorie d'actions qui comprend l'action en cause, mais qui n'en est pas déduite par l'effet d'une disposition de la présente loi. » (Notre soulignement)

effectuant une souscription à des actions ordinaires. Cette composante du financement est très importante pour les financiers de la transaction. L'apport des dirigeants au financement est parfois appelé *pain money*, car l'implication des cadres au projet à même leur actif personnel est un gage de sérieux et d'implication.

Plus la portion du financement apportée par les cadres est importante, plus leur pourcentage de participation au capital sera grand au point d'être parfois suffisant afin de leur assurer la majorité des actions votantes. Cela ne leur garantit toutefois pas le même pourcentage de rendement, compte tenu de la structure de financement établie lorsque celle-ci comporte différents instruments de dette. Mentionnons un élément intéressant : même lorsque l'apport financier des cadres acheteurs est modeste, le financement de la transaction est souvent monté de façon à leur laisser la majorité des actions votantes. Cela est même la norme lorsque des institutions telles que le Fonds de solidarité des travailleurs du Québec (F.T.Q.) ou la Caisse de dépôt et placement du Québec participent également au capital, car leur loi constitutive comporte des restrictions quant au pourcentage d'actions qu'ils peuvent détenir dans les entreprises.

La contribution des cadres acheteurs est la plupart du temps assez restreinte. Une façon de maximiser cette contribution consiste à structurer la transaction de façon que ceux-ci puissent recourir à leur régime enregistré d'épargne-retraite (ci-après « REÉR ») ou à leur fonds enregistré d'épargne-retraite (ci après « FEÉR ») afin d'investir dans la société. Les fiscalistes sont fréquemment appelés à se prononcer sur la possibilité d'utiliser les sommes amassées dans le REÉR des dirigeants afin de financer la mise de fonds nécessaire à l'acquisition de l'entreprise. En effet, le REÉR représente souvent (avec la résidence) pour un salarié l'actif qu'il possède ayant le plus de valeur. La réponse à cette question dépend de plusieurs règles fiscales que nous exposons ci-dessous.

D'un point de vue pratique, les auteurs ont remarqué que les fiduciaires des REÉR autogérés mettent des conditions de plus en plus strictes quant à la proportion maximale du portefeuille REÉR qui sera investie sous forme de capital-actions dans une PME. En effet, il n'est pas rare que l'on soit restreint à un maximum de 25 ou 30 % du portefeuille total par certaines institutions financières. Certains fiduciaires refusent même complètement d'agir et, lorsqu'un autre fiduciaire qui accepte est trouvé, celui-ci exige souvent comme condition, le transfert intégral du REÉR autogéré vers son institution. Il est donc nécessaire de s'informer auprès du fiduciaire bien avant de conclure le financement afin d'éviter les problèmes à la clôture de la transaction.

La fiducie régie par le REÉR au bénéfice d'un particulier doit effectuer des « placements admissibles » tel qu'ils sont définis au paragraphe 146(1) L.I.R. et par règlement[18]. Les paragraphes 4900(6) et 4900(12) R.I.R. se chevauchent et précisent les types de placements que le REÉR est autorisé à faire dans des PME. Aux fins de nos commentaires, nous nous concentrerons sur les conditions indiquées au paragraphe 4900(12) R.I.R. parce que les conditions à remplir en vertu de celui-ci sont moins onéreuses que celles stipulées au paragraphe 4900(6) R.I.R. En effet, les conditions de ce paragraphe n'ont à être réunies que lors du placement initial tandis que les conditions similaires prévues selon le paragraphe 4900(6) R.I.R. doivent être remplies en tout temps.

Selon le paragraphe 4900(12) R.I.R., le bien doit être un placement dans une action du capital-actions d'une société exploitant une petite entreprise (ci-après « SEPE ») (ou une société de capital de risque ou une part admissible dans une coopérative déterminée) lors de son acquisition et le rentier ou bénéficiaire en vertu du régime ne doit pas être un actionnaire rattaché de la société. Afin d'alléger le texte et de se concentrer sur les conditions relatives aux placements dans des petites entreprises, nous omettrons l'analyse des conditions d'application aux sociétés de capital de risque et des coopératives.

Notons que le placement doit être obligatoirement en capital-actions et non sous forme de prêt. Cela dit, on ne précise pas le type d'actions et celui-ci pourra donc comprendre des actions ordinaires (ou participantes) et des actions privilégiées. La société à laquelle le REÉR souscrit doit être une SEPE selon une définition légèrement modifiée du paragraphe 248(1) L.I.R.

Quelles sont les conditions pour être une SEPE aux fins des critères du paragraphe 4900(12) R.I.R.? Tout d'abord, la société doit être canadienne (sauf une société alors contrôlée, directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit, par au moins une personne non résidente) (à comparer avec la notion de société privée sous contrôle canadien dans la définition du paragraphe 248(1) L.I.R.). De plus, la totalité ou presque (c'est-à-dire 90 % ou plus) de la JVM des actifs de la société doit être attribuable à des éléments qui sont utilisés principalement dans une entreprise (ou une société liée) exploitée activement principalement au Canada ou constituée d'actions du capital-actions d'une ou de plusieurs SEPE rattachées à la société au moment donné. Une erreur fréquente des cadres consiste à créer une

---

[18] *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., 1978, c. 945 et mod. (ci-après « R.I.R. »).

nouvelle société et à souscrire à son capital-actions avant même que cette société n'ait acquis une participation dans une SEPE. Le placement sera alors non admissible puisqu'une des conditions ne sera pas remplie[19].

La fiducie détenant le REÉR n'est pas autorisée, sauf exception, tel qu'il est expliqué ci-après, à faire un placement dans le capital-actions d'une SEPE si la fiducie (avec les personnes qui lui sont liées) est rattachée à la SEPE. La notion d'« actionnaire rattaché » que nous associons généralement au libellé du paragraphe 186(4) L.I.R. est quelque peu modifiée aux fins des règles régissant les placements REÉR. Au paragraphe 4901(2) R.I.R., l'expression « actionnaire rattaché » signifie la personne, sauf la « personne exonérée », qui est propriétaire d'au moins 10 % des actions émises d'une catégorie du capital-actions de la société ou d'une société liée à celle-ci. Une personne exonérée est une personne qui n'a pas de lien de dépendance avec la société (ou avec une société liée ou qui est réputée l'être suivant les définitions applicables d'« actionnaire déterminé » du paragraphe 248(1) L.I.R.) et à l'égard de laquelle le total des montants représentant le coût indiqué des actions est inférieur à 25 000 $.

En somme, les limites de participation se définissent comme suit :

---

19 Cette situation a été soulignée dans « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2005*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2006, pp. 59:1-72, question 7.2., aux pages 59:64-65. Le ministère des Finances a alors suggéré de prévoir la souscription aux actions de la société opérante, Opco, en échange d'un billet afin de s'assurer que le placement soit admissible dès le départ. Nous comprenons toutefois que cette façon de procéder n'est pas possible dans la situation où la nouvelle société a été créée en vertu de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), c. C-44 et mod. Une option serait alors de faire d'abord souscrire les autres investisseurs dans Acquisico qui utilise cette somme pour acheter Opco; ensuite, les cadres souscrivent dans Acquisico, et le solde est payé.

Catégorie d'investisseurs	Limite maximale de l'investissement provenant du REÉR
Actionnaire détenant moins de 10 % des actions de la SEPE	Aucune limite sauf si l'actionnaire a un lien de dépendance avec la société
Actionnaire détenant de 10 à 49,99 % des actions d'une SEPE	24 999 $
Actionnaire détenant 50 % des actions de la SEPE	24 999 $ s'il n'est pas considéré agir de concert avec un autre actionnaire détenant 50 % des actions
Actionnaire détenant plus de 50 % des actions de la SEPE	0 $

Quelques remarques d'ordre pratique s'imposent. On ne considère que le pourcentage de participation dans n'importe laquelle des catégories d'actions et non la valeur relative que ce placement pourrait représenter, ce qui constitue une différence importante avec la définition d'actionnaire rattaché que l'on retrouve au paragraphe 186(4) L.I.R. La société n'a à se qualifier de SEPE qu'au moment du placement ce qui laisse la porte ouverte à une planification soignée. Aux fins du calcul de la participation d'une personne dans une société donnée, il est essentiel de calculer la participation de cette personne ainsi que celle de toutes les personnes qui lui sont liées : conjoint, parents, frères et sœurs ou enfants, sociétés contrôlées par ces personnes et fiducies dont ces personnes sont fiduciaires ou bénéficiaires. De plus, on doit considérer les options d'achat d'actions que la personne (ou une personne ayant un lien de dépendance avec elle) détient comme si elles avaient toutes été levées.

L'acquisition d'une participation dans une SEPE à l'aide des économies de son REÉR pourrait se faire en plusieurs étapes même si en fin de compte la participation de l'individu dépasse les seuils. Considérons une situation où un groupe de trois dirigeants désire faire l'acquisition d'une entreprise. Ils ont besoin d'un million de dollars de mise de fonds pour en faire l'acquisition. Ceux-ci pourraient convaincre huit autres personnes d'investir une somme appréciable, disons 40 000 $ chacun afin d'acquérir une part de 9,1 % de la société. Ces 11 individus (on assume qu'ils n'ont pas de lien de dépendance entre eux ni avec les actionnaires actuels) ne sont pas assujettis à la limite de 25 000 $. Les sommes ainsi amassées totalisent un montant de 440 000 $. Il reste toutefois une somme de 560 000 $ à rassembler afin de

compléter l'acquisition. Les trois leaders peuvent maintenant se tourner vers d'autres sources (comme un emprunt bancaire personnel) et acquérir des actions supplémentaires leur permettant de boucler le financement. Ces actions seront acquises hors REÉR. Vu que ce placement est acquis après le placement par le REÉR, il n'est plus nécessaire que ces trois leaders ne détiennent que des participations inférieures à 10 %. Seule la situation existant lors du premier placement est en effet considérée. Cette stratégie pourrait toutefois être considérée abusive et être soumise à la règle générale antiévitement[20] (ci-après « RGAÉ »). De plus, si les trois leaders détiennent une option pour l'acquisition des actions supplémentaires au moment d'effectuer le premier placement, celui-ci pourrait ne pas être admissible.

Lorsque le REÉR acquiert un placement non admissible, la JVM du placement devra être imposée comme un revenu en vertu du paragraphe 146(10) L.I.R.

Comme on peut le constater, l'investissement dans une petite entreprise par le biais de son REÉR est parsemé d'embûches et de règles complexes mais n'est pas une tâche impossible. Est-ce une stratégie adéquate en tout temps? Pas toujours…

En effet, le fait d'investir dans une PME à l'aide des fonds accumulés dans son REÉR peut comporter des désavantages : le profil du portefeuille REÉR devient généralement plus risqué, le gain en capital éventuel sur le placement sera converti en revenu ordinaire, et on perd la possibilité de réclamer l'exemption de 500 000 $ du gain en capital lors de la disposition des actions. Toutefois, dans le scénario où une personne jeune (de moins de 40 ans) acquiert des actions d'une entreprise par le biais du REÉR et les revend avec un profit considérable par la suite, l'imposition de ce gain est retardé jusqu'à ce que cette personne commence à retirer des sommes du REÉR (ou du FEÉR), généralement au moment de la retraite. Dans la mesure où cet individu n'aura pas besoin des sommes encaissées lors de la disposition, celui-ci réalisera des économies d'impôts même si ces retraits sont imposés comme revenu ordinaire plusieurs années plus tard. Dans un scénario où une personne est proche de l'âge de la retraite et qu'elle effectue le même placement (par le REÉR), cette stratégie pourrait déclencher plus d'impôt, puisque le gain sera imposé comme revenu ordinaire et que la possibilité de différer les impôts sera considérablement réduite.

---

[20] Contenue au paragraphe 245(2) L.I.R.

Le financement en équité des autres investisseurs

Les sociétés de capital de risque assurent, en règle générale, le solde du financement par voie d'équité. En raison du caractère risqué de ce type de financement, les investisseurs recherchent des dossiers qui leur apporteront un rendement élevé et participent habituellement au financement par voie de souscription à des actions privilégiées. Sans entrer dans toutes les subtilités et variantes, les actions souscrites comportent, la plupart du temps, un droit de vote et un dividende fixe non cumulatif, mais pas toujours, et souvent une clause établissant un rendement ou une valeur minimum garantis en cas de rachat, liquidation ou conversion. Elles sont également convertibles en actions ordinaires en tout temps au gré du détenteur selon un mécanisme préétabli et peuvent également faire l'objet d'une conversion automatique en actions ordinaires selon un ratio déterminé à l'avance dans le cas où la société procède à un appel public à l'épargne d'une certaine taille alors que ses actions ordinaires deviennent inscrites à la cote d'une Bourse reconnue. De plus, elles comportent un privilège de rachat au gré de leur détenteur dans le cas de la vente de la totalité ou d'une partie substantielle de ses éléments d'actif. Enfin, les actions sont assorties d'un droit de préférence en cas de liquidation ou de changement de contrôle de la société.

Souvent, la structure des clauses de conversion ou de rachat et le droit de préférence visent à faire en sorte d'accorder une prime à l'investisseur qui se fait racheter et qui, par exemple, reçoit d'abord un paiement d'un montant égal à deux fois sa mise de fonds avant de participer à l'excédent au prorata avec les détenteurs d'autres catégories d'actions. Cette prime s'était répandue au Canada sous l'influence des structures de financement de capital de risque mises en place aux États-Unis à la suite de la chute des évaluations d'entreprises survenue à compter de 2001. Cependant, dans un contexte où les investisseurs recherchent davantage des sociétés rentables et où il existe une concurrence plus forte entre les divers investisseurs pour ces projets, il devient plus rare que l'investisseur reçoive plus d'une fois sa mise avant de participer à l'excédent.

Les sociétés de capital de risque exigent la signature d'une convention d'actionnaires qui leur assure notamment un grand degré de contrôle, surtout passif, sur les opérations de l'entreprise. En effet, outre une présence minoritaire au conseil d'administration, un droit de préemption, un droit de premier refus et une clause de retrait des affaires, les investisseurs actionnaires se font accorder des droits de gestion contrôlée, aussi connus sous le nom de droits de veto, qui soumettent à leur consentement presque toutes les décisions importantes. De plus, ces conventions, à moins que ce ne soient les statuts de la société eux-mêmes, accordent souvent aux

investisseurs le droit de se faire racheter leurs actions par la société émettrice à une date et au plus élevé de différents prix déterminés ou déterminables (par exemple, le plus élevé de la JVM, d'un multiple des bénéfices avant intérêts, impôts et amortissement (ci-après « BAIIA ») ou du prix le plus élevé payé au cours des 12 derniers mois pour le type d'actions visées). Si l'entreprise est incapable de procéder au rachat à la date dite, on rencontre parfois un mécanisme qui permet aux investisseurs d'enclencher un processus de vente de l'entreprise. Lorsque les investisseurs entretiennent certaines réserves sur le réalisme du plan d'affaires, ils pourront également exiger la mise en place de mécanismes de dilution de la part des cadres acheteurs si certains niveaux de performance ne sont pas atteints à des dates précises. Enfin, les investisseurs voudront se prémunir contre la situation où une personne clé cesse d'être, directement ou indirectement, actionnaire de l'entreprise cible avant une certaine date. Dans un tel cas, ils se feront soit accorder un droit de vendre leurs actions en même temps que celles de la personne clé, si celle-ci détient directement ses actions dans la société, soit le droit de vendre leurs actions à la société opérante, voire au groupe de cadres ou à leur holding, si la personne qui quitte détient ses actions avec les autres cadres au moyen d'un holding.

Au cours des années 1980, les actions privilégiées sont devenues un véhicule de choix pour financer les entreprises. Les institutions financières y ont vu l'occasion d'obtenir un rendement intéressant sur leur placement tout en profitant du fait que certains débiteurs étaient déficitaires. Ces débiteurs étaient par conséquent indifférents au paiement d'un intérêt (qui aurait procuré une déduction fiscale) ou d'un dividende. De leur côté, les institutions financières, toujours rentables (!!), obtenaient un dividende libre d'impôt et des rendements intéressants. En 1987, une réforme du régime d'imposition a mis fin à la plupart des avantages du financement par actions privilégiées décrits plus haut, et voilà la petite histoire des impôts de la Partie IV.1 et VI.1 L.I.R.

Très succinctement, les principales considérations fiscales à l'émission d'actions privilégiées rachetables sont les suivantes. Il est presque certain que ces actions seront considérées comme des « actions privilégiées imposables » et des « actions privilégiées à court terme » selon les définitions du paragraphe 248(1) L.I.R. en raison du fait que ces deux définitions comprennent presque tous les types d'actions sauf les actions votantes et pleinement participantes[21].

---

[21] Nous référons le lecteur à d'excellents articles qui traitent du traitement fiscal des actions privilégiées imposables : Judith BELLEHUMEUR, « Impôts des Parties IV.1 (à suivre…)

Les placements en actions privilégiées imposables ont un traitement fiscal particulier. La société émettrice pourra alors être assujettie à l'impôt de la Partie VI.1 L.I.R. Les conditions d'imposition sont décrites aux articles 191 à 191.4 L.I.R. De plus, lorsqu'un dividende est versé sur ces actions privilégiées, la société émettrice pourrait être assujettie à un impôt correspondant à un impôt de 25 % à 66 2/3 %[22] du montant de ce dividende selon le type d'action privilégiée émise. Pour échapper à l'imposition du dividende, quelques exceptions sont prévues, dont la plus importante vise la situation où l'investisseur a une participation importante[23] au sein de la société. Une exemption d'impôt est disponible à l'égard des 500 000 premiers dollars de dividendes versés[24]. Par ailleurs, le paiement de cet impôt par le débiteur lui procurera une déduction équivalente à 9/4[25] des impôts payés. Dans la mesure où les revenus de la société sont imposés selon un taux d'impôt combiné provincial et fédéral égal ou supérieur à 33,3 %, et que la société a un revenu suffisant, cet impôt sera entièrement récupéré.

La société émettrice n'est pas la seule à être assujettie à un impôt spécial. L'investisseur qui est une société pourrait aussi être assujetti à un impôt, l'impôt de la Partie IV.1 L.I.R.[26], sur les dividendes reçus (sauf les dividendes exclus[27]) sur des actions privilégiées imposables. Cet impôt,

---

(…suite)

et VI.1 L.I.R. », dans *Congrès 97*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1998, pp. 11:1-20; Claude LAFORCE, « Financement corporatif : actions privilégiées », dans *Congrès 87*, Montréal, Association québécoise de planification fiscale et successorale, 1988, pp. 357-370; Douglas S. EWENS, « The Taxation of Corporate Reorganizations - Amending Grandfathered Preferred Share Conditions », (1994), vol. 42, n° 2 *Revue fiscale canadienne* 548-558 et Evelyn P. MOSKOWITZ, « The Preferred Share Rules: Yes, They Can Apply to You! », dans *1997 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1998, pp. 9:1-47.

22 À la suite de la réduction générale des taux d'imposition des sociétés, il est prévu que le paragraphe 191.1(1) L.I.R. sera modifié : le taux maximal d'imposition sera réduit à 50 % selon CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives concernant l'impôt sur le revenu (Partie 2 – Modifications générales)*, 18 juillet 2005, et applicable aux dividendes versés après le 20 décembre 2002.

23 Définie au paragraphe 191(2) L.I.R. comme étant 25 % ou plus des actions en vote ou en valeur.

24 Cette exemption est prévue au paragraphe 191.1(2) L.I.R.

25 À la suite des changements dans les taux d'imposition des sociétés, la déduction sera de trois fois les impôts à payer selon les modifications proposées à l'alinéa 110(1)k) L.I.R.

26 Aux articles 187.1 à 187.61 L.I.R.

27 Dont la définition est prévue à l'article 187.1 L.I.R.

lorsqu'il est applicable, représente 10 % des dividendes déclarés, à moins que la société émettrice n'ait choisi de verser les impôts redevables de la Partie VI.1 L.I.R. Quelques exceptions existent dont celle relative à la participation importante dont le mécanisme est prévu au paragraphe 191(2) L.I.R. Il va de soi que si l'impôt de la Partie IV.1 L.I.R. s'applique, l'impôt de la Partie IV L.I.R. ne trouve pas application.

Au rachat de ces actions privilégiées à prime, la prime versée sera réputée être le versement d'un dividende qui pourrait être assujetti aux impôts de la Partie VI.1 et IV.1 L.I.R. Il faudra alors prendre ce coût en considération, le cas échéant, lorsqu'il sera temps d'analyser les options de financement disponibles. Ce traitement fiscal est applicable tant aux actions privilégiées rachetables en vertu des statuts qu'à celles qui ne sont pas rachetables en vertu des statuts mais qui le sont en vertu de la convention d'actionnaires, comme c'est très souvent le cas en capital de risque.

Un mode de financement original est offert par la coopérative de travailleurs actionnaires (ci-après « CTA »). Celle-ci, une personne morale comme une compagnie, est régie par la *Loi sur les coopératives*[28] du Québec et regroupe des personnes physiques dans le but d'acquérir et de détenir des actions de la société qui les emploie et dont l'objet est de fournir du travail à ses membres par l'entremise de l'entreprise exploitée par cette société. Le coût d'acquisition par la coopérative des actions comportant droit de vote de l'entreprise doit représenter plus de 30 % du coût d'acquisition de l'ensemble des actions acquises par la coopérative dans la société. Cependant, rien n'interdit à la CTA de faire un placement sous forme de débenture. De plus, la coopérative doit obligatoirement devenir partie à une convention écrite entre les actionnaires de cette compagnie qui lui assurera notamment au moins un représentant au conseil d'administration de la société.

Tout employé de l'entreprise dans laquelle la coopérative souscrit a le droit d'en devenir membre, de souscrire à des parts de qualification de la coopérative dont le nombre peut varier selon la nature des opérations auxquelles le membre participe et selon le volume de travail que la coopérative est en mesure de lui offrir, et à des parts privilégiées de celle-ci. Ces parts sont à valeur nominale. Seules les parts privilégiées peuvent être assorties d'un intérêt. Les souscriptions des membres peuvent être payées à même des retenues à la source sur leur salaire.

---

[28] L.R.Q., c. C-67.2.

Le rendement sur les parts est assuré par des ristournes qui sont attribuées aux parts lorsque la coopérative détient des sommes disponibles pour distribution après constitution d'un fonds de réserve représentant un certain pourcentage des dettes de celle-ci et la mise de côté de l'intérêt payable sur les parts privilégiées. Les ristournes sont attribuées au prorata des opérations effectuées par chacun d'eux avec la coopérative. Dans le cas où les sommes disponibles pour distribution ont été générées par une société dont la coopérative détient des actions ou une débenture, la distribution des ristournes prend en compte le volume des opérations que les membres ont effectuées avec cette société.

Afin d'obtenir les sommes nécessaires à un investissement dans l'entreprise où travaillent les membres de la coopérative, celle-ci contracte un emprunt qui lui permettra de souscrire à des actions. Cet emprunt peut notamment être garanti sur les actions de l'entreprise détenues par la coopérative ou en vertu du programme Entreprenariat collectif d'Investissement Québec. Les sommes investies par les membres dans la coopérative et le rendement sur le placement dans la société opérante servent à rembourser cet emprunt et, avec l'approbation du prêteur et, le cas échéant, d'Investissement Québec, à rembourser les membres qui quittent leur emploi. Le montant de la garantie de prêt accordée par Investissement Québec ne peut excéder 75 % des dépenses liées au projet et, dans le cas d'un prêt à terme, couvrira 75 % de la perte nette éventuelle. La durée maximale de la garantie sera de 10 ans dans le cas de la garantie d'un prêt à terme.

Au point de vue fiscal, le régime d'investissement coopératif (ci-après « RIC ») confère de nombreux avantages aux membres de la coopérative. Le particulier investisseur pourra déduire 125 % du coût d'acquisition des parts privilégiées dans le calcul de son revenu imposable au niveau provincial au Québec. La déduction ne peut toutefois excéder 30 % du revenu total de l'investisseur admissible. Notons que la déduction peut s'étaler sur une période de cinq ans. De plus, le placement en vertu du RIC est généralement un placement admissible en vertu d'un RÉER autogéré et donne droit à la déduction de 125 % au bénéficiaire du RÉER. Le placement doit être détenu pour une période minimale de cinq ans (sauf lorsque le membre devient invalide, est exclu de la coopérative, prend sa retraite ou décède) sinon un impôt spécifique de 30 % s'appliquera au montant racheté avant le terme[29].

---

[29] Information tirée de QUÉBEC, ministère du Développement économique, de l'Innovation et de l'Exportation, *Nouveau Régime d'investissement coopératif et Ristourne à impôt différé*, Guide d'information sur les mesures fiscales destinées aux

(à suivre…)

Selon l'ARC, les intérêts sur les parts privilégiées que la coopérative verse à ses membres ne sont pas déductibles pour la coopérative mais sont traités comme des dividendes, tant pour celle-ci que pour le détenteur, au point de vue fiscal[30].

Il est essentiel que de nombreuses formalités soient remplies afin de se prévaloir du RIC. En effet, pour se qualifier en vertu du RIC, la coopérative doit faire une demande d'autorisation d'émission auprès du ministère du Développement économique, de l'Innovation et de l'Exportation du Québec et soumettre tous les documents appropriés. De plus, dans le cas des CTA, trois autres préalables doivent être remplis : premièrement, plus de la moitié des salaires versés aux employés de la compagnie qui emploie les membres de la coopérative doit être allouée à des employés d'un établissement situé au Québec au sens de l'article 771 de la *Loi sur les impôts*[31]; deuxièmement, la direction générale de la coopérative et de la compagnie qui emploie ses membres doit être exercée au Québec; enfin, la majorité des actifs détenus par la compagnie dont la coopérative est actionnaire doivent être situés au Québec.

Chose importante à mentionner : un tel investissement pour une CTA ne peut être envisagé que si la société opérante est prête à accorder une influence à ses employés dans la gestion de ses affaires. De plus, selon l'expérience des auteurs sur le RIC, bien que ce programme soit intéressant au point de vue financier et fiscal, il arrive fréquemment que les nombreuses formalités à remplir et la multitude des intervenants impliqués dans l'obtention des diverses autorisations rebutent les groupes d'employés les moins tenaces et fait échoir ce projet.

Dans le cadre d'un MBO, la participation du vendeur au financement de l'acquisition est fréquente et ne doit pas être négligée. Celle-ci peut prendre différentes formes. Un vendeur pourra ainsi accorder un solde de prix de vente au groupe d'acheteurs. Une des questions qui se pose alors est celle des sûretés qui peuvent être consenties au vendeur pour garantir le solde de prix de vente, alors que tous les éléments d'actif de l'entreprise sont généralement hypothéqués en faveur des prêteurs garantis. Par ailleurs, les

(…suite)
coopératives et aux fédérations de coopératives, octobre 2004 (mis à jour le 27 janvier 2006).

30 *Tax Window Files*, dans *CCH* (en ligne), Don Mills, Ont., CCH Canadian, interprétation technique 2005-0146061E5, 6 octobre 2005.

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

financiers de la transaction ne seront pas prêts à accepter un solde de prix de vente que la société aurait difficilement la capacité de payer plus tard. Le vendeur pourra également participer au financement sous d'autres formes comme le report du remboursement de certaines avances ou encore le cautionnement, pendant une certaine période, de certaines obligations de l'entreprise vendue moyennant la fourniture au vendeur de sûretés raisonnables. À cet égard, nous référons le lecteur à la section 3. du présent texte dans lequel nous avons détaillé différentes modalités de paiement du prix de vente.

Dans le marché actuel, selon le type de financement choisi, le rendement escompté par l'investisseur variera. De façon générale, on peut s'attendre à ce qu'un prêteur exige un rendement de 5 à 7 % pour un prêt à terme garanti, de 10 à 15 % pour un prêt subordonné, voire de 15 à 20 % pour un prêt subordonné non garanti. Enfin, lors d'un investissement en équité, le rendement recherché est habituellement de 25 % ou plus.

Devant le vieillissement de la population, les institutions financières et les investisseurs ont adapté leurs services et leurs produits à un contexte où les transactions de relève se font, et se feront au cours des prochaines années, en nombre croissant. Les banques canadiennes offrent des services à leurs clients dans ce domaine ainsi qu'à leur relève. Par exemple, la Banque de Montréal offre des services aux acquéreurs sous forme de structures de financement de la relève et d'acquisition par l'entremise d'un spécialiste qui assemblera l'ensemble des produits financiers de la Banque de Montréal nécessaire afin de financer la transaction. Il peut également inviter des sources de financement complémentaires externes, lesquelles viendront combler l'écart de financement et rétablir les ratios d'endettement. La Banque de Montréal offre également un service de planification en succession d'entreprise pour le vendeur par l'entremise de sa division BMO Banque privée Harris et sa filiale BMO Nesbitt Burns. Différents programmes sont aussi en place à la Banque de développement du Canada, au Fonds de solidarité des travailleurs du Québec (FSTQ), y compris les programmes des fonds régionaux, à la Caisse de dépôt et placement du Québec, au Fondaction de la CSN, à la Société générale de financement du Québec et chez Investissement Québec. Tous ces nouveaux programmes et services démontrent une évolution des mentalités. En effet, il y a à peine 10 ans, il aurait été impensable pour plusieurs, surtout en ce qui a trait au financement par voie d'équité, d'effectuer un financement qui permet à une personne d'encaisser la valeur de ses actions, par opposition à un financement des activités ou de la croissance de l'entreprise.

2.2. RECHERCHE DE FINANCEMENT ET CONFIDENTIALITÉ

À titre d'employés, les cadres voulant acquérir l'entreprise sont liés par des obligations de discrétion et de loyauté envers leur employeur prévues par l'article 2088 du *Code civil du Québec*[32] alors que, dans le processus de recherche du financement nécessaire, ils devront obligatoirement divulguer des informations confidentielles relatives à celui-ci. Comment les cadres acheteurs peuvent-ils s'assurer de ne pas contrevenir à leur obligation de discrétion et de loyauté et, de ce fait, ne pas s'exposer à des poursuites de la part de leur employeur? Il doit tout d'abord être rappelé qu'un employé ne peut disposer à sa guise ou faire usage à des fins personnelles des informations à caractère confidentiel appartenant à son employeur, obtenues dans l'exécution ou à l'occasion de son travail. Le consentement de l'employeur est donc requis préalablement à toute divulgation.

Afin d'obtenir le consentement de l'employeur, les cadres devront lui divulguer qu'ils ont l'intention de procéder à une offre d'acquisition, avant même d'avoir fait quelque démarche que ce soit qui pourrait entraîner la divulgation d'informations confidentielles. Cette démarche a donc un impact sur le déroulement des étapes menant à la clôture de la transaction et, dès qu'une entente est intervenue en ce qui a trait à la composition du groupe d'acheteurs, l'étape suivante devrait être d'approcher l'employeur pour obtenir son consentement.

Cette démarche devrait d'ailleurs être une préoccupation des financiers éventuels de la transaction car ceux-ci ne voudront pas participer à une dissémination non autorisée de l'information confidentielle d'une entreprise. Ils sont d'ailleurs parfois eux-mêmes directement liés par des obligations de confidentialité en faveur de la société visée. Ainsi, les cadres acheteurs se tourneront naturellement vers la banque qui finance déjà leur employeur. Or, celle-ci et ses filiales ainsi que les sociétés liées ne sont pas autorisées à se partager entre elles l'information reçue de leur cliente sans son consentement. De plus, elles ne sont pas autorisées à discuter de la vente éventuelle de l'entreprise sans obtenir l'autorisation du client et encore moins à révéler aux cadres acheteurs des informations qu'elles ont obtenues, par exemple, dans le cadre de la relation bancaire.

L'accord de l'employeur sera assorti de plus ou moins de conditions, selon les circonstances. Au minimum, l'employeur exigera que les tiers auxquels des informations confidentielles sur l'entreprise seront transmises

---

[32] L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »).

par la direction dans le cadre du MBO envisagé signent une entente de confidentialité. Habituellement, elle précisera que les seuls tiers auxquels des informations pourront être divulguées sont, outre les conseillers de la direction, les bailleurs de fonds éventuels, et ce, moyennant la signature par eux d'une entente de confidentialité. La teneur de l'entente de confidentialité devant être signée par les tiers est parfois convenue d'avance entre l'employeur et ses cadres. Il faut cependant s'attendre à ce qu'elle fasse l'objet de négociations avec les différents financiers qui possèdent généralement leur propre entente de confidentialité type. Dans d'autres cas encore, l'employeur voudra exercer un consentement *ad hoc* et exigera d'approuver l'identité précise de chaque personne qui recevra des informations. Bref, les modalités du consentement de l'employeur varieront selon le degré de confiance existant entre les parties et la sophistication de la transaction.

Il peut être menaçant pour un employeur d'apprendre que ses cadres veulent procéder à un MBO, surtout s'il recherche activement d'autres offres pour son entreprise, que ce soit par un processus d'enchères ou autrement. Dans un tel cas, l'employeur pourra être tenté de refuser *a priori* l'offre des cadres ou d'essayer de la décourager. Il doit être rappelé que, dans de telles circonstances, le devoir de loyauté des cadres employés à l'égard de leur employeur demeure entier et qu'ils devront, à titre d'employés, pleinement collaborer au processus de mise en vente. L'employeur cherchera même parfois à s'en assurer par la mise en place de mécanismes de contrôle.

Entre le moment où une entente de principe intervient entre le vendeur et les dirigeants d'une entreprise et la clôture de la transaction, il arrive malheureusement parfois aussi qu'un climat de méfiance s'installe. Dans cette situation, le vendeur ou l'employeur pourrait chercher à contrôler les agissements des acheteurs dans le contexte des opérations courantes de l'entreprise et à s'assurer de façon indépendante du suivi de ces opérations. Cela dépend bien entendu des personnalités en jeu, mais aussi des circonstances. Ainsi, lorsque la clause de prix comporte certains rajustements qui dépendent de facteurs que la direction peut influencer avant la clôture de la transaction, cette situation est davantage susceptible de se produire. De même, moins les actionnaires de l'entreprise sont impliqués dans ses opérations, plus ils se sentiront tributaires de la gestion des cadres et plus ils craindront que, occupés à conclure leur transaction, ceux-ci s'y consacrent moins efficacement. Ces situations entraîneront parfois la nomination de consultants devant chapeauter les opérations ou une redéfinition temporaire de certains pouvoirs des cadres.

3. LE PRIX ET LES MODALITÉS DE PAIEMENT

3.1. GÉNÉRALITÉS

Les transactions de MBO sont le plus souvent financées grâce à un fort effet de levier. L'évaluation de la société cible, élément clé dans l'établissement du prix d'achat, est donc cruciale à la viabilité postacquisition de l'entreprise et doit être effectuée avec le plus grand soin. La rentabilité de la cible doit évidemment être supérieure au coût du financement et suffisante pour générer les liquidités nécessaires à l'entreprise elle-même et éventuellement assurer un rendement aux investisseurs.

Toutefois, bien que l'évaluation ait été faite avec le plus grand soin, aucune transaction ne sera possible sans que le vendeur ne soit disposé à vendre à un prix réaliste. En effet, il arrive parfois qu'un vendeur, attaché à la société qu'il a créée ou qu'il a fait croître, ait des attentes irréalistes. Cela peut rendre les négociations sur le prix très ardues, voire faire achopper la transaction. Afin de mettre les chances de leur côté et d'éviter de perdre temps et énergie à tenter d'obtenir le financement requis, le groupe de cadres acheteurs devrait donc aborder tôt dans le processus la question du prix d'achat avec le vendeur et, si c'est nécessaire, s'entourer d'experts en matière d'évaluation d'entreprise afin de pouvoir entretenir des discussions crédibles et bien structurées à ce sujet.

À l'inverse, les acheteurs ne doivent pas non plus croire naïvement qu'ils seront favorisés simplement parce qu'ils font partie de la direction de l'entreprise. Leur prix se doit d'être compétitif, car il est loin d'être exclu que le vendeur ne cherchera pas à obtenir des offres externes et, dans ce processus, il n'y a pas de place pour les sentiments!

Le prix est souvent établi en fonction des BAIIA de l'entité à vendre (société ou division) ou selon l'appellation anglaise « EBITDA » qui correspond à « earnings before interest, taxes, depreciation and amortization ». Des rajustements en date de clôture de la transaction pourront être prévus afin de tenir compte de variations dans ces BAIIA entre le moment de la conclusion de l'entente initiale et de la conclusion de la transaction (par exemple, à la suite des faits dévoilés lors de la vérification diligente ou à cause du simple écoulement du temps). Ainsi, on pourra prévoir le paiement à la clôture d'une partie du prix estimé sur la base des BAIIA selon les derniers états financiers disponibles à la clôture et prévoir un rajustement de prix postérieur à la clôture lorsque les états financiers en date de clôture seront disponibles. De plus, les acquéreurs exigeront souvent un fonds de roulement minimum en date de clôture et un rajustement au prix

sera aussi prévu si ce fonds de roulement minimal n'est pas respecté à la date de clôture.

3.2. SOLDE DE PRIX D'ACHAT

L'une des façons les plus faciles de financer le prix d'achat de l'entreprise est assurément de demander aux vendeurs d'accepter un solde de prix de vente qui sera versé dès que les fonds autogénérés de l'entreprise permettront de le rembourser ou selon un calendrier prédéterminé. Du point de vue de l'acheteur, le paiement du solde de prix d'achat des actions est traité comme une contrepartie à l'acquisition des actions. Du point de vue du vendeur, il est possible de différer l'imposition de la portion du gain en capital attribuable au solde du prix d'achat au moment où ce montant sera reçu en prenant une provision raisonnable sur le gain selon les modalités du sous alinéa 40(1)a)(iii) L.I.R. Selon ces dispositions, le vendeur pourra réclamer sur ce gain une provision raisonnable à l'égard des sommes qui sont à recevoir après la fin d'année. La provision ne pourra excéder le produit du nombre d'année d'imposition qu'il reste à couvrir avant le paiement final des sommes par le gain à la vente des biens divisé par 5.

L'ARC suggérait, dans son *Bulletin d'interprétation* IT-236R4[33], une méthode afin de calculer une provision raisonnable à l'égard du gain. Cette méthode correspondait à une simple « règle de trois », soit à la proportion du gain en capital réalisé sur le produit de disposition total multiplié par le montant payable après la fin d'année. Un calcul parallèle doit aussi s'effectuer afin d'inclure au moins un cinquième du gain par année sur une période maximale de cinq ans après la disposition, tel qu'il est indiqué à la division 40(1)a)(iii)(B) L.I.R.

Cette façon de reconnaître le gain n'est pas la seule. Dans la cause *La Reine* c. *The Ennisclare Corporation*[34], le contribuable a utilisé une méthode légèrement différente pour calculer la réserve prévue à l'alinéa 20(1)n) L.I.R. sur le profit relié à la vente d'unités de condominiums. Le libellé de l'alinéa 20(1)n) comporte un concept de « réserve raisonnable » analogue à celui indiqué au sous-alinéa 40(1)a)(iii) L.I.R. La Cour a indiqué que, même si la règle de trois n'est pas choisie, mais qu'une autre méthode logique de calcul de la réserve est utilisée, celle-ci sera admissible.

---

33 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-236R4 (archivé), « Réserves – Disposition de biens en immobilisations », 30 juillet 1999.

34 84 D.T.C. 262 (C.A.F.).

3.3. CLAUSE D'INDEXATION BASÉE SUR LES BÉNÉFICES FUTURS OU « CLAUSE DE CAPACITÉ DE GAIN » OU *EARN-OUTS*

Lorsque les parties ne s'entendent pas tout à fait sur la valeur de l'entreprise et surtout sur l'estimation de sa capacité de générer des bénéfices futurs, l'insertion dans le contrat d'achat des actifs ou des actions d'une clause d'indexation basée sur les bénéfices futurs s'avère un compromis intéressant. Par exemple, on peut prévoir que le prix à verser sur les actions sera augmenté si les ventes ou les bénéfices de la société pour l'année d'imposition complète après l'acquisition dépassent un niveau prédéterminé. Cette façon de fonctionner présente un certain risque pour les vendeurs qui, perdant le contrôle de l'entreprise après l'acquisition, n'auront donc plus de moyen de contrôler sa gestion. Ils voudront donc habituellement se faire consentir certains droits de veto sur les décisions importantes tant qu'ils n'auront pas été intégralement payés. Elle représente aussi un bon incitatif pour les vendeurs à demeurer impliqués dans l'entreprise pendant cette période afin de veiller à ce que l'achalandage soit maintenu en préservant les relations clés avec la clientèle établie et de s'assurer généralement que la transition d'un propriétaire à l'autre se déroule bien.

Du point de vue du vendeur, lorsque les actions ou les actifs sont vendus avec cette clause, tout montant supplémentaire versé par les acquéreurs à titre d'*earn-out* devra normalement être traité comme un revenu selon les modalités de l'alinéa 12(1)g) L.I.R. Dans le *Bulletin d'interprétation* IT-426R[35], l'ARC permet toutefois que la méthode de « recouvrement des coûts » soit utilisée dans le cas où des actions sont vendues, et ce, si les conditions énumérées au paragraphe 2 de ce bulletin sont remplies :

1) les vendeurs et acheteurs n'ont pas de lien de dépendance;

2) le gain ou la perte sur les actions est clairement de nature capital;

3) il est raisonnable de considérer que les montants de capacité de gain sont relatifs à l'achalandage de l'entreprise;

4) cette clause de capacité de gain a une durée de cinq ans ou moins;

---

[35] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-426R, « Actions vendues dans le cadre d'un contrat comportant une clause d'indexation sur les bénéfices futurs », 28 septembre 2004.

5) le vendeur soumet une copie du contrat incluant la clause de capacité de gain en question;

6) le vendeur est un résident canadien du point de vue fiscal[36].

La méthode de recouvrement des coûts permet au vendeur d'appliquer les montants qui deviennent déterminables en réduction du coût des actions. Quand ces montants excèdent le coût des actions, cet excédent devient un gain en capital. Tout montant supplémentaire est aussi traité comme un gain en capital. Toutefois, selon l'ARC, cette méthode ne peut être utilisée dans le cadre d'une vente d'actifs.

3.4. LE CAS DES PAIEMENTS BASÉS SUR LA PRODUCTION OU L'USAGE LORS DE LA VENTE D'ACTIFS ET *REVERSE EARN-OUTS*

Lorsque des actifs sont vendus et qu'une partie du paiement est basée soit sur les bénéfices futurs, soit sur un élément de production ou sur l'usage, ou encore si un montant supplémentaire est versé si la production ou l'usage dépasse un chiffre donné, l'alinéa 12(1)g) L.I.R. s'appliquera et les sommes excédant le paiement de base (qui sera traité comme un montant à titre de capital) seront considérées comme des revenus d'entreprise pour le vendeur et non comme un gain en capital. Par exemple, ce type d'arrangement est courant dans le cas où une division d'une société est vendue et qu'en raison d'une incertitude sur la valeur de l'achalandage, un montant supplémentaire à payer sur le prix des actifs est négocié entre les parties si certains objectifs de revenus sont atteints par l'acquéreur.

Si aucun paiement de base n'est prévu et que tous les montants sont déterminés à partir de la production ou l'usage, tous ces paiements seront imposables comme du revenu d'entreprise. Évidemment, si l'on représente les vendeurs, ce scénario est à proscrire puisque non seulement il n'est pas intéressant financièrement, mais il ne l'est pas du tout du point de vue fiscal.

---

[36] Cette nouvelle condition a été ajoutée dans la dernière version du bulletin, émise le 28 septembre 2004. Dans une question de la « Table ronde sur la fiscalité fédérale », *loc. cit.*, note 19, l'ARC a confirmé que cette nouvelle condition est appliquée « à la lettre » afin d'être conséquente avec la règle selon laquelle un non-résident ne peut réclamer une réserve à l'égard du gain en capital du sous-alinéa 40(1)a)(iii) en raison du sous-alinéa 40(2)a)(i) L.I.R. L'ARC a aussi ajouté que les paiements ultérieurs basés sur la production ou l'usage ne seront pas normalement assujettis à la retenue à la source de l'alinéa 212(1)d) L.I.R. (impôt de la Partie XIII L.I.R.) lorsqu'il s'agit d'une vente d'actions qui sont des biens canadiens imposables et que les autres conditions énumérées dans le *Bulletin d'interprétation* IT-426R seront remplies.

Lorsque le contrat de vente d'actifs prévoit un montant maximum qui pourrait être réduit si des objectifs financiers ne sont pas atteints (ce qu'on appelle en anglais un *reverse earn-out*), le *Bulletin d'interprétation* IT-462[37] de mars 1980 propose que la somme maximale soit considérée comme le produit de disposition des biens. Si le montant maximum est réduit ultérieurement, il est permis selon le paragraphe 9 de ce bulletin de réduire le prix et d'effectuer le rajustement au cours de l'année où la réduction du prix de vente est connue avec certitude et qu'il est établi qu'il n'y aura plus de fluctuations. Cette méthode sera donc plus adéquate du point de vue fiscal. Notons que le rajustement dont il est question précédemment ne sera pas autorisé si une vente d'actifs est réalisée pour un montant déterminé et que par la suite, il est établi que le montant ne pourra être recouvré des acheteurs.

3.5. AUTRES POSSIBILITÉS

3.5.1. Utilisation de l'assurance vie

L'assurance vie visant à procurer à la société les liquidités suffisantes au décès de l'assuré afin de racheter les actions peut être un outil utile dans le cadre d'un MBO, particulièrement quand le financement du rachat des fondateurs est problématique en raison des moyens limités des membres du MBO.

En effet, on pourra planifier de ne racheter qu'une partie de participation des fondateurs et d'attendre le décès de ceux-ci avant que l'achat soit complété. Une fois les sommes suffisantes versées aux fondateurs afin de leur procurer une certaine aisance financière ou une retraite confortable, le capital-décès pourra servir à compléter le rachat. Dans certains cas, l'utilisation de l'assurance-vie pourra être plus économique que d'emprunter des sommes supplémentaires afin de racheter les fondateurs au complet. De plus, au cours des dernières années, les compagnies d'assurance ont créé de nouveaux produits permettant l'encaissement des sommes accumulées dans les polices d'assurance sous forme de prêt, ce qui peut assurer aux vendeurs (avec les sommes payées pour leurs actions) un rendement adéquat.

---

[37] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-462, « Paiements basés sur la production ou l'usage », 27 mars 1980.

3.5.2. Réduction du prix d'achat et versement de bonis, de salaires, d'allocations de retraite ou de paiement rattachés à un engagement de non-concurrence des vendeurs

Dans la mesure où les vendeurs accepteront de recevoir une partie du prix de vente sous la forme de boni payés par la société cible, les acquéreurs pourront réduire le prix d'achat des actifs ou des actions tout en réduisant les impôts de la société cible. Dans certains cas, cette réduction du fardeau fiscal permettra aux acquéreurs de boucler le financement puisque les fonds autogénérés par la société cible après impôts pourraient être supérieurs.

Depuis quelques années, la question de la déductibilité des bonis versés aux actionnaires est redevenue d'actualité. En effet, l'ARC a déclaré à quelques reprises que la déductibilité des bonis n'est pas « automatique » mais dépend des faits et circonstances entourant son versement[38]. Il est cependant établi que le caractère raisonnable d'un boni versé à des actionnaires-dirigeants d'une entreprise active ne sera pas remis en question si ceux-ci sont impliqués activement dans sa gestion. Dans la situation où les actifs d'une société sont vendus et le produit de la vente versé aux actionnaires-dirigeants sous forme de boni, celui-ci sera généralement déductible[39]. Par contre, dans une interprétation technique récente, l'ARC est d'avis que le caractère raisonnable d'un boni versé aux actionnaires de la société mère lors de la vente des actions de la filiale doit être établi selon les faits particuliers d'une situation. Résumée dans le bulletin *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 22, la politique selon laquelle les bonis aux actionnaires dirigeants seront généralement déductibles ne s'applique pas aux rémunérations versées par des sociétés de gestion ni lors de la vente d'actions[40].

3.5.2.1. Salaires et allocation de retraite

La plupart du temps, les actionnaires vendeurs se retirent complètement des activités de la société lorsque les actions sont vendues ou perdent leur

---

38 Voir la position actuelle de l'ARC dans AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 22, 11 janvier 2002.

39 Voir deux décisions anticipées récentes favorables : *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 30, décisions anticipées 2006-0168701R3, 7 juin 2006, et 2005-0146391R3, 31 mai 2006.

40 *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 30, interprétation technique 2006-0172051E5, 19 mai 2006.

emploi dans le cadre d'un MBO. Le versement d'une allocation en conséquence des longues années de service pourra être avantageux fiscalement pour les vendeurs et les acheteurs.

En effet, pour les individus vendeurs, une partie de cette allocation imposable pourra être directement transférée dans leur REÉR (et donnera donc lieu à une déduction), à l'égard des années de service au sein de l'entreprise pour les années antérieures à 1996, sans occasionner de retenues à la source, et ce, même si les plafonds de contributions au REÉR ont été atteints par ailleurs. Cette règle se retrouve à l'alinéa 60j.1) L.I.R. Il est permis de verser un équivalent de 2 000 $ par année civile (ou partie d'année civile) de service antérieure à 1996 plus un montant supplémentaire de 1 500 $ pour chaque année complète antérieure à 1989 pour laquelle les cotisations de l'employeur à un régime de pension, le cas échéant, n'étaient pas acquises pour l'employé. Les actionnaires dirigeants qui étaient également des salariés sont admissibles à cette déduction à l'égard des allocations de retraite. À ces fins, cette stratégie n'est efficace que si, dans les faits, les individus ne sont plus activement impliqués dans l'entreprise que ce soit à titre d'employés ou de « consultants ».

Pour les acheteurs, le versement de cette allocation par la société cible sera une dépense déductible, sous réserve que le montant soit raisonnable selon les critères élaborés à l'article 67 L.I.R.

Dans certains cas, les actionnaires vendeurs demeurent dans l'entreprise pour un certain temps. Ils peuvent soit aider à la transition de la nouvelle équipe, soit occuper un poste stratégique au sein de cette équipe reconstituée. Il va de soi que ceux-ci réclameront un salaire pour récompenser leurs efforts. Les acquéreurs pourraient être tentés de leur offrir une partie du prix d'achat de l'entreprise sous forme de salaire (sur quelques années) même si les responsabilités des individus sont limitées dans le temps. Il sera alors important de bien définir les tâches à exécuter (il est recommandé de rédiger un contrat d'emploi à cet effet) afin que les sommes versées à titre de salaires ne soient pas caractérisées comme un montant additionnel versé sur les actions et qui s'ajouteraient au coût des actions acquises. Si tel était le cas, les rémunérations versées ne seraient pas déductibles pour la société cible[41] même si par ailleurs elles seraient imposables en tant que salaires pour les vendeurs.

---

[41] En raison du fait que ces dépenses ne seront pas considérées comme raisonnables selon l'article 67 L.I.R. ou n'auront pas été engagées pour gagner un revenu de biens ou d'entreprise selon l'alinéa 18(1)a) L.I.R.

3.5.2.2. Sommes versées à l'égard d'engagements de non-concurrence

Les juristes qui conseillent les acquéreurs d'entreprise ne manqueront pas de recommander à leurs clients que ceux-ci se fassent consentir des engagements de non-concurrence par les dirigeants actuels, particulièrement lorsque ceux-ci se retirent complètement des affaires de la société cible après la conclusion de la transaction. Ces ententes, dont les modalités sont variables, empêchent les dirigeants de travailler ou de s'associer de quelque manière que ce soit, pour une période donnée et sur un territoire précis, avec des personnes qui exploiteront le même type d'entreprise que celui de la société achetée.

Les engagements de non-concurrence ont fait couler beaucoup d'encre au Canada depuis quelques années en matière fiscale et certaines décisions des tribunaux favorables aux contribuables[42] ont incité le ministre des Finances à proposer des modifications législatives plus restrictives le 27 février 2004. Des amendements à ce projet de modifications législatives ont été proposés à nouveau le 18 juillet 2005. L'objectif du présent texte n'est pas de faire une analyse exhaustive de ces propositions puisque certains collègues ont déjà relevé ce défi avec brio[43]. Il est cependant important de se pencher sur certaines de ces propositions législatives afin de diriger nos commentaires sur les aspects pertinents des transactions de MBO.

Brièvement, ces modifications se retrouvent au projet d'article 56.4 L.I.R. La règle générale est que les sommes reçues par un contribuable en considération de la conclusion d'« une clause restrictive » sont à inclure dans le calcul de son revenu en application du paragraphe 56.4(2) L.I.R.

La définition de clause restrictive contenue au paragraphe 56.4(1) L.I.R. proposé mentionne ceci :

> « […] accord, engagement ou renonciation à un avantage ou à un droit, ayant force exécutoire ou non, qui est conclu, pris ou consenti par un contribuable

---

42 Les décisions favorables sont les suivantes : *Manrell* c. *Canada*, 2003 D.T.C. 5225 (C.A.F.) et *Fortino* c. *Canada*, 2000 D.T.C. 6060 (C.A.F.).

43 Julie A. COLDEN, « Restrictive Covenant Update », (2005), vol. 15, n° 11 *Canadian Current Tax* 97-103; Michael N. KANDEV, « The Non-Compete Saga Continues », *Tax Topics*, n° 1747, Don Mills, Ont., CCH Canadian, 1er septembre 2005; Hugues LACHANCE, « Le nouvel article 56.4 L.I.R. : imposition des clauses restrictives », dans *Congrès 2005*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2006, pp. 21:1-34.

> (sauf un accord ou un engagement visant la disposition de ses biens ou l'exécution d'une obligation visée à l'article 49.1 qui ne constitue pas une disposition) et qui influe, ou est de nature à influer, de quelque manière que ce soit, sur l'acquisition ou la fourniture de biens ou de services par le contribuable ou par un autre contribuable avec lequel il a un lien de dépendance. »

Nous constatons que la définition englobera tout ce qui se rapprochera de près ou de loin à une clause de non-concurrence tellement son libellé est large.

Cette règle générale comporte trois exceptions énumérées au paragraphe 56.4(3) L.I.R. proposé qui empêchent une double imposition. La première exception prévoit que la règle de l'inclusion aux revenus du paragraphe 2 ne s'appliquera pas si ces sommes ont déjà été incluses aux revenus d'emploi en application de l'article 5 ou 6 L.I.R. La deuxième exception peut être invoquée dans les cas où des sommes seraient à inclure dans le produit de disposition des immobilisations admissibles (élément E du montant cumulatif des immobilisations admissibles du paragraphe 14(5) L.I.R.) relativement à l'entreprise à laquelle la clause restrictive se rapporte et qu'un choix conjoint est fait par les parties. La troisième exception s'applique dans les circonstances où les sommes reçues constituent des sommes additionnelles provenant de la disposition d'une « participation admissible » si certaines conditions sont réunies. Une participation admissible est définie comme une immobilisation d'un contribuable qui est soit une participation dans une société de personnes, une action du capital-actions d'une société qui exploite une entreprise, soit une action du capital-actions d'une société dont au moins 90 % de la JVM est attribuable à des participations admissibles dans une autre société[44].

Les conditions permettant de se prévaloir de la troisième exception sont prévues à l'alinéa c) du paragraphe 56.4(3) proposé. Elles sont les suivantes :

- la somme doit se rapporter directement à la vente de cette participation admissible;

- la disposition de la participation admissible doit se faire en faveur de l'acheteur de la clause restrictive;

---

[44] Voir le paragraphe 56.4(1) L.I.R. pour le libellé exact de la définition de « participation admissible ».

- la somme reçue ou à recevoir doit représenter la totalité ou une partie de la contrepartie du contribuable de ne pas fournir des biens ou services en concurrence avec les biens ou services fournis par l'acheteur;

- la somme ne peut excéder le résultat du calcul A–B, où A représente la JVM de la participation admissible si les clauses restrictives avaient été consenties à titre gratuit et B, la JVM de la participation admissible sans engagement de non-concurrence;

- la transaction sur la participation admissible ne peut prendre la forme d'un rachat auquel le paragraphe 84(3) L.I.R. s'appliquerait[45];

- enfin, un choix conjoint, dont les modalités sont décrites au paragraphe 56.4(9) L.I.R., de se prévaloir de cette exception doit être exercé.

Signalons que pour se prévaloir de cette troisième exception, une évaluation de la clause de non-concurrence devra être effectuée ce qui causera sûrement des maux de tête aux évaluateurs et à leurs clients. De plus, les autorités fiscales pourront utiliser l'article 68 L.I.R. afin de remettre en cause la répartition du prix d'achat entre la clause de non-concurrence et la participation admissible. Toutefois, l'article 68 L.I.R. ne pourra pas être invoqué dans deux cas précis : premièrement, dans les cas où cette clause restrictive est accordée par un particulier à une personne avec laquelle il n'a aucun lien de dépendance en raison du fait qu'il était un employé de l'entreprise acquise[46] et qu'il ne reçoit pas de contrepartie pour cette clause, et deuxièmement, dans le cadre de la vente d'éléments d'actifs comprenant de l'achalandage[47].

Il est utile de noter que le paragraphe 56.4(4) L.I.R. proposé indique le traitement fiscal à être appliqué par l'acheteur des participations admissibles. Succinctement, lorsque les sommes seront traitées comme une rémunération pour la personne qui accorde la clause restrictive, ce traitement sera aussi applicable pour l'acquéreur et la contrepartie payée pour la clause sera une dépense en capital admissible si du côté du vendeur, elle est incluse à titre de montant cumulatif des immobilisations admissibles et que le choix conjoint a

---

45 Un rachat ou une acquisition, effectué par la société, d'actions de son propre capital-actions.

46 Par. 56.4(6) L.I.R. [proposé].

47 Par. 56.4(7) L.I.R. [proposé].

été fait. Enfin, la règle de « symétrie » s'appliquera à l'acquéreur lorsque le vendeur traitera les sommes comme sommes additionnelles à la disposition d'un bien et lorsque le choix conjoint prévu sera exercé.

Aux fins des stratégies fiscales autour d'une transaction de MBO, les changements proposés à la législation doivent donc être considérés attentivement par les deux parties d'autant plus qu'il est prévu qu'elles seront rétroactives au 8 octobre 2003, lorsqu'elles seront adoptées[48]. Généralement, les vendeurs auront avantage à se prévaloir des exceptions du paragraphe 56.4(3) L.I.R. puisque le traitement fiscal (soit un gain en capital à la disposition des actions) leur sera habituellement plus favorable tandis que l'inverse est vrai du côté des acheteurs. Il faudra surtout vérifier que les vendeurs pourront qualifier leur participation comme « participation admissible », puisqu'il semble que les exceptions dont il est question ne seraient pas autrement disponibles. Le cas échéant, il faudra modifier les modalités des participations des vendeurs, notamment lorsque ceux-ci détiennent leurs participations dans l'entreprise par le biais de sociétés de gestion, et effectuer les réorganisations corporatives appropriées avant toute transaction de vente des actions.

Dans le contexte particulier du MBO, les vendeurs qui se retirent complètement des affaires de l'entreprise vendue devraient obtenir une opinion d'experts évaluateurs quant à la valeur des actions avec et sans la clause restrictive s'ils désirent que la clause restrictive soit considérée comme une contrepartie additionnelle à la disposition de leur participation. Cette évaluation pourra aider à justifier qu'aucun montant ne doit être inclus dans le revenu du contribuable. Les autorités fiscales pourront utiliser l'article 68 L.I.R. dans le cas de divergence d'opinion puisque les exceptions des paragraphes 56.4(6) et 56.4(7) L.I.R. ne pourront vraisemblablement être utilisées. Il est recommandé de bien rédiger les contrats afin que, d'une part, les stratégies adoptées soient maintenues par les autorités fiscales et que, d'autre part, l'engagement des parties selon lequel tout choix fiscal, le cas échéant, qui devra être exercé à la suite de l'adoption de ces propositions législatives soit effectué en temps opportun par les parties.

Lorsque les dirigeants demeurent au moins un certain temps au sein de l'entreprise, deux options sont disponibles. Soit que l'on conclut une nouvelle entente d'emploi qui comprendra cette clause restrictive auquel cas

---

48 Il est possible que le ministre des Finances apporte encore des changements aux propositions de l'article 56.4 L.I.R. à la suite des nombreux commentaires formulés par la communauté fiscale par suite de la publication du projet du 18 juillet 2005.

tout montant versé sera considéré comme du salaire et l'article 5 L.I.R. sera applicable à l'exclusion de l'article 56.4 proposé. Soit que l'on se prévaut de l'exception de l'alinéa 56.4(3)c) L.I.R. afin que les sommes soient considérées comme une contrepartie additionnelle à la disposition des participations. Les acquéreurs auront toutefois avantage à retenir la première option dans le cadre de leur négociation puisque les montants versés aux vendeurs seront déductibles pour la société cible et réduiront son fardeau fiscal. Dans l'une ou l'autre option, les parties devraient clairement préciser l'option retenue dans les ententes afin d'éviter un traitement fiscal inattendu.

4. STRUCTURES DE FINANCEMENT

4.1. ACQUISITION D'ACTIONS OU D'ÉLÉMENTS D'ACTIF

L'un des mythes tenaces concernant l'acquisition d'une entreprise (et par opposition, sa vente!) est qu'il est toujours préférable pour le vendeur de vendre les actions de sa société. L'une des raisons qui explique cette croyance est que l'exemption de gain en capital que le vendeur peut réclamer (jusqu'à 500 000 $ par individu) excédera les encaissements nets d'impôt qu'il pourra tirer de la vente des actifs de la société et du versement du produit de la vente par la société aux actionnaires.

Bien que cet énoncé puisse parfois être vrai, il arrive de temps à autre que ce ne soit pas le cas. Il est donc recommandé d'analyser les encaissements nets d'impôt selon plusieurs scénarios de transaction possibles afin de déterminer celui qui est le plus avantageux pour les deux parties. Cette analyse est d'autant plus importante que les propositions législatives fédérales de juin 2006[49] modifient de façon significative le régime fiscal applicable aux dividendes provenant de sociétés canadiennes à compter du 1er janvier 2006. Dans certaines situations précises qui seront illustrées à l'aide d'exemples, il sera plus judicieux d'effectuer une transaction sur les actifs tant du point de vue des vendeurs que des acheteurs, alors que les conclusions de cette même analyse auraient favorisé une transaction sur les actions un an auparavant.

Par exemple, lorsque la société a un solde important d'impôt en main remboursable à titre de dividendes (ci-après « IMRTD ») avant que la transaction ne soit réalisée, la vente d'actifs générera de meilleurs encaissements nets pour le vendeur, surtout lorsque la proportion de

---

[49] CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives et notes explicatives concernant la* Loi de l'impôt sur le revenu – *Imposition des dividendes*, 29 juin 2006.

l'achalandage est importante par rapport à la valeur des autres actifs vendus et dans la mesure où la société pourra verser un dividende admissible selon la définition au paragraphe 89(1) L.I.R. proposé. Ce sera le cas même si le vendeur peut réclamer une exemption de gain en capital à la vente d'actions admissibles de petite entreprise.

Du point de vue de l'acquéreur, l'acquisition d'actifs est fréquemment plus avantageuse, particulièrement lorsque le prix payé pour l'entreprise comprend un montant significatif attribuable à de l'achalandage. En effet, les revenus imposables futurs de l'entreprise pourront être réduits de l'amortissement fiscal de cet achalandage. Lors d'une transaction sur les actions, cette option n'est pas disponible et l'acquéreur continue d'amortir les biens de la société selon les coûts historiques.

Prenons quelques exemples de transactions potentielles afin d'illustrer l'importance des détails lors de l'évaluation de la meilleure option.

Les actions de la société Surplus inc. seraient vendues pour une somme de 14 M$ selon une offre déposée par un groupe de dirigeants de la société. On prévoit que le bilan de la société à la clôture de la transaction montrera un actif total d'environ 16 M$ et un passif de 2 M$. Si les actifs étaient acquis, l'acquéreur serait prêt à payer 16 M$ pour les actifs en plus d'assumer le passif de 2 M$ de la société. Le vendeur, un particulier, n'a jamais réclamé l'exemption du gain en capital. La société vendue se qualifie par ailleurs comme une SEPE. Les actions détenues par le vendeur ont un coût de 100 $. Notons que nous prenons pour hypothèse que la société a un IMRTD accumulé de 650 000 $. La vente des actions dégagera un encaissement net de 10 745 000 $ alors que la vente d'actifs dégagera 30 000 $ de plus en tenant compte des modifications proposées au régime d'imposition des dividendes du 29 juin 2006. Si la vente avait eu lieu en 2005 selon les mêmes modalités, la vente d'actions aurait été plus avantageuse (par une marge dépassant 185 000 $) que la vente d'actifs.

Dans le cas où un MBO est envisagé, les possibilités de structures de la transaction sont multiples. Outre les cas classiques où les actifs ou les actions seront vendus aux dirigeants (avec ou sans partenaires de capital de risque), il y a moyen de structurer l'acquisition de participations par les hauts dirigeants même si leurs moyens sont limités.

4.2. MÉTHODES POUR STRUCTURER LA PARTICIPATION DE LA DIRECTION DANS UNE ENTREPRISE

4.2.1. Deux exemples de structures d'acquisition

4.2.1.1. Exemple 1 : *Spin off* ou essaimage d'une division

Faits :

- La direction de cette division forme une société qui achète les actifs de la division;
- Un montant substantiel est versé au vendeur pour les actifs intangibles;
- Presque tous les actifs de cette entreprise sont acquis incluant les immobilisations, la propriété intellectuelle, les stocks et les débiteurs, des passifs reliés directement à cette entreprise sont assumés et les employés de l'ancienne division sont embauchés;
- La structure d'acquisition est la suivante :

(en milliers de dollars)

Acquisition	**$**	**Sources de financement**	**$**
Débiteurs	500	Marge de crédit sur débiteurs et stocks	750
Stocks	1 000	Emprunt à terme sur immobilisations	3 000
Immobilisations	4 000	Équité des dirigeants (REÉR)	500
Propriété intellectuelle	2 000	Équité-capital de risque	250
		Dette subordonnée ou non garantie – capital de risque	1 500
		Solde de prix d'achat subordonné	1 000
		Prise en charge de passifs	500
Total	7 500	Total	7 500

Tel qu'il est possible de le constater, la direction est parvenue à acquérir une division pour une somme de 7,5 M$ tout en ne mettant qu'une somme en équité de 500 000 $ tirés des REÉR selon les modalités et conditions précisées précédemment. Évidemment, pour ainsi acquérir les actifs, il faut que les BAIIA projetés permettent de payer les intérêts sur un endettement de 6,7 M$.

En effet, un levier financier est obtenu à partir de la valeur des actifs divisionnaires visés par l'acquisition. Le niveau de financement de cette première tranche de dette repose principalement sur la valeur des actifs donnés en garantie. Il est donc primordial d'obtenir des évaluations externes et indépendantes confirmant la valeur desdites garanties et qu'elles soient fournies aux créanciers prioritaires. L'amortissement du remboursement de la dette est adapté à la nature des actifs donnés en garantie et leur vie utile. Les comptes clients et les inventaires sont financés par un crédit d'exploitation avec une « margination » de 50 % sur les inventaires et 75 % sur les débiteurs, les équipements sont financés par un emprunt à terme remboursable sur une période pouvant aller jusqu'à sept ans avec une quotité de financement à 65 % de sa valeur marchande et l'immeuble est financé par un emprunt à terme remboursable sur une période pouvant aller jusqu'à 20 ans avec une quotité de financement de 70 %.

La prochaine tranche de financement sous forme de dette subordonnée ou de dette mezzanine vient se greffer en deuxième rang sur l'ensemble des actifs de la nouvelle entité d'acquisition garantie par une hypothèque universelle. Ce financement sera consenti pour autant que les flux financiers supplémentaires au service de la dette prioritaire et aux besoins de dépenses en capital sont suffisants pour en supporter le service. Afin que la dette subordonnée soit considérée à titre de « quasi-équité », elle est assortie soit d'une subrogation en faveur du créancier prioritaire, soit d'une prorogation avec une clause de *Cash sweep*. Cette dernière permet le remboursement du capital de la dette à partir des surplus de fonds générés pourvu que l'entreprise respecte les termes de ses engagements envers le créancier prioritaire.

Vient ensuite le solde de prix de vente, qui a deux fonctions. Dans un premier temps il vient compléter le financement de l'acquisition, et le paiement est structuré de la même façon que la dette subordonnée afin qu'il soit également considéré comme de la « quasi-équité ». Toutefois, le solde de prix de vente sera garanti par les actions de l'entreprise d'acquisition. Dans un deuxième temps, le solde de prix de vente aura comme fonction de garantir les représentations données par le vendeur dans le contrat de vente.

Il atténuera le risque relié à la transition de l'équipe de direction tant au niveau des acheteurs que pour les créanciers.

4.2.1.2. Exemple 2 : relève d'une PME par la direction et des membres de la famille

Faits :

- Un gel successoral est effectué et les fondateurs échangent leurs actions participantes (ordinaires) contre des actions privilégiées rachetables à la JVM des actions ordinaires lors de l'échange;

- Une société est incorporée par les dirigeants (ci-après « Acquisico ») afin de faire l'acquisition des nouvelles actions ordinaires de la société et de certaines des actions privilégiées des fondateurs;

- Certains membres de la famille et de la direction souscrivent au capital-actions de cette société;

- Une CTA convient d'acquérir du capital-actions de la société;

- Un prêt est accordé à Acquisico afin de financer l'achat des actions, ce prêt est accordé car la dette actuelle de la société a fait l'objet du gel et que la société a une bonne capacité d'emprunt et un rendement satisfaisant assuré par les membres de la famille;

- Une entente est conclue par les membres de la famille et Acquisico avec les fondateurs quant au rachat des actions privilégiées rachetables échelonné sur une période de cinq ans ou selon la rentabilité future de la société;

- Le paiement du prix d'achat des actions privilégiées achetées par les membres de la famille est retardé jusqu'au décès des fondateurs;

- La structure d'acquisition est la suivante :

(en milliers de dollars)

Acquisition	$	Sources de financement	$
Actions d'Opco	6 000	Fonds de roulement	500
		Équité des dirigeants et membres de la famille[50]	2 000
		CTA	1 000
		Emprunt « relève »	1 000
		Prêt sur immobilisations	1 500
Total	6 000	Total	6 000

Dans l'exemple qui précède, les dirigeants (non-membres de la famille) et les employés ont chacun leur véhicule d'achat, soit Acquisico et la CTA. Grâce à un prêt bancaire auprès d'une banque à charte garanti par Investissement Québec, la CTA est en mesure d'injecter la somme de 1 M$ dans la transaction lui permettant de devenir propriétaire de 33 1/3 % de la compagnie opérante. Le prêt bancaire est remboursé sur une période pouvant aller jusqu'à 10 ans par les souscriptions des employés membres de la coopérative payée par retenues sur leur salaire.

Vu que la société est rentable, une partie de l'achat des actions détenues par les actionnaires actuels peut être financée à même le fonds de roulement. Une possibilité envisageable aurait été de leur permettre de se verser un dividende avant la clôture de la transaction et de réduire le prix d'achat d'autant.

Les dirigeants et certains membres de la famille souscrivent à des actions d'Acquisico pour une somme de 500 000 $. Cette somme, avec l'emprunt « relève » et le prêt sur les immobilisations, est utilisée pour payer une partie du prix d'acquisition des actions à la clôture de la transaction. Plusieurs institutions financières accordent aujourd'hui des prêts destinés à financer la relève d'entreprise lorsque les conditions financières sont favorables. Ce prêt relève est amorti sur une période pouvant aller jusqu'à

[50] Incluant un solde de prix d'achat de 1,5 M$.

sept ans avec une possibilité de congé en remboursement en capital de trois à six mois afin de préserver le fonds de roulement et de financer les coûts éventuels de transition. Cela démontre une nouvelle approche puisque historiquement, les institutions financières ne consentaient des prêts que lorsque des biens utilisés dans l'entreprise étaient acquis.

Enfin, dans notre exemple, les membres de la famille acquièrent directement des actions privilégiées pour la somme de 1,5 M$, lesquelles seront payables aux actionnaires vendeurs lors de leur décès.

Peu après l'acquisition des actions, la société cible et Acquisico fusionnent. Les intérêts sur la dette contractée pour acquérir les actions de la société cible seront donc déductibles contre ses revenus.

4.2.2. Gel successoral

Cette technique d'usage fréquent dans le cas de transmissions d'entreprise dans un contexte familial peut aussi permettre aux membres du MBO d'acquérir une participation importante dans l'entreprise sans avoir à débourser des sommes significatives dans l'immédiat. Sommairement, les actionnaires actuels gèlent la valeur de leur participation dans l'entreprise en échangeant leurs actions participantes (habituellement appelées « actions ordinaires ») contre des actions privilégiées à valeur fixe. Puis le groupe faisant le MBO souscrit à de nouvelles actions participantes de la société suivant les besoins de l'entreprise. Cette technique permet une grande flexibilité puisque le groupe d'actionnaires original peut opter de souscrire aussi aux nouvelles actions participantes et ainsi profiter (quoique probablement dans une moindre mesure) des efforts du groupe de MBO à l'essor de l'entreprise.

Les actionnaires originaux peuvent aussi conclure une entente avec l'équipe de cadres selon laquelle ces derniers acquerront les actions privilégiées émises lors du gel selon un calendrier prédéterminé. C'est la façon appropriée pour les actionnaires d'encaisser une partie de la valeur de l'entreprise accumulée avant la transaction. Dans ces cas, il faut être prudent sur la façon de structurer le rachat des actions privilégiées afin de ne pas déclencher l'application de l'article 84.1 L.I.R., surtout lorsque les sommes ayant servi à racheter les actions proviennent de la société elle-même et que les détenteurs des actions privilégiées détiennent encore une participation significative dans celle-ci.

En effet, lorsque le rachat est effectué par une société détenue par les membres du MBO et que le montant payé pour ces actions excède le coût et

le capital versé des actions, l'article 84.1 L.I.R. peut dans certains cas s'appliquer, s'il est établi que l'actionnaire dont les actions sont rachetées a un lien de dépendance de fait avec les actionnaires de la société qui achète les actions privilégiées. Dans une réponse à une situation analogue dans le cadre d'une table ronde sur la fiscalité fédérale en 2004[51] et de façon plus nuancée en 2005[52], l'ARC a émis l'opinion que dans les cas où les faits démontrent que la société détenue par les employés semble simplement « accommoder » l'actionnaire vendeur (surtout lorsque le vendeur encaisse en partie une exemption de gain en capital), le lien de dépendance de fait pourrait être établi. Ce lien de dépendance sera plus évident, selon l'ARC, s'il est démontré que le groupe d'employés (groupe de MBO) agit de concert ou n'a pas une position économique indépendante de celle de l'actionnaire original.

Par contre, cette position de l'ARC rendue publique en 2004 a été quelque peu contredite par la décision dans l'affaire *Alain Brouillette* c. *La Reine*[53]. La Cour canadienne de l'impôt avait à se prononcer sur l'application de l'article 84.1 L.I.R. et sur celle de la disposition générale antiévitement (ci-après « DGAÉ »). Les faits saillants sont les suivants : Alain Brouillette et Roland Ferland possédaient initialement chacun 50 % des actions de Brouillette Automobiles inc. (ci-après « BAI »), un concessionnaire automobile comme son nom l'indique. Les actionnaires voulaient vendre leur participation dans BAI et Ferland désirait vendre la totalité de ses actions de BAI immédiatement alors que Brouillette voulait demeurer actionnaire pendant environ cinq ans. Deux nouveaux actionnaires ont fait leur entrée, soit Chagnon et Brunet. Afin de permettre cette réorganisation de l'actionnariat, deux sociétés ont été créées : « 9016 » et « 9017 ». Voici les étapes réalisées :

1) Chagnon et Brunet ont souscrit chacun à 50 % de 9017;

2) Brouillette et 9017 ont chacun souscrit à 50 % des actions participantes de 9016;

---

51 « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2004*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2005, pp. 50:9-78, question 2.4., aux pages 50:34-38; AGENCE DU REVENU DU CANADA, document 2004-0086771C6, 8 octobre 2004.

52 « Table ronde sur la fiscalité fédérale », *loc. cit.*, note 19, 59:34-54, question 5.

53 2005 D.T.C. 493 (C.C.I.).

3) Le 13 juin 1995, Ferland a disposé de toutes ses actions de BAI en faveur de 9016 pour une contrepartie de 500 000 $ en argent;

4) Le même jour, Brouillette a disposé de la totalité de ses actions de BAI en faveur de 9016 et a reçu 500 000 actions privilégiées non participantes et non votantes de 9016;

5) Le 17 novembre 1995, Brouillette a disposé de ses actions privilégiées de 9016 en faveur de 9017 et a reçu un billet de 500 000 $;

6) De 1995 à 1997, BAI a versé à 9016 des dividendes excédant 500 000 $;

7) En 1997, 9017 a utilisé les fonds pour racheter des actions de 9016 possédées par 9017;

8) 9017 a acquis, plus tôt que prévu, les actions que détenait Brouillette et a remboursé le solde du billet avec les fonds reçus de 9016.

La Cour a conclu qu'il n'y avait pas de lien de dépendance entre 9017 et Brouillette et que conséquemment l'article 84.1 L.I.R. ne s'appliquait pas. De plus, elle n'a pas vu d'abus de la loi dans la planification élaborée ni que la DGAÉ était applicable puisque les transactions avaient un but d'affaires. (Il est important de noter que cette décision n'a pas été portée en appel et qu'elle a été jugée avant l'arrêt *La Reine* c. *Hypothèques Trustco Canada*[54], soit avant que de nouvelles directives sur la RGAÉ de la Cour suprême du Canada n'aient été édictées.)

Lors de la Table ronde du Congrès 2005 de l'Association de planification fiscale et financière[55], l'ARC a émis le commentaire que malgré cette décision en faveur du contribuable, elle examinera de près les transactions similaires dont le financement du rachat des actions du fondateur sera obtenu par le biais des fonds générés par la société. L'ARC a indiqué qu'elle a décidé de ne pas appeler de cette décision étant donné que Brouillette a liquidé rapidement le solde de sa participation dans la société.

En conclusion, il sera sage d'analyser l'application potentielle de l'article 84.1 L.I.R. dans les cas où les vendeurs effectuent par la même

---

54 [2005] 2 R.C.S. 601.

55 « Table ronde sur la fiscalité fédérale », *loc. cit.*, note 19, 59:57-60.

occasion une transaction leur permettant de monétiser leur exemption de gain en capital.

4.2.3. Le cas particulier des membres de la direction et de la relève issue de la famille qui s'associent pour effectuer un MBO

Un autre mythe auquel le fiscaliste est confronté est la certitude, pour nombre de clients, que lors d'une transaction de transmission d'entreprise où les acquéreurs comprennent des membres de la famille du vendeur, le « vendeur ne pourra réclamer son exemption de 500 000 $ pour le gain en capital ». À notre avis, ce mythe est relié à la méconnaissance des dispositions de l'article 84.1 L.I.R. Voici les conditions d'application de l'article incriminé :

1) le contribuable résidant au Canada (à l'exclusion d'une société[56]) dispose d'actions du capital-actions (les « actions concernées ») d'une société résidant au Canada (ci-après « société en cause ») qui sont des immobilisations du contribuable;

2) cette disposition s'effectue en faveur d'une autre société (acheteur) avec laquelle le contribuable a un lien de dépendance;

3) immédiatement après cette transaction, la société acheteuse est rattachée à la société en cause au sens du paragraphe 186(4) L.I.R.

Les sociétés sont rattachées lorsque les conditions suivantes sont remplies :

1) la société en cause est contrôlée par la société donnée; ou

2) la société acheteuse possède plus de 10 % des actions émises comportant plein droit de vote du capital-actions de la société en cause et elle possède des actions du capital-actions de la société en cause dont la JVM est de plus de 10 % de la JVM totale de la société en cause.

---

[56] L'article 84.1 L.I.R. peut s'appliquer aux particuliers, aux fiducies et aux sociétés de personnes.

À la suite de l'ajout du paragraphe 186(7) dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* en 2001[57], dans l'analyse du terme « rattaché », on doit aussi tenir compte du paragraphe 186(2) L.I.R. qui précise le sens de « société contrôlée », même s'il n'est fait mention que du paragraphe 186(4) dans le paragraphe 84.1(1) L.I.R. Le paragraphe 186(2) L.I.R. précise qu'une société est contrôlée si plus de 50 % des actions émises (comportant plein droit de vote) appartiennent à l'autre société (la « société acheteuse » si l'on adopte le langage de l'article 84.1 L.I.R.) ou à des personnes avec laquelle cette autre société a un lien de dépendance ou à la fois à la société acheteuse et à des personnes avec lesquelles cette société acheteuse a des liens de dépendance.

Le concept de lien de dépendance est décrit au paragraphe 251(1) L.I.R. Essentiellement, le lien de dépendance existera entre deux parties dans trois circonstances :

a) les personnes liées entre elles seront réputées avoir un lien de dépendance;

b) un contribuable et une fiducie personnelle seront liés si le contribuable a un droit de bénéficiaire dans la fiducie;

c) en cas d'inapplication de l'élément a) ou b), la question de savoir si des personnes non liées entre elles n'ont aucun lien de dépendance à un moment donné est une question de fait.

On doit aussi tenir compte de la définition modifiée de lien de dépendance dans le contexte du paragraphe 84.1(1) L.I.R. Cette définition se retrouve à l'alinéa 84.1(2)b) et au paragraphe 84.1(2.2) L.I.R. Brièvement, l'action conjuguée de ces deux dispositions additionnelles fait en sorte que le contribuable qui fait partie d'un groupe de moins de six personnes qui contrôle la société en cause avant la transaction et la société acheteuse après cette transaction est réputé avoir un lien de dépendance avec la société. Le paragraphe 84.1(2.2) L.I.R. prévoit des règles de propriété présumée qui élargissent les possibilités de se trouver en présence d'une groupe de personnes contrôlant la société en cause ou la société acheteuse.

---

[57] Cet ajout avait pour but de renverser la décision de la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *Olsen* c. *La Reine*, 2000 D.T.C. 2121. De toute façon, la décision de la Cour canadienne de l'impôt a été renversée par la Cour d'appel fédérale (2002 D.T.C. 6770).

Tout cela pour indiquer que dans le cadre de l'analyse de l'application potentielle du paragraphe 84.1(1) L.I.R., il est prudent de s'assurer que le concept de lien de dépendance élargi de ces dispositions est bien assimilé de façon à ne pas fausser les conclusions. Il est certain que le paragraphe 84.1(1) L.I.R. a une application très large en raison du concept élargi de lien de dépendance des dispositions invoquées.

Pourquoi faut-il être attentif à l'application potentielle du paragraphe 84.1(1) L.I.R.? Parce que *grosso modo* quand toutes les conditions d'application sont réunies, aux termes de l'alinéa a) lorsque des actions à l'égard desquelles le capital versé sera faible sont transférées à une société (la société acheteuse), le capital versé de la société acheteuse ne se trouve pas augmenté au-delà du capital versé des actions transférées, sauf si le PBR de ces actions excède ce capital versé. De plus, un dividende égal à l'excédent du capital versé des actions sur le capital versé tel que calculé à l'alinéa a) sera réputé avoir été versé par l'acheteur au contribuable et reçu par celui-ci aux termes de l'alinéa b) si les actions de la société acheteuse avaient été émises avec un capital versé malencontreusement trop élevé.

Les dispositions de l'alinéa a) sont rédigées comme suit :

> « […] *a*) dans le cas où les actions de l'acheteur – appelées "nouvelles actions" au présent article – ont été émises en contrepartie des actions concernées, le montant calculé selon la formule suivante est déduit dans le calcul du capital versé, à un moment postérieur à l'émission des nouvelles actions, au titre d'une catégorie donnée d'actions du capital-actions de l'acheteur :
>
> (A-B) × C/A où :
>
> A représente le montant correspondant à l'augmentation […] du capital versé au titre de toutes les actions du capital-actions de l'acheteur, calculée sans que le présent article soit appliqué à l'acquisition des actions concernées,
>
> B l'excédent éventuel du plus élevé des montants suivants :
>
> (i) le capital versé au titre des actions concernées immédiatement avant la disposition,
>
> (ii) le prix de base rajusté des actions concernées pour le contribuable immédiatement avant la disposition, sous réserve des alinéas (2)a) et a.1),
>
> sur la juste valeur marchande, immédiatement après la disposition, de toute contrepartie, à l'exclusion des nouvelles actions, reçue de l'acheteur par le contribuable pour les actions concernées,

> C le montant correspondant à l'augmentation – conséquence de l'émission des nouvelles actions – du capital versé au titre de la catégorie donnée d'actions, calculé sans que le présent article soit appliqué à l'acquisition des actions concernées; […]. »

À la lecture de cet alinéa, on constate que le PBR des actions est un autre élément important de l'analyse. Encore une fois, l'article 84.1 L.I.R. modifie quelque peu la définition de PBR. Essentiellement, la définition de PBR au titre des actions exclura, dans certaines circonstances, les montants ajoutés au coût lorsqu'ils résultent d'opérations non imposables comme l'augmentation du PBR des actions par suite de l'application des règles transitoires de l'année 1972 ou la réclamation de l'exemption du gain en capital. On le devinera, les circonstances où l'ajout au PBR ne sera pas pris en compte aux fins de l'article 84.1 L.I.R. sont lorsque les actions en question sont disposées en faveur d'une personne avec laquelle le contribuable a un lien de dépendance.

Voilà pourquoi on croit souvent, à tort, que les vendeurs ne peuvent réclamer l'exemption du gain en capital si les acheteurs, les enfants par exemple, ont un lien de dépendance. Cependant, il est parfaitement possible d'envisager une transaction où les vendeurs réclament l'exemption du gain en capital même si les acheteurs ont un lien de dépendance avec eux à la condition que l'article 84.1 L.I.R. ne s'applique pas.

Dans ces cas précis, les acheteurs prendront soin de ne pas acheter les actions par l'entremise d'une société. Ils devront alors financer personnellement le paiement par un emprunt personnel. Une rémunération supplémentaire de la société cible pourra compenser le coût supplémentaire engendré par cet emprunt. Les intérêts sur cet emprunt seront habituellement déductibles sous réserve des dispositions proposées à l'article 3.1 L.I.R. et des règles québécoises (art. 726.6a.2) L.I.) visant à limiter la déduction des frais de placement qu'un particulier peut réclamer. Afin d'éviter l'application de ces règles, on devra prendre soin d'équilibrer la rémunération des acheteurs entre les dividendes et le salaire. Dans le cadre d'un MBO où l'effet de levier est utilisé « à la limite » dans la société cible, il est fréquemment plus avantageux que les acquéreurs acquièrent les actions à l'aide d'un emprunt contracté personnellement dans la mesure où ils disposent d'un revenu suffisant permettant la déduction des intérêts.

Certains seront tentés de contourner les dispositions de l'article 84.1 L.I.R. de plusieurs façons, entre autres, en structurant les transactions comme suit :

1) le particulier acquiert les actions du vendeur personnellement pour une contrepartie en espèces (ou à l'aide d'un emprunt);

2) ce même particulier transfère ses actions nouvellement acquises en faveur d'une société de gestion sans utiliser les dispositions du paragraphe 85(1) L.I.R. et reçoit en contrepartie un bien équivalent à la JVM des actions et pas d'actions.

Ainsi, aucune action n'a été émise en contrepartie des actions transférées et il sera théoriquement possible pour l'acquéreur d'encaisser le PBR des actions acquises en vertu de la deuxième opération. Il est cependant fort possible que les autorités fiscales jugent cette opération abusive et soient tentées d'invoquer la RGAÉ, puisqu'elle compromet les objectifs de l'article 84.1 L.I.R.

4.2.4. *Leveraged buy-out* – Achat adossé

Le terme *leveraged buy-out* (ci-après « LBO ») regroupe toutes les transactions où un groupe de personnes, incluant le groupe de cadres acheteurs, forme une société et obtient les sommes nécessaires de diverses sources afin d'acquérir une société cible alors que le financement est obtenu en partie parce que la société cible est rentable, possède une bonne capacité d'emprunt et offre un potentiel intéressant de croissance. Après l'acquisition, la société cible et la société formée fusionnent ou encore la société cible est liquidée dans la société formée pour l'acquisition afin que l'intérêt sur les sommes empruntées puisse être déductible contre les revenus générés par l'entreprise de la société cible.

Cette structure est de loin la plus utilisée pour effectuer des MBO. Flexible, elle permet à d'autres investisseurs (comme des institutions financières et des sociétés de capital de risque) de participer au capital-actions de la société cible selon les modalités diverses sans être limités par la structure de capital en vigueur dans la société cible.

La possibilité de fusionner, les conséquences de la fusion sur le coût de la taxe sur le capital et la déductibilité de l'intérêt sur les emprunts sont trois des principales préoccupations (du point de vue fiscal) auxquelles les acquéreurs devront s'attarder, outre la vérification diligente de la société cible avant l'acquisition.

4.2.4.1. Possibilité de fusion

La juridiction d'incorporation de la société cible influera sur la juridiction d'incorporation de la société acheteuse. En effet, il faut habituellement que les deux sociétés aient été incorporées dans la même juridiction afin de pouvoir procéder à une fusion, du point de vue légal. À titre d'exemple, bien que des sociétés incorporées selon les lois de certaines juridictions puissent être « transformées » ou continuées dans d'autres juridictions, ce n'est pas le cas des compagnies constituées en vertu de la Partie 1A de la *Loi sur les compagnies*[58] du Québec. Il est donc nécessaire de créer la société qui acquiert selon les dispositions de cette loi lorsque la société cible est une société incorporée en vertu de la Partie 1A L.C.

4.2.4.2. Augmentation du coût de la taxe sur le capital

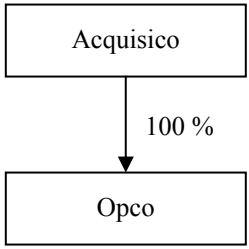
La fusion ou la liquidation permet à la nouvelle entité de déduire l'intérêt sur l'emprunt à l'encontre des revenus générés par l'ancienne société cible. Par contre, la fusion des sociétés peut déclencher une augmentation importante du coût de la taxe sur le capital surtout lorsque le prix payé inclut un composante importante de plus-value sur la valeur nette comptable des actifs de la cible.

En effet, si l'on analyse le bilan typique de la société qui achète, il sera habituellement composé du placement dans la société cible et représenté au passif par les emprunts effectués pour l'acquisition ainsi que le capital-actions que la société aura émis pour compléter le financement de l'achat. En ce qui concerne le calcul du capital versé aux fins de la taxe sur le capital, il est possible que le coût de cette taxe pour la société acquéreuse soit minime puisque l'actif, c'est-à-dire le placement dans la société cible, soit un placement admissible et réduise presque entièrement le capital versé calculé par ailleurs et qui est composé de la somme des passifs à long terme, de l'emprunt bancaire et du capital-actions de la société acheteuse. Par ailleurs, le capital versé de la société cible est inchangé. Lors de la fusion (ou de la liquidation), au point de vue comptable, la société remplacée aura un bilan modifié. Le placement en actions dans la société cible sera remplacé par les actifs acquis. Un écart d'acquisition qui représente la différence entre le prix payé et la valeur nette comptable des actifs sera comptabilisé au bilan. Cet élément d'actif ne constitue pas un placement admissible. Par ailleurs, le passif de la société remplacée sera augmenté puisqu'on y additionne les passifs de la société cible et ceux de la société acheteuse.

---

[58] L.R.Q., c. C-38 (ci-après « L.C. »).

Prenons un exemple chiffré d'une transaction d'acquisition afin d'illustrer notre propos.



Bilan d'Acquisico après l'acquisition d'Opco :

Actif	**$**	**Passif**	**$**
Placements Opco	10 000	Dette à long terme	2 000
		Capital-actions	8 000
	10 000		10 000

Bilan d'Opco (après acquisition) :

Actif	**$**	**Passif**	**$**
Encaisse	200	Passif à court terme (créditeurs)	1 000
Débiteurs	200	Passif à long terme	2 000
Stock	600	Capital-actions	500
Immobilisations	4 000	Bénéfices non répartis	1 500
	5 000		5 000

Aux fins du calcul de la taxe sur le capital du Québec, Acquisico a un capital versé s'élevant à zéro puisque le placement dans Opco représente une réduction totale du capital versé composé du montant de la dette à long terme et du capital-actions.

Par ailleurs, Opco a un capital versé de 4 000 $, ce qui représente in coût annuel de 21 $[59].

Lors d'une fusion, Amalco, issue de la fusion d'Acquisico et d'Opco, aurait le bilan suivant (dans la mesure où la valeur marchande des actifs tangibles d'Opco était égale à leur valeur nette comptable) :

Actif	**$**	**Passif**	**$**
Encaisse	200	Passif à court terme	1 000
Débiteurs	200	Passif à long terme	4 000
Stock	600	Capital-actions	8 000
Immobilisations	4 000		
Écart d'acquisition	8 000		
	13 000		13 000

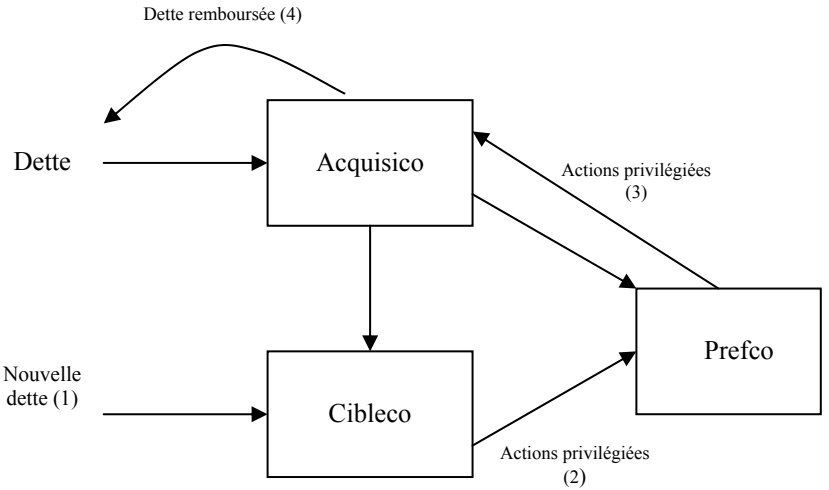
Le capital versé d'Amalco serait alors augmenté à 12 000 $, ce qui représente une dépense annuelle de taxe sur le capital de 63 $, soit 42 $ de plus qu'avant la fusion.

Quelques solutions existent afin de réduire du moins en partie ce problème ou de l'éliminer. Sans vouloir envisager toutes les solutions possibles, nous en soumettons trois à votre attention. La première solution serait de ne pas fusionner les deux sociétés ni de liquider la cible. Toutefois, cette solution ne permet pas d'appliquer les revenus de la cible avec les dépenses de la société acquéreuse. Il y a plusieurs possibilités afin de régler cela dont la suivante : la société cible verse un dividende à la société acheteuse qui reprête immédiatement avec intérêt à la cible. Cette option n'est intéressante que dans la mesure où la cible a suffisamment de profits accumulés pour verser le dividende.

Une autre stratégie comporte les étapes suivantes : la société acheteuse, Acquisico, acquiert les actions de la cible, Cibleco, à l'aide d'un emprunt. Acquisico incorpore une filiale, Prefco. Cibleco, à l'aide d'un emprunt bancaire à très court terme, souscrit à des actions privilégiées de Prefco pour un montant égal à l'emprunt qu'Acquisico a obtenu pour faire l'acquisition

[59] Le taux québécois est de 0,525 % du capital versé au 1er janvier 2006.

de Cibleco. Prefco utilise les sommes reçues de la souscription par Cibleco pour souscrire à son tour à des actions privilégiées d'Acquisico. Puis Acquisico rembourse l'emprunt obtenu pour acheter Cibleco avec le produit de la souscription de Prefco à ses actions privilégiées.



En principe, l'ARC accepte ces structures lesquelles sont mises en place afin de permettre d'utiliser les pertes, et ce, dans la mesure où celles-ci seront transférées entre sociétés « affiliées »[60]. Nous croyons toutefois qu'il faut être prudent avant d'adopter de telles structures surtout en regard de l'article 3.1 L.I.R. contenu dans les propositions législatives du 31 octobre 2003[61]. En effet, si cet article est adopté, l'intérêt sur le placement en actions privilégiées ne serait alors déductible que s'il y a une expectative raisonnable

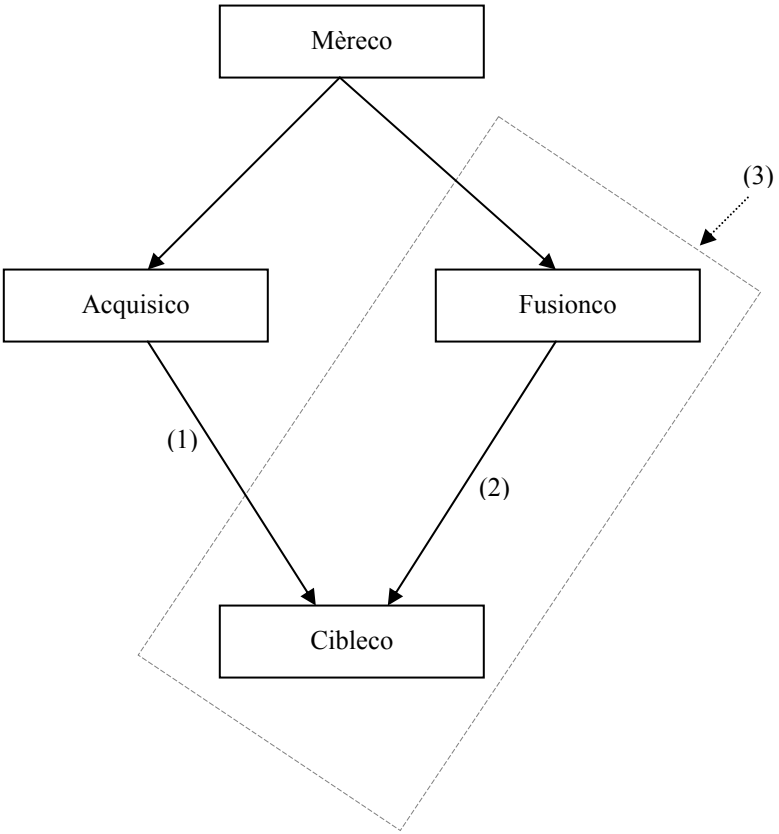
---

[60] Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 4, par. 32. La définition de personnes affiliées est à l'article 251.1 L.I.R. Voir l'arrêt *C.R.B. Logging Co. Ltd.* c. *La Reine*, 2000 D.T.C. 6547 (C.A.F.) pour une situation similaire. La déductibilité des intérêts avait été refusée. Cette affaire a toutefois été jugée avant la décision *Ludco Enterprises Ltd.* c. *Canada*, 2001 D.T.C. 5505 (C.S.C.). Depuis ce dernier arrêt, l'ARC a modifié sa position.

[61] Il convient de noter que l'ARC émet des décisions anticipées de façon courante actuellement sur ces stratégies mais inclut une mise en garde selon laquelle celles-ci ne tiennent pas compte des mesures législatives proposées. Voir, entre autres, *Tax Windows Files*, *op. cit.*, note 30, décisions anticipées 2006-0185221R3, 23 août 2006, et 2006-0171291R3, 19 juillet 2006.

d'un profit cumulé de ce placement. Comme les dividendes entre sociétés affiliées ne sont pas normalement imposables, cette structure risque de ne pas passer le test de ce nouvel article.

Enfin, il existe une autre possibilité viable, soit celle d'effectuer une fusion « partielle ». Selon cette stratégie, deux sociétés sont formées afin de faire l'acquisition de la cible : l'une, Acquisico, qui achètera une partie des actions de Cibleco pour le montant d'équité que les acquéreurs sont prêts à investir, et l'autre, Fusionco, qui empruntera pour faire l'acquisition des autres actions de Cibleco. Une fois l'acquisition complétée, seules Fusionco et Cibleco fusionneront, ce qui réduira un peu l'impact de l'augmentation de la taxe sur le capital. Cette dernière stratégie pourrait toutefois s'avérer futile dans le cadre d'un MBO où l'apport en équité est habituellement modeste.



4.2.4.3. Déductibilité des intérêts dans le cadre du *leverage buy-out*

Plusieurs conditions doivent être réunies afin que l'intérêt sur un emprunt soit déductible. Ces conditions sont mentionnées dans l'alinéa 20(1)c) L.I.R. : l'intérêt doit être payable en vertu d'une obligation légale existant au moment où les intérêts prévus sont exigibles, l'intérêt doit être raisonnable et l'utilisation courante et directe de l'emprunt effectué doit être soit d'acquérir des biens générateurs de revenus d'entreprise ou de biens, soit de gagner un revenu non exonéré. Dans la mesure où l'argent emprunté est utilisé afin d'acquérir des actifs ou des actions d'une entreprise, l'intérêt sur cet emprunt devrait être déductible. À la suite de la publication par l'ARC du *Bulletin d'interprétation* IT-533, plusieurs incertitudes à propos du caractère déductible de l'intérêt dans le cadre d'un LBO ont été éclaircies.

Lorsque l'acquéreur achète les actions de la société cible et que cette dernière et l'acquéreur fusionnent ou que la société cible est liquidée, le placement en actions « disparaît » pour être remplacé par les actifs de la société cible. Il subsistait un doute sur l'admissibilité de l'emprunt à l'égard de ces actions même si les biens en remplacement étaient des biens utilisés en entreprise. Au cours des années précédant la publication de ce bulletin d'interprétation, il n'était pas clair que les conditions entourant l'utilisation des sommes empruntées étaient remplies après la fusion ou la liquidation de la société cible[62]. Au paragraphe 21 du bulletin, il est dorénavant clairement établi que les conditions pour la déductibilité de l'intérêt seront remplies à la suite de la fusion ou de la liquidation de la société cible dans sa société mère sans égard à la notion de lien de dépendance. Cet énoncé doit cependant être nuancé : dans certains cas, l'intérêt ne sera pas déductible même si, dans les faits, les sommes ont été indirectement empruntées afin d'acquérir des biens générateurs de revenus.

---

62 Et ce, malgré les directives claires dans AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletins d'interprétation* IT-315 (archivé), « Frais d'intérêt engagés à des fins de liquidation ou de fusion », 10 mai 1976 et IT-80 (archivé), « Intérêts sur l'argent emprunté pour racheter des actions, payer des dividendes », 27 novembre 1972, maintenant retirés. Notamment dans « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 98*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1999, pp. 43:13-60, question 1.2., aux pages 43:16-17, l'ARC avait semé un doute puisqu'il avait été précisé que le caractère déductible des intérêts n'était assuré que lorsque la société acquéreuse et la société cible transigeaient sans lien de dépendance.

À titre d'exemple, il arrive que les institutions financières insistent pour prêter à la société cible plutôt qu'à la société qui achète, car elles préfèrent souvent prêter à la société qui est en mesure de leur fournir les sûretés nécessaires. La société cible prête ensuite les sommes sans intérêt à la société acheteuse puis l'achat des actions est complété. La fusion entre la cible et l'acheteur est reportée à plus tard. Dans ces cas, les sommes empruntées par la société cible ont été utilisées afin de faire un prêt sans intérêt à la société acheteuse, ce qui ne constitue pas une utilisation admissible à moins d'être en mesure de prouver qu'il s'agit d'une utilisation indirecte admissible en raison de la présence de « circonstances exceptionnelles » dont la doctrine a été élaborée dans les affaires *Trans-Prairie Pipelines Ltd*. c. *MRN*[63] et *La Reine* c. *Bronfman Trust*[64].

Brièvement, dans l'affaire *Trans-Prairie*, le contribuable, une société exploitant un pipeline, avait emprunté la somme de 700 000 $ dont près de 400 000 $ avait été utilisés pour racheter des actions privilégiées qui avaient été émises par le contribuable quelques années plus tôt. Le solde, soit 300 000 $, avait été consacré à acquérir des biens d'entreprise. Le ministère du Revenu avait refusé la déduction des intérêts au motif que le rachat des actions n'était pas conforme au libellé de l'alinéa 11(1)c) L.I.R. (S.R.C. 1952) tel qu'il était rédigé au cours des années en question (l'« ancêtre » de l'alinéa 20(1)c) L.I.R.). Le juge Jackett, quant à lui, a décidé que les intérêts étaient tous déductibles puisque les sommes empruntées avaient été utilisées pour « combler le vide » financier (*fill the hole*, selon l'expression anglaise consacrée) créé par le remboursement des actions privilégiées. Plus tard, la Cour suprême, dans l'arrêt *Bronfman*, a confirmé qu'il peut exister des « circonstances exceptionnelles » qui font en sorte que l'intérêt sera déductible malgré le fait que l'emprunt effectué ne servait pas directement à acquérir des biens générateurs de revenus ou dans le cadre d'une entreprise.

L'arrêt *La Reine* c. *Canadian Helicopters Limited*[65] mérite aussi qu'on s'y attarde. Brièvement, le contribuable, une société opérante qui fabriquait des hélicoptères, avait emprunté une somme d'environ 10 M$ puis l'avait prêtée sans intérêt à sa société mère qui l'a elle-même prêtée à sa société mère. Ces sommes ont ensuite été utilisées par la société « grand-mère » afin d'acquérir les actions d'une société concurrente du contribuable, Viking. La

---

63 70 D.T.C. 6351 (C. de l'É.) (ci-après « *Trans-Prairie* »).

64 87 D.T.C. 5059 (C.S.C.) (ci-après « *Bronfman* »).

65 2002 D.T.C. 6805 (C.A.F.).

Cour a émis l'opinion que bien que l'utilisation indirecte de l'argent n'ait pas été admissible, soit un prêt sans intérêt à la société mère, des circonstances exceptionnelles étaient présentes en l'occurrence, puisque l'acquisition de Viking par la société « grand-mère » allait profiter au contribuable en permettant des économies d'échelle tout en éliminant un compétiteur.

L'intérêt sur un emprunt effectué par une société cible afin de racheter ses propres actions (et ainsi un des actionnaires) pourrait aussi être considéré comme non déductible, particulièrement lorsque le montant du rachat excède la proportion du capital investi et des bénéfices accumulés par les actionnaires dont les actions sont rachetées[66].

Afin de se prévaloir de la doctrine des circonstances exceptionnelles et s'assurer que l'intérêt soit déductible, le contribuable a le fardeau de la preuve[67], ce qui peut être risqué. Il est donc recommandé de structurer l'emprunt pour compléter l'acquisition en s'assurant que l'intérêt soit déductible grâce à une analyse de l'utilisation directe des sommes empruntées.

4.2.5. Options d'achat d'actions[68]

En accordant à la haute direction des options sur les actions de la société, les actionnaires actuels diluent leur avoir dans la société sans avoir à disposer de leurs actions et payer les impôts sur ce gain. Il faut toutefois noter que cette façon d'envisager la transmission de la propriété de l'entreprise n'apportera pas nécessairement d'« argent neuf » à la société ni à ses actionnaires actuels. Les membres de la direction, quant à eux, pourront devenir actionnaires à prix modique avec l'avantage de ne pas débourser pour racheter les actionnaires actuels.

5. LA VÉRIFICATION DILIGENTE

Lors de l'acquisition d'une entreprise, il est toujours recommandé de procéder à une vérification diligente approfondie de tous les aspects de la cible. Dans le cas d'un MBO, la situation est un peu particulière puisque les

---

66 Voir à cet effet les commentaires dans AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 4, par. 3 où le concept de « combler le vide » est expliqué.

67 *Id.*, par. 14.

68 Les options accordées aux employés sont régies par les dispositions de l'article 7 L.I.R.

cadres acheteurs connaissent déjà très bien l'entreprise, souvent mieux que le vendeur sous certains aspects.

Sur quels éléments de la vérification diligente les cadres acheteurs devraient-ils donc se concentrer? Cela dépend bien entendu de la composition du groupe d'acheteurs mais, de façon générale, il est rare qu'une vérification diligente poussée des opérations leur soit nécessaire sauf afin d'établir les changements qui devront éventuellement y être apportés (surtout dans le cas où l'entreprise cible se sépare d'un grand groupe). Les aspects comptables et financiers de l'entreprise sont également la plupart du temps bien maîtrisés par certains membres du groupe d'acheteurs.

Qu'en est-il des contrats et engagements de l'entreprise? Si ceux-ci ont été négociés par les acheteurs, ils ne verront pas grand intérêt à les faire revoir afin d'en connaître le contenu d'affaires. Les contrats et engagements importants méritent cependant d'être revus, ne serait-ce que pour déterminer les clauses de résiliation qui peuvent s'appliquer en cas de changement de contrôle ou de fusion ainsi que les restrictions à la cession de ces contrats, et ce, afin de préciser les consentements à la transaction qui sont requis. Lorsque l'entreprise visée fait partie d'un grand groupe, une attention particulière devrait être portée aux ententes, même non écrites, qui lient la société cible aux autres sociétés du même groupe. De même, dans le cas d'une société contrôlée par des individus, les ententes avec ces personnes, les membres de leur famille et les sociétés qu'ils contrôlent devraient être révisées et évaluées en fonction de la transaction projetée. Il est en effet essentiel de s'assurer que la société cible possède tous les éléments d'actif et droits nécessaires à l'exploitation de son entreprise.

Une chose est certaine : une vérification diligente élaborée des aspects fiscaux de l'entreprise devrait être effectuée, et ce, pour deux raisons. Premièrement, les attributs fiscaux de la cible doivent être bien précisés afin que la structure de la transaction puisse être adaptée afin d'en tirer partie au maximum. Deuxièmement, la grande majorité des transactions de MBO procédant par voie d'un achat d'actions, il faut donc bien déterminer les passifs fiscaux de l'entreprise et le traitement fiscal des opérations et transactions passées afin d'évaluer les réclamations des autorités fiscales qui pourraient survenir après l'acquisition. Par exemple, il arrive de plus en plus fréquemment que des passifs éventuels substantiels soient déterminés quant à des activités exercées à l'étranger, par exemple aux États-Unis, lorsque la société en a négligé la conformité fiscale puisqu'on jugeait que les activités n'étaient pas assez importantes pour être déclarées au fisc américain, ou

qu'on croyait à tort que la *Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis*[69] protégeait la société contre une éventuelle cotisation de la part des autorités fiscales fédérales ou d'un État. Dans ces cas, le passif éventuel ne « sautera pas aux yeux » puisqu'il n'y a pas de déclarations à consulter, mais devra être estimé après une revue assez détaillée des activités commerciales exercées à l'étranger.

Un autre élément qui mérite une vérification approfondie dans le cadre d'un MBO est celui de la propriété intellectuelle, afin de s'assurer des chaînes de titres et des territoires où une protection est offerte. En effet, il n'est pas rare que cette analyse révèle que certains droits de propriété intellectuelle n'appartiennent pas à la société mais à ses actionnaires, aux personnes qui les contrôlent ou encore à d'autres sociétés du même groupe. Les cessions et licences appropriées devront alors être négociées dans le cadre de la transaction. À l'inverse, cette analyse devrait aussi permettre de définir les droits des tiers dans la propriété intellectuelle de la cible. Enfin, lorsque la société fait partie d'un grand groupe, il arrive que certains éléments de sa propriété intellectuelle soient utilisés par des sociétés affiliées, sans que des contrats écrits ne formalisent le tout. Cette situation doit également être régularisée avant la clôture.

Enfin, quoique les cadres acheteurs soient souvent tentés de procéder à une vérification diligente plus superficielle que lorsque l'acquisition est faite par un tiers non impliqué dans l'entreprise, ce sont les financiers de la transaction qui forceront un processus plus formel. Tous les créanciers garantis par des actifs de l'entreprise voudront, par exemple, s'assurer des titres de propriété de l'entreprise sur ces éléments d'actif et seront préoccupés des questions de responsabilité environnementale, des poursuites et menaces de poursuites contre la société et de tout autre élément qui pourrait mettre en péril les opérations, la viabilité financière ou la réputation de l'entreprise. Les autres financiers, prêteurs non garantis ou sociétés de capital de risque auront également le même type de préoccupations. Dans ce dernier cas, il est possible qu'ils n'insistent pas sur des vérifications formelles aussi élaborées sur tous les aspects, surtout dans le cadre d'un financement de moindre importance, mais exigeront des représentations et garanties personnelles des cadres acheteurs sur toutes ces questions.

---

[69] S.C. 1984, c. 20 et mod.

6. LES CONTRATS APPLICABLES À UN *MANAGEMENT BUY-OUT*

Un grand nombre de documents juridiques doivent être préparés afin de mener à terme un MBO. Aucun n'est vraiment propre à un MBO, aussi nous limiterons-nous à un bref survol, tout en insistant sur les particularités qu'une transaction de MBO peut y apporter.

Après avoir conclu à l'existence d'une occasion d'affaires et constitué leur équipe d'acheteurs, les dirigeants d'une entreprise qui désirent s'en porter acquéreurs doivent, autant que possible, obtenir rapidement du vendeur un accord de principe à la vente ou, à tout le moins, une indication claire que celui-ci est disposé à vendre et à quel prix. Dans une situation idéale, cela se traduit par la conclusion d'une entente de principe entre les parties. Cette entente est conclue sous réserve de la mise en place du financement nécessaire et ne fera que résumer les grandes lignes de la transaction, la négociation détaillée des contrats étant laissée à plus tard. Parfois, l'entente ne constituera même pas une entente de principe, mais donnera simplement aux acheteurs éventuels la possibilité d'entreprendre des démarches en vue de trouver le financement nécessaire afin de faire une offre plus tard. Cependant, quel que soit le degré de certitude que l'entente conclue procure, celle-ci devra établir le mécanisme selon lequel les cadres seront autorisés à diffuser l'information confidentielle relative à l'entreprise cible dans le cadre de leur recherche de financement et du montage de la transaction. Si une entente de principe a été conclue, elle devra comporter une période d'exclusivité en faveur de l'équipe d'acheteurs, ainsi qu'un échéancier pour l'obtention du financement et la conclusion de la transaction.

Armés de l'entente intervenue avec le vendeur, les dirigeants acheteurs chercheront ensuite à mettre en place la structure du financement. Les financiers intéressés au projet émettront des lettres d'intérêt ou des lettres d'offres qui devront être acceptées par les acheteurs éventuels s'ils veulent que ces financiers entament leur processus de vérification diligente et, éventuellement, procèdent à leur financement. L'acceptation de chacune de ces lettres, les diverses étapes du processus de vérification diligente et la clôture de la transaction s'accompagnent de paiements qui doivent être faits par les acheteurs éventuels aux divers financiers afin de couvrir leurs frais d'étude et les honoraires des experts qu'ils embauchent dans le cadre de leur vérification diligente. Si le financement envisagé est à plusieurs niveaux et implique plusieurs financiers différents, les sommes payées ou engagées peuvent rapidement devenir substantielles alors que les propositions de financement demeurent toujours conditionnelles et peuvent être retirées si, par exemple, la vérification diligente démontre un niveau de risque supérieur

à celui qui est escompté. Les cadres acheteurs doivent donc tenir compte de ces déboursés lorsqu'ils préparent un MBO, tout comme des honoraires des professionnels engagés par eux jusqu'à ce stade.

Le financement par voie de dette sera constaté par la conclusion de contrats de prêts et la prise de sûretés, et le financement par voie d'équité par des conventions de souscription assorties d'une convention unanime d'actionnaires. Nous référons le lecteur à la section 2.1. du présent texte pour une description générale du contenu d'une telle convention d'actionnaires. Les contrats de prêts et les conventions de souscription comportent des représentations et garanties détaillées qui devront, la plupart du temps, être données par les individus impliqués dans l'achat ou par certains d'entre eux. Ces représentations et garanties couvrent tous les aspects de la cible, même ceux dont les acheteurs n'ont pas nécessairement une connaissance personnelle. Il est donc important qu'ils aient fait de façon détaillée leurs propres vérifications diligentes sur ces questions et qu'ils essaient, autant que possible, d'obtenir les mêmes représentations et garanties du vendeur avant de s'engager ainsi à titre personnel. S'il y a plusieurs prêteurs, une convention intercréanciers devra également être conclue entre eux afin de prévoir notamment le rang des sûretés, les modalités d'exercice des droits hypothécaires et le processus de mise en défaut.

Les contrats de prêt et la convention d'actionnaires comportent les différents éléments de contrôle que les financiers mettent en place afin de pouvoir influer sur les décisions prises par l'entreprise dans laquelle ils investissent. Du côté des prêteurs, il s'agit d'un type de contrôle passif, la plupart des décisions importantes de l'entreprise, surtout celles qui pourraient influer sur la capacité de l'entreprise à rembourser ses emprunts, affaiblir les sûretés consenties ou modifier le niveau de risque du dossier, devant faire l'objet de leur accord préalable. Les financiers ayant participé au projet par voie d'équité requièrent également ce type de contrôle tout en s'impliquant dans la gestion de l'entreprise par une participation, minoritaire s'ils ne détiennent pas le contrôle de l'entreprise, au conseil d'administration.

Lorsque le groupe de cadres acheteurs est regroupé au sein d'une compagnie qui est elle-même actionnaire de la société opérante avec les investisseurs en capital de risque et aussi le vendeur lorsque son solde de prix de vente est constaté par des actions privilégiées, une seconde convention d'actionnaires, celle-ci entre les actionnaires de la société de gestion contrôlée par les cadres, est nécessaire. Les investisseurs en équité voudront parfois y être partie. Cette convention comportera les clauses usuelles d'une convention d'actionnaires (composition du conseil

d'administration, droit de préemption, droit de premier refus, retrait des affaires, etc.) et sera examinée attentivement par les actionnaires investisseurs de la société opérante. Par exemple, ceux-ci voudront voir comment le cas de décès ou de départ d'un cadre est géré. Ils voudront éventuellement se réserver un droit de sortie au sein de leur propre convention d'actionnaires si le contrôle du holding des cadres tombe entre des mains tierces ou si le leader du groupe cesse d'être actionnaire du holding. Dans un cas de retrait des affaires découlant d'un acte répréhensible commis par un membre du groupe ou une société ou une fiducie qu'il contrôle (par exemple, un cadre qui fait concurrence à la société opérante), ils chercheront à s'assurer que les autres dirigeants acheteurs peuvent acheter les actions du cadre en défaut et se donneront divers droits dans leur propre convention d'actionnaires ou dans celle du holding, si la situation n'était pas réglée par les cadres entre eux et à la satisfaction des investisseurs.

L'acquisition elle-même est constatée par un contrat de vente. Ce contrat établit le prix d'achat et ses modalités de paiement. Il comporte également les diverses conditions de clôture de la transaction, les représentations et garanties fournies par le vendeur et les représentations et garanties données par la société acheteur au vendeur de même que des clauses de non-concurrence, non-sollicitation et confidentialité.

Nous avons vu un peu plus haut que les financiers de la transaction exigent souvent, de la part des dirigeants, des représentations et garanties personnelles élaborées sur la société cible. Ceux-ci devraient donc, afin de se protéger, tenter d'obtenir du vendeur ces mêmes représentations et garanties. Une dynamique particulière existe à cet égard dans le cadre d'un MBO. Lors de l'acquisition d'une entreprise par un tiers non impliqué dans ses activités, il est habituel qu'il se fasse donner des représentations et garanties complètes qui lui procurent un portrait photographique précis de l'entreprise à la date de la transaction. Lors d'un MBO, les cadres acheteurs rechercheront la même protection. Cependant, ils se verront fréquemment opposer par le vendeur qu'il n'a pas à donner de représentations et garanties sur des éléments que les acheteurs connaissent, à titre de cadres de l'entreprise, aussi bien voire mieux que lui. Dans un tel contexte, les acheteurs devront déterminer, à l'aide de leurs conseillers, les éléments sur lesquels ils doivent orienter leur négociation des représentations et garanties. Ainsi, par exemple, ils se sentiront souvent à l'aise de renoncer aux représentations et garanties qui touchent l'exploitation de l'entreprise dans lesquelles ils sont personnellement impliqués, mais voudront tout de même insister sur celles visant la fiscalité, la propriété intellectuelle et l'environnement. Ils voudront aussi se faire dire par le vendeur et que ni lui ni les autres sociétés du même groupe ne possèdent de droits dans les éléments d'actif de la cible et qu'ils

ne sont pas au courant que de tels droits aient été consentis à des tiers. Ils chercheront également à se faire confirmer que le vendeur n'est pas au courant de faits qui pourraient avoir un effet défavorable important sur la société visée.

Enfin, lorsque la structure de financement prévoit la création d'une coopérative de travailleurs actionnaires, on retrouvera parmi les documents juridiques devant être conclus dans le cadre de la transaction les conventions de souscription des membres à des parts de la coopérative. Ces conventions prévoiront les modalités de paiement, par retenues à la source sur le salaire, du prix de souscription. Un autre contrat important sera le contrat constatant l'emprunt de la coopérative et les documents établissant, le cas échéant, la garantie de prêt d'Investissement Québec ainsi que les différentes sûretés. La coopérative conclura les conventions nécessaires à son acquisition d'actions de la société opérante et deviendra avec les autres actionnaires de la société opérante partie à une convention d'actionnaires. Tel que la loi l'exige, la convention d'actionnaires assurera à la coopérative une participation minoritaire au conseil d'administration et établira certains droits de veto en faveur de celle-ci (par exemple, liquidation et fermeture, fusion et acquisition, émission d'actions, dividendes, etc.). Les droits de veto visent à assurer à la coopérative une influence notable dans l'entreprise afin de lui permettre de comptabiliser son placement à la valeur de consolidation. Ils sont aussi exigés par Investissement Québec lorsque ce dernier est impliqué dans le financement de la coopérative par mesure de protection des employés membres de la coopérative. Dans le même esprit, Investissement Québec exigera également que la coopérative soit représentée par un de ses membres à titre d'observateur au conseil d'administration de la société opérante. Celui-ci pourra se faire accompagner d'une personne plus expérimentée.

CONCLUSION

Comme nous l'avons vu, le succès d'une équipe de cadres acheteurs réside d'abord dans sa composition équilibrée et dans la présence d'un leader crédible au sein du groupe. Une fois l'équipe bien structurée et les vendeurs disposés à lui vendre, à un prix réaliste, ou à tout le moins à recevoir leur proposition, le groupe devra voir à assurer le financement de la transaction qu'il envisage et devra évaluer les différentes sources de fonds disponibles, puis monter une structure de transaction et de financement adéquate compte tenu de la capacité financière de la société cible et des différents impératifs fiscaux. Une fois la structure établie et les propositions de financement obtenues, les cadres acheteurs se lanceront ensuite dans le processus de vérification diligente et la négociation des nombreux contrats requis avec de

multiples intervenants. Finalement, si aucun écueil fatal n'a été rencontré, ils procéderont à l'acquisition de l'entreprise qui les emploie.

Dans tout ce processus, les cadres doivent faire preuve d'une grande ténacité et s'entourer d'une équipe solide d'avocats, de comptables et de fiscalistes, qui les aidera à présenter une démarche crédible auprès des différents financiers sollicités et des vendeurs. Une chose est certaine : quoiqu'il s'agisse d'une démarche souvent longue et complexe, avec l'augmentation significative des dossiers de relève d'entreprises au cours des prochaines années au Québec, les MBO seront de plus en plus souvent l'option retenue afin de conclure une vente d'entreprise.

REVUE DES ÉLÉMENTS À CONSIDÉRER LORS DE LA VENTE D'UNE ENTREPRISE

Liliane Fortier
CA, LL.M. fisc.
Demers Beaulne, s.e.n.c.r.l.

Normand Royal
Associé, avocat, M. Fisc.
Miller Thomson Pouliot, s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 3:3

1. VENTE D'ACTIONS PAR UNE FIDUCIE FAMILIALE 3:3

2. ACTIONS NE RESPECTANT PAS LE TEST DE 24 MOIS AUX FINS DE LA DÉDUCTION POUR GAINS EN CAPITAL 3:13

3. VENTE D'UNE DIVISION 3:16

3.1. RÉPARTITION DU PRIX DE VENTE 3:16
3.1.1. Aspects comptables 3:16
3.2. CHOIX CONCERNANT LE GAIN EN CAPITAL SUR LA DISPOSITION D'IMMOBILISATIONS ADMISSIBLES 3:19

3.3. PLANIFICATION FISCALE 3:19
3.3.1. Scénario n° 1 – Disposition des éléments d'actif 3:21
3.3.2. Scénario n° 2 – Disposition des éléments d'actif en effectuant le choix au paragraphe 14(1.01) L.I.R. 3:23
3.3.3. Scénario n° 3 – Utilisation de la DGC 3:26
3.4. TPS-TVQ 3:30

4. RELATIONS AVEC LES EMPLOYÉS 3:32

4.1. L'ENTREPRISE ET SON ALIÉNATION 3:32
4.2. CESSATION D'EMPLOI 3:32
4.3. CONTINUITÉ DES NORMES DU TRAVAIL 3:33
4.4. CONVENTION DE NON-CONCURRENCE 3:33

INTRODUCTION*

Lors de la vente d'une entreprise, plusieurs aspects sont à considérer. Nous examinerons certains des éléments fiscaux et légaux qui entrent en ligne de compte lors d'une transaction de ce genre. Nous traiterons plus particulièrement des thèmes suivants :

- vente d'actions admissibles de petite entreprise (ci-après « AAPE ») par une fiducie et utilisation de la déduction pour gains en capital (ci-après « DGC ») d'un enfant mineur;

- transaction de vente lorsque les actions ne respectent pas le test de 24 mois de détention aux fins de la DGC;

- vente d'une division;

- relation avec les employés.

1. VENTE D'ACTIONS PAR UNE FIDUCIE FAMILIALE

Nous analyserons, dans cette section, les éléments fiscaux[1] et légaux de la réalisation d'un gain en capital par une fiducie familiale, lors de la disposition d'actions admissibles d'une société exploitant une petite entreprise (ci-après « SEPE »)[2].

Les praticiens ont créé, au cours des dernières années, dans le cadre d'une structure de gel successoral, des fiducies familiales dont le but était de détenir les actions participatives d'une SEPE. Le but de la création de ces fiducies familiales était de permettre au constituant de la fiducie d'instruire les fiduciaires quant à l'utilisation du revenu et du capital de la fiducie tout en permettant, entre autres, aux bénéficiaires de la fiducie de désigner le gain en capital aux fins de la DGC, multipliant ainsi, lors de la vente d'actions admissibles d'une SEPE, cette déduction par le nombre de bénéficiaires

---

* Les auteurs tiennent à remercier MM. Paul Beauvais, CA, et Maurice Jacquemin, associé, du cabinet Demers Beaulne, s.e.n.c.r.l., ainsi que M^e^ Alain Bond, c.r.i., associé du cabinet Miller Thomson Pouliot, s.e.n.c.r.l.

1 *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), 5^e^ supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »); *Loi sur les impôts*, L.R.Q., c-1-3 et mod. (ci-après « L.I. »).

2 Par. 248(1) « société exploitant une petite entreprise » L.I.R.; art. 1 « corporation qui exploite une petite entreprise » L.I.

ayant le droit de faire cette désignation et de réduire l'incidence globale lors de la vente.

Toutefois, la principale préoccupation des praticiens au moment de la constitution de ces fiducies était, bien entendu, d'éviter l'application des règles d'attribution, et l'entrepreneur réalisant cette planification était préoccupé par la possibilité d'utiliser la DGC admissible lors de la vente des actions. En ce qui concerne les règles d'attribution[3], ces fiducies sont généralement créées par la donation d'une somme d'argent qui pourrait être récupérée par le constituant si la fiducie n'a plus d'utilité[4]. Par la suite, la fiducie souscrit à des actions participatives de la société après la conversion des actions participatives des anciennes actions participatives en actions de gel. En règle générale, le prix de souscription des actions participatives est payé à même les fonds prêtés portant intérêt à la fiducie par une personne agissant sans lien de dépendance avec la fiducie, de façon à éviter l'application du paragraphe 75(2) L.I.R. Tant que la société est une SEPE, les règles d'attribution ne s'appliqueront pas. Toutefois, si la société, à l'égard de laquelle nous avons effectué le gel, ne se qualifie pas à titre de SEPE et que la fiducie détient plus de 10 % des actions de la société, aucun montant de revenu ne doit être remis ou utilisé en faveur d'un bénéficiaire s'il s'agit d'un conjoint de l'auteur ou de l'un de ses descendants ou neveux ou nièces âgés de moins de 18 ans[5]. Il est donc très important, aussi longtemps que les bénéficiaires ne seront pas majeurs, que la société se qualifie à titre de SEPE. Il pourrait y avoir ainsi fractionnement du revenu de même que des gains en capital imposables réalisés par la fiducie parmi les bénéficiaires discrétionnaires.

De plus, la plupart du temps dans le cadre de ces planifications, l'auteur du gel corporatif se retrouve parmi les bénéficiaires de telle manière qu'il puisse récupérer les fonds investis advenant certaines éventualités.

En règle générale, le revenu d'un bénéficiaire comprend notamment :

---

3 George CHRISTOPOULOS et Larry A. KOLUSKY, *Taxation of Trusts and Beneficiaries*, Scarborough, Ont., Carswell, 1990, feuilles mobiles.

4 *Window on Canadian Tax*, Don Mills, Ont., CCH Canadian, feuilles mobiles, interprétation technique 9304585, 19 mai 1993, par 2528, quant au retour du bien au constituant pour l'effet de la loi.

5 Par. 74.4(2) L.I.R.; par. 462.12, 462.13 et 462.14 L.I.

- la fraction du revenu de la fiducie qui est payée ou payable au bénéficiaire au cours de l'année, en vertu des modalités de l'acte de fiducie (par. 104(13), 104(18) et 104(24) L.I.R.);

- la partie du « revenu accumulé » de la fiducie attribuée au bénéficiaire dans le cadre d'un choix exercé par un bénéficiaire privilégié;

- un avantage accordé au bénéficiaire, du fait que des biens à usage personnel soient entretenus à même les revenus de la fiducie (par. 105(1) L.I.R).

Concernant l'inclusion dans le revenu d'un bénéficiaire d'un avantage qui lui est accordé par la fiducie, il est important de souligner que le montant de l'avantage payé au bénéficiaire n'est pas déductible dans le calcul du revenu de la fiducie pouvant entraîner ainsi une double imposition[6].

La fiducie déduit du calcul de son revenu les sommes incluses dans le revenu du bénéficiaire de la fiducie en vertu des paragraphes 104(13), 104(14) L.I.R. et les dépenses raisonnables d'entretien des biens qui doivent, en vertu de l'acte de fiducie, être entretenues pour l'usage d'un bénéficiaire en vertu du paragraphe 105(2) L.I.R. À l'égard du « revenu accumulé » d'un bénéficiaire privilégié, la fiducie peut déduire la partie de son revenu accumulé incluse dans le revenu d'un bénéficiaire en vertu d'un choix fait par un bénéficiaire privilégié au sens du paragraphe 104(14) L.I.R.

Finalement, une fiducie peut habituellement déduire les sommes suivantes :

- une somme incluse dans le revenu de la fiducie qui est payée ou payable à un bénéficiaire;

- une somme incluse dans le revenu d'un bénéficiaire en vertu du paragraphe 105(2) L.I.R.

Comme c'est souvent le cas dans la législation fiscale, celle-ci nous renvoie aux dispositions du droit civil pour déterminer les droits des bénéficiaires en vertu d'un acte de fiducie[7]. L'article 1345 du *Code civil du*

---

6 *Cooper* c. *MRN*, (1987) 1 C.T.C. 2287; et *Income Tax Technical News*, n° 11, 30 septembre 1997.

7 Par. 108(3) L.I.R.; art. 650 L.I.

Québec[8] énonce le principe de base en droit civil, soit que le revenu est défini dans l'acte constitutif. À défaut d'instructions précises dans l'acte constitutif, la répartition des revenus et des dépenses entre le bénéficiaire du revenu et le bénéficiaire du capital se faisant tel qu'il est prévu à cet article, le plus équitablement possible, en tenant compte de l'objet de l'administration des circonstances qui y ont donné lieu et les normes comptables généralement reconnues[9]. En vertu du droit civil, on retrouve deux catégories de bénéficiaires[10], soit les bénéficiaires du revenu et les bénéficiaires du capital et, en vertu des articles 908 à 910 C.c.Q., le capital est composé des biens dont on se sert pour produire le revenu, du prix de la disposition d'un capital, ainsi que du réemploi du capital ou du revenu. Le capital comprend aussi les droits de propriété intellectuelle, les obligations et autres titres d'emprunt. Les fruits et revenus, auxquels les bénéficiaires du revenu ont droit, sont ceux qui résultent de l'utilisation du capital sans entamer ce dernier. Ainsi, un gain en capital réalisé par une fiducie est considéré comme faisant partie du capital de la fiducie sur le plan du droit civil, et uniquement les bénéficiaires du capital ont droit de recevoir ce montant. Toutefois, aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, un gain en capital imposable réalisé par une fiducie est inclus dans le calcul du revenu de la fiducie.

Pour que le bénéficiaire du capital puisse inclure dans le calcul de son revenu, sur le plan fiscal, le gain en capital imposable réalisé par la fiducie, l'acte de fiducie doit autoriser le prélèvement sur le capital et les fiduciaires doivent décider, au moyen d'une résolution écrite, qu'une fraction donnée des gains en capital imposables réalisés par la fiducie sera payée ou payable aux bénéficiaires.

Ainsi, cette décision des fiduciaires de déterminer qu'une fraction du gain en capital imposable soit incluse dans le revenu d'un bénéficiaire ne doit pas être contraire aux modalités prévues dans l'acte de fiducie.

Cependant, on se doit de souligner que les paragraphes 104(13) et 104(14) L.I.R. ne prévoient pas que la somme sera réputée constituer un gain en capital imposable pour le bénéficiaire. En effet, toute somme payée ou

---

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

9 Guy FORTIN, « Concepts de revenu et de capital d'une fiducie : Importance de l'interaction en droit civil et en droit fiscal » (1994), vol. 42, n° 5 *Revue fiscale canadienne* 1236-1242.

10 Art. 1284 C.c.Q.

payable à un bénéficiaire est un revenu de biens pour ce dernier, tel qu'il est prévu au paragraphe 108(5) L.I.R., à moins que la loi ne répute que la somme attribuée soit un montant de nature précise.

Cependant, une telle présomption se retrouve, entre autres, au paragraphe 104(21) L.I.R., qui préserve la nature des gains en capital que la fiducie transfère à ses bénéficiaires résidant au Canada et qui ne concerne que les gains en capital imposables nets de la fiducie pour une année d'imposition si ceux-ci ont résidé au Canada.

Ainsi, une fiducie qui a réalisé des gains en capital imposables au cours d'une année d'imposition peut, dans les limites fixées au paragraphe 104(21) L.I.R., attribuer dans sa déclaration de revenus une partie de ses gains comme étant des gains en capital imposables de l'année pour un ou plusieurs bénéficiaires du capital. Évidemment, nous ne pouvons attribuer aux bénéficiaires un montant supérieur aux gains en capital imposables nets de la fiducie pour l'année et, à cette fin, la somme des gains en capital imposables de la fiducie doit être déduite des pertes en capital déductibles de la fiducie pour l'année et la somme des pertes en capital nettes d'autres années que la fiducie déduit dans le calcul de son revenu imposable pour l'année.

Le paragraphe 104(21.2) L.I.R. prévoit qu'une fiducie peut également attribuer aux bénéficiaires une ou plusieurs sommes provenant de ses gains en capital imposables, admissibles, éventuels pour l'année. La somme attribuée en vertu du paragraphe 104(21.2) L.I.R. ne peut être accordée au bénéficiaire que si le montant qui lui est alloué au sens du paragraphe 104(21) L.I.R. se rapporte aux gains en capital imposables nets de la fiducie découlant de la disposition de biens agricoles admissibles ou d'actions admissibles d'une société visée par les dispositions de l'article 110.6 L.I.R.

La somme attribuée à un bénéficiaire est égale à la fraction proportionnelle du montant suivant qui lui revient :

- la totalité des sommes que la fiducie a attribuées, pour l'année, à ses bénéficiaires en vertu du paragraphe 104(21) L.I.R. à l'égard de ses gains en capital imposables nets pour l'année;

moins

- la totalité des sommes que la fiducie a attribuées pour l'année à ses bénéficiaires en vertu du paragraphe 104(13.2) L.I.R.

Le paragraphe 104(13.2) L.I.R. vise la situation selon laquelle une fiducie reporte à une année ultérieure des pertes autres que des pertes en capital d'une année d'imposition antérieure et réalise au cours de l'année des gains en capital imposables. Dans une telle situation, elle peut choisir de ne pas déduire le plein montant auquel elle a droit en vertu de l'alinéa 104(6)b) L.I.R. afin de permettre aux pertes autres qu'en capital reportées des années antérieures d'annuler les gains en capital imposables de l'année en cours.

L'attribution selon le paragraphe 104(13.2) L.I.R. permet à la fiducie d'attribuer aux bénéficiaires de ce capital leur quote-part respective, tel qu'il est prévu en vertu du paragraphe 104(21) L.I.R., de la fraction de la déduction possible conformément au paragraphe 104(6) L.I.R., qui n'a pas été déduite en vertu de ce paragraphe ni attribuée selon le paragraphe 104(13.1) L.I.R.

Une somme attribuée à un bénéficiaire pour l'année en vertu du paragraphe 104(13.2) L.I.R. n'est pas incluse dans le calcul du revenu du bénéficiaire pour l'année, conformément aux paragraphes 104(13) ou 105(2) L.I.R. et diminue les gains en capital imposables inclus, par ailleurs, dans le revenu du bénéficiaire pour l'année en raison du paragraphe 104(21) L.I.R.

La somme qu'une fiducie personnelle a attribuée à un bénéficiaire à la suite de l'application de l'une ou l'autre des formules prévues au paragraphe 104(21.2) L.I.R. est réputée constituer un gain en capital imposable pour le bénéficiaire provenant de la disposition (par lui) de ses AAPE (selon la formule appliquée). Le bénéficiaire est réputé réaliser un gain en capital imposable au cours de l'année d'imposition pendant laquelle échoit l'année d'imposition de la fiducie. Il est bon de rappeler cette règle déterminative que renferment les formules au paragraphe 104(21.2) L.I.R., qui ne s'applique que pour déduire les gains en capital que le bénéficiaire déduit en vertu de l'article 110.6 L.I.R.

Il est important de mentionner que les autres conditions énoncées à l'article 110.6 L.I.R. doivent être remplies pour pouvoir demander une DGC.

À cet égard, l'alinéa 110.6(14)c) L.I.R. précise qu'une fiducie personnelle est réputée être liée à une personne tout au long de la période pendant laquelle cette personne est bénéficiaire de la fiducie.

De plus, la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit au même paragraphe que la fiducie personnelle est réputée être liée à la personne dont elle a acquis les actions, si tous ses bénéficiaires étaient liés à cette personne ou s'ils l'auraient été si cette dernière avait été vivante.

Ces règles de présomption sont utiles pour déterminer si les actions sont des AAPE, telles qu'elles sont définies au paragraphe 110.6(1) L.I.R.

L'expression « gains en capital admissibles » utilisée au paragraphe 104(21.2) L.I.R. est définie au paragraphe 108(1) L.I.R., comme étant le moins élevé des montants suivants :

i) le plafond annuel des gains au sens du paragraphe 110.6(1) L.I.R.;

ii) le plafond des gains cumulatifs au sens du paragraphe 110.6(1) L.I.R. à la fin de l'année, moins la totalité des sommes que la fiducie a attribuées à des bénéficiaires en vertu du paragraphe 104(21.2) L.I.R. pour les années d'imposition antérieures.

Toute fraction des gains en capital imposables réalisés par une fiducie au cours d'une année d'imposition donnée non incluse dans le revenu des bénéficiaires pour cette année est imposable comme revenu de la fiducie. Cette fraction après impôt constitue un capital de la fiducie avant d'être répartie, à ce titre, conformément aux modalités de l'acte de fiducie.

Pour que le bénéficiaire puisse inclure dans son revenu le gain en capital net réalisé par la fiducie, il faut que le montant soit devenu payable au bénéficiaire au cours de l'année en vertu du paragraphe 104(13) L.I.R. C'est au paragraphe 104(24) L.I.R. que la législation précise le sens du mot « payable » en nous indiquant qu'une somme est réputée payable, si elle est payée, au cours de l'année, au bénéficiaire ou si le bénéficiaire doit avoir le droit, au cours de l'année, d'en exiger le paiement[11].

On retrouve une exception à l'exigence que la somme soit payée ou que le bénéficiaire puisse en exiger le paiement à l'égard des fiducies au profit d'un mineur. En effet, le paragraphe 104(18) L.I.R. prévoit que le montant du revenu de la fiducie sera malgré tout réputé être payable si :

- la somme n'est pas devenue payable au sens du paragraphe 104(24) L.I.R., c'est-à-dire que la somme n'a pas été payée ou que le bénéficiaire n'a pas le droit d'en exiger le paiement;

---

[11] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-342R, « Fiducies – Revenu payable à des bénéficiaires », 21 mars 1990; et interprétation technique 2005-015988117, 3 mars 2006.

- cette partie du revenu était détenue en fiducie pour le compte d'un bénéficiaire de moins de 21 ans;

- le droit à cette partie du revenu est devenu acquis (*vested*) au bénéficiaire à la fin de l'année ou antérieurement autrement qu'en raison de l'exercice ou en l'absence de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire;

- le droit du bénéficiaire à cette partie du revenu n'est assujetti à aucune condition future autre que celle d'atteindre un âge ne dépassant pas 40 ans.

Ainsi, dans le cas d'une fiducie discrétionnaire, il faudrait absolument payer la somme pour que le bénéficiaire puisse inscrire le montant dans son revenu. On doit souligner que le paragraphe 10.4(18) L.I.R. ne s'appliquerait qu'au revenu de la fiducie et non au capital.

Toutefois, si les revenus sont capitalisés et que la remise du capital est assujettie à une discrétion, le paragraphe 104(18) L.I.R. ne s'appliquera pas pour considérer le montant payable.

On se doit de souligner que le revenu produit sur le revenu acquis n'est pas assujetti aux dispositions du paragraphe 104(18) L.I.R.

L'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») a précisé la signification de l'expression « *vested* » dans l'interprétation technique suivante :

> « It is generally presumed that a gift to be paid when an individual attains a specified age, with a gift-over to other individuals if the individual dies before attaining the specified age, is vested (subject to divestment should death occur before attaining the specified age). Thus, where the right to income is vested, there can be no discretion in the amount of income that a particular individual is entitled to. Discretionary power relating only to the timing of payment of an individual's share of income that is fixed under the trust indenture is not relevant.
>
> Condition (d) above permits a vested right to be extinguished if the individual dies before attaining age 40. If the individual dies after age 40 and the trust has not already distributed the amount of vested income, that amount would have to be part of the individual's estate[12]. »

---

[12] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9807495, 12 mars 1999.

Il n'est donc pas nécessaire que les sommes soient payées, mais les sommes doivent être irrévocablement acquises en faveur des bénéficiaires de la fiducie.

Dans le cas d'une fiducie familiale, on se retrouve souvent en présence d'une fiducie discrétionnaire et l'ARC a précisé[13] que les conditions devant être remplies avant la fin de l'année pour une partie du revenu d'une fiducie discrétionnaire soient considérées comme étant payables. Ces conditions sont les suivantes :

- le fiduciaire doit exercer sa discrétion de façon irrévocable et inconditionnelle;

- la répartition du revenu entre les bénéficiaires doit être établie, par exemple un pourcentage du revenu, un montant fixe, le type de revenu, etc.;

- le bénéficiaire doit être informé du montant qui lui a été attribué. À cet égard, si le bénéficiaire de la fiducie discrétionnaire est mineur, il s'agit d'informer les parents qui sont tuteurs d'office en vertu de l'article 192 C.c.Q. Il serait recommandé à cet égard de faire signer un exemplaire de la résolution des fiduciaires par les parents qui agissent à titre de tuteurs;

- si le montant payable est connu avant la fin de l'année, un chèque ou un billet à ordre[14] doit être remis au bénéficiaire et si ce dernier est un mineur, à ses tuteurs;

- si le montant payable n'est pas connu avant la fin de l'année, un chèque ou un billet à ordre doit être remis aussitôt que le montant est établi.

Il est évident que nous pouvons également payer directement les sommes à l'enfant. S'il s'agit d'un mineur, les parents sont tuteurs d'office, ce qui implique une gestion commune du père et de la mère des sommes attribuées et payées au mineur[15].

---

13 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9816525, 22 octobre 1998.

14 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9529647, 26 février 1997, quant à la remise d'un billet constitue une somme payable.

15 Art. 192 C.c.Q.

Ainsi, dans le cadre de la disposition par une fiducie personnelle discrétionnaire d'AAPE au sens du paragraphe 110.6(1) L.I.R., la fiducie attribuera et remettra sous forme de chèque ou de billet à ordre la somme de 250 000 $[16], représentant le gain en capital admissible tel qu'il est défini au paragraphe 108(1) L.I.R. et en vertu du paragraphe 104(21.2) L.I.R. Ce gain en capital admissible constituera pour le bénéficiaire un gain en capital provenant de la disposition d'AAPE lui permettant de réclamer l'addition prévue à l'article 110.6 L.I.R.

Dans cette situation, puisque la somme excède 25 000 $, un conseil de tutelle doit être formé et les seuls placements prévus sont ceux prévus aux articles 209, 240, 242, 247 et 1339 C.c.Q., soit dans les placements tels les titres immobiliers d'obligations du Québec ou d'une province canadienne, d'une entité municipale ou gouvernementale, des emprunts garantis par l'hypothèque immobilière ou mobilière de premier rang, des certificats de garantie délivrés par des institutions financières si le placement est garanti par la Régie de l'assurance-dépôts du Québec et certaines actions ordinaires ou privilégiées de compagnies inscrites à la cote d'une bourse reconnue.

Par l'application des paragraphes 104(21) et 104(21.2) L.I.R., les bénéficiaires ayant moins de 18 ans supporteront personnellement les impôts payables à l'égard des gains en capital imposables inscrits dans leur déclaration de revenus. À cet effet, les impôts minimums seront payables et l'acte de fiducie devrait prévoir que les bénéficiaires pourront entamer le capital afin de payer ces impôts.

Lors de l'attribution d'un gain en capital imposable de 250 000 $ à un mineur, qui n'a aucun revenu par ailleurs, celui-ci devra payer des impôts minimums de remplacement d'environ 38 400 $[17]. Habituellement, un impôt minimum est considéré comme étant un impôt payé d'avance puisqu'il peut être utilisé durant les sept années suivantes afin de réduire les impôts réguliers lorsque ceux-ci sont supérieurs à l'impôt minimum de remplacement. Par contre, pour un mineur qui n'avait aucun revenu avant l'attribution des 250 000 $, il sera difficile de récupérer la totalité de l'impôt minimum de remplacement payé. En effet, afin de récupérer la totalité de l'impôt minimum de remplacement, il faudra sept années en présumant que le mineur ait un revenu de 25 000 $ par année, soit un rendement de 10 % sur le montant attribué par la fiducie.

---

16 Hypothèse : gain en capital de 500 000 $.

17 Calcul effectué en fonction des taux d'impôt 2005.

2. ACTIONS NE RESPECTANT PAS LE TEST DE 24 MOIS AUX FINS DE LA DÉDUCTION POUR GAINS EN CAPITAL

Comme vous le savez, aux fins de la DGC, la personne utilisant cette déduction doit, au moment de la disposition, avoir détenu, soit personnellement ou par le biais d'une personne ou d'une société de personnes qui lui est liée, pendant une période de 24 mois l'action d'une SEPE. Outre cette condition, bien entendu, on retrouve d'autres conditions, notamment les suivantes :

- que pendant cette période de 24 mois, la société n'ait été propriétaire d'éléments d'actif dont 50 % de la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») soit attribuable à des éléments d'actif utilisés dans l'exploitation d'une entreprise que la société, ou une société qui lui est liée, exploite activement, principalement au Canada.

ou

- que des actions du capital social ou des dettes d'une ou de plusieurs sociétés rattachées à la société dans le cas où, tout au long de la partie de la période de 24 mois qui précède la disposition, nulle autre que la société, qu'une personne ou une société de personnes qui lui est liée ou qu'une personne ou société de personnes liée à telle personne ou société de personnes parmi les propriétaires et, tout au long de la période de 24 mois qui précède la date de la disposition, ses actions, ses dettes sont la propriété d'une société, d'une société de personnes qui lui est liée ou d'une personne, société de personnes liée à telle personne ou société de personnes s'il s'agit d'actions ou de dettes d'une société privée sous contrôle canadien dont plus de 50 % de la JVM est attribuable à des éléments utilisés principalement dans une entreprise que la société, ou une société qui lui est liée, exploite activement, principalement au Canada.

Ainsi, cette condition de détention pendant 24 mois est une condition essentielle à la qualification des actions à titre d'actions admissibles de toutes entreprises, tel qu'il est défini au paragraphe 110.6(1) L.I.R. On retrouve toutefois au paragraphe 110.6(14) L.I.R. certaines exceptions à cette règle des 24 mois, notamment lorsque les actions sont émises en contrepartie d'autres actions; dans le cadre d'une opération ou d'une série d'opérations dans laquelle la personne ou une société de personnes donnée à disposer en faveur de la société de biens qui représente la totalité ou presque des éléments d'actif utilisés dans une entreprise exploitée activement par cette personne ou par les associés de cette personne; dans le cadre d'une

participation dans une société de personnes dont la totalité ou presque des éléments d'actif sont utilisés dans une entreprise exploitée activement par les associés de la société de personnes, en paiement de dividendes en actions.

Outre ces exceptions prévues à l'alinéa 110.6(14)f) L.I.R., toute autre disposition d'actions exige comme condition, entre autres, la détention pendant une période de 24 mois consécutifs pour que les actions puissent se qualifier à titre d'AAPE.

Dans l'éventualité où un proposant ou un vendeur est approché par un proposant ou un acquéreur aux fins de l'acquisition de ses actions alors que le proposant ou le vendeur ne détient pas les actions depuis au moins 24 mois, nous devons analyser différentes pistes de solution pour tenter de conserver cet avantage fiscal pour le proposant ou le vendeur. Cet avantage pourrait être encore plus important si les actions de la société étaient détenues par une fiducie familiale dont les bénéficiaires sont les membres de la famille de l'entrepreneur, permettant ainsi de multiplier l'exemption de la DGC prévu à l'article 110.6 L.I.R.

Une planification qui pourrait être mise en place dans le cadre d'une vente lorsque les actions ne sont pas détenues pendant une période de plus de 24 mois serait que le proposant ou le vendeur se défasse, à la clôture, de la partie des actions ayant une valeur excédant la DGC admissible pour les actionnaires de la société à la date de la clôture et que le solde des actions soit converti en actions privilégiées sans droit de vote, non participatives.

Le proposant ou le vendeur aurait l'option de vendre ses actions en tout temps. Bien entendu, il n'exercera cette option qu'après l'expiration de la période de 24 mois lui permettant de bénéficier de la DGC. Cette option pourrait avoir une date d'expiration qui serait, par exemple, un mois après que la période de 24 mois est terminée.

L'acheteur s'assurerait que les actions privilégiées détenues par le proposant ou le vendeur soient rachetables à la discrétion de la société de façon à s'assurer que si l'option n'est pas exercée par le proposant ou le vendeur avant une date donnée, la société rachète les actions.

Dans cette éventualité, bien entendu, un dividende présumé serait créé pour le montant qui excède le capital versé (ci-après « CV ») des actions privilégiées détenues par le proposant/vendeur en vertu du paragraphe 84(3) L.I.R.

Cette façon de faire permettrait ainsi au proposant/vendeur de bénéficier de son exemption de gains en capital tout en encaissant immédiatement à la date de la clôture une partie du prix d'acquisition de ses actions.

La question qui se pose quant à la mise sur pied d'une telle planification est bien entendu le fait de reporter à une date ultérieure la vente de ses actions et de prendre le risque que la situation financière de la société se dégrade entre la date de la clôture et la date de l'exercice des options, soit la fin de la période de 24 mois de détention. Nous pouvons mettre en place divers mécanismes, notamment dans le cadre d'une convention entre actionnaires de façon à s'assurer un certain contrôle quant à la situation financière de la société acquise jusqu'à la date de l'exercice de l'option pour protéger le proposant/vendeur. De plus, nous pouvons prévoir que, si jamais l'acheteur ne peut payer le prix visé à l'option d'achat, les parties s'engagent à vendre 100 % des actions de la compagnie à un tiers acquéreur et qu'entre-temps le proposant/vendeur reprend le contrôle de la société.

Le principal problème qui se présente dans une telle situation, bien entendu, est la mise en place de garantie quant au paiement du prix auquel l'option sera exercée par le vendeur à la fin de la période de 24 mois de détention. Il serait possible à cet égard de mettre en place des hypothèques mobilière ou immobilière pour garantir l'exécution de l'obligation de l'acheteur d'acheter dans l'éventualité de l'exercice de l'option pour le vendre.

On doit souligner que la principale perte sur le plan financier pour le proposant/vendeur est le rendement sur le prix de vente de ses actions qui font l'objet des options qui seront exercées ultérieurement.

De plus, au cours de cette période, les actions peuvent cesser de se qualifier à titre d'AAPE du fait de la présence d'éléments d'actif excédentaires au sein de la société. Dans cette éventualité, le proposant ou le vendeur peut demander d'être compensé de la perte de l'avantage fiscal qu'aurait représenté le maintien du statut d'AAPE. Le proposant ou l'acheteur peut argumenter sur le fait que, dans cette situation, cette démarche n'a été effectuée que pour permettre au vendeur de bénéficier d'un avantage fiscal qu'il n'aurait autrement pas obtenu s'il lui avait vendu 100 % de ses actions à la clôture.

Une façon raisonnable de régler ce différend serait que, lors du rachat des actions détenues par le proposant/vendeur, à la suite de la perte de la qualification des actions à titre d'AAPE, une prime soit payée à titre de

dividende au vendeur pour le montant de la perte de rendement qu'il aurait obtenu sur ce capital si elles avaient été vendues à la date de la clôture.

3. VENTE D'UNE DIVISION

Lors de la vente d'une division, les considérations entre le vendeur et l'acheteur doivent être conciliées. Nous traiterons plus particulièrement de la répartition du prix de vente, du choix concernant le gain en capital sur la disposition d'immobilisations admissibles (ci-après « IA »). De plus, nous analyserons certaines planifications fiscales qui pourraient être pertinentes lors de la vente d'une division.

3.1. RÉPARTITION DU PRIX DE VENTE

Lors de la disposition des éléments d'actif d'une société, la répartition du prix de vente entre les éléments d'actif vendus est très importante. Le vendeur et l'acheteur ont des objectifs très différents.

L'acheteur désire augmenter le prix d'acquisition sur les biens lui permettant une pleine déduction par la suite, par exemple les biens en inventaire. Lorsque les biens vendus sont des immobilisations, il préférera augmenter la valeur sur les immobilisations qui ont un taux d'amortissement plus élevé, par exemple les catégories 43, 45, 10 et même 12. La répartition entre le terrain et l'édifice sera également importante.

Le vendeur préférera réaliser soit un gain en capital sur les immobilisations ou un revenu d'entreprise sur les IA. Les impôts à payer sont moindres dans ces cas puisque seulement 50 % de la plus-value est imposable. Les 50 % non imposables augmenteront le compte de dividendes en capital (ci-après « CDC ») et permettront de sortir les fonds de la société sans impôt pour les actionnaires.

Du point de vue fiscal, il ne devrait pas avoir de questionnement sur la répartition du prix de vente lorsque l'acheteur et le vendeur transigent sans lien de dépendance. En effet, lorsqu'il n'y a pas de lien de dépendance entre le vendeur et l'acheteur, la transaction est réputée être effectuée à la JVM.

3.1.1. Aspects comptables

Lors de la vente des éléments d'actif d'une division, plusieurs aspects sont à considérer du point de vue comptable. Tout d'abord, il est important d'évaluer si les règles comptables applicables aux regroupements d'entreprises sont effectivement applicables.

Selon le *Manuel de l'ICCA*[18], l'achat d'une division constitue une acquisition d'entreprise si cette division constitue une unité économique.

Le *Manuel de l'ICCA* définit une unité économique comme étant un ensemble intégré et autonome d'activités exercées et d'éléments d'actif gérés dans le but de procurer un rendement à des investisseurs. Une unité économique est constituée d'intrants, de processus appliqués à ces intrants, et d'extrants qui en résultent, utilisés pour générer des produits. Pour qu'un ensemble d'activités et d'éléments d'actif cédés puisse être considéré comme une unité économique, il doit comporter la totalité des intrants et des processus nécessaires pour pouvoir continuer d'être exploité normalement une fois que l'ensemble a été isolé par rapport au vendeur, ce qui implique la capacité de générer des rentrées continues en fournissant des extrants aux clients.

Si l'achat des éléments d'actif d'une division est considéré comme une acquisition d'entreprise, l'acheteur devra répartir le prix d'achat en fonction de la juste valeur de chacun des éléments d'actif et des éléments de passif acquis, et ce, incluant l'actif et le passif qui pourraient ne pas avoir été constatés dans les états financiers de la division ainsi acquise. Ainsi, l'acheteur devra constater dans ses états financiers, entre autres choses, tous les éléments d'actif incorporels acquis (brevets, marque de commerce, listes de clients, etc.), et ce, à la juste valeur, même si ces derniers ne figuraient pas dans les états financiers de la division comme tels.

La différence entre le prix payé et la juste valeur de chacun des éléments d'actif et de passif acquis (y compris les éléments d'actif incorporels) sera comptabilisée à titre d'écart d'acquisition.

3.1.1.1. Impôts sur les bénéfices futurs

Lorsque la vente d'une division s'effectue en ayant recours à des éléments de planification fiscale, comme, par exemple, un roulement en vertu de l'article 85 L.I.R., les écarts entre la juste valeur et la valeur fiscale des éléments d'actif et de passif vendus engendrent généralement des impôts sur les bénéfices futurs qui devront être comptabilisés dans les états financiers de l'acquéreur et inclus dans la répartition du prix d'achat.

---

[18] INSTITUT CANADIEN DES COMPTABLES AGRÉÉS, *Manuel de l'ICCA*, vol. I, Toronto, ICCA.

3.1.1.2. Vente d'une division entre des sociétés sous contrôle commun

Les règles comptables ayant trait aux regroupements d'entreprises ne s'appliquent pas lorsque la disposition des éléments d'actif d'une division s'effectue entre des sociétés sous contrôle commun, comme, par exemple, entre une société mère et ses filiales ou entre deux filiales d'une même société mère. En pareille circonstance, ce sont les normes comptables ayant trait à la mesure des opérations entre apparentés qui sont applicables. En général, ce genre de transaction doit être comptabilisé à la valeur comptable préalablement inscrite dans les états financiers du vendeur et aucune plus-value sur les éléments d'actif ni aucun écart d'acquisition ne doit être constaté.

Exemple de répartition du prix d'achat

A inc. acquiert au prix de 200 000 $ l'ensemble de l'actif d'une des divisions de B inc., laquelle représente une unité économique. A inc. et B inc. ne sont pas des sociétés apparentées et la valeur aux livres ainsi que la juste valeur de l'actif et du passif de la division sont les suivantes :

	Valeur comptable ($)	**Juste valeur ($)**
Débiteurs	30 000	30 000
Immobilisations	50 000	70 000
Brevets	0	90 000
Emprunts à payer	40 000	40 000
Actif net	150 000	200 000

L'écart d'acquisition résultant de cette acquisition, abstraction faite des impôts sur les bénéfices futurs qui pourraient être constatés, serait le suivant :

Prix d'achat	200 000 $
Juste valeur de l'actif net acquis	150 000
Écart d'acquisition	50 000 $

3.2. CHOIX CONCERNANT LE GAIN EN CAPITAL SUR LA DISPOSITION D'IMMOBILISATIONS ADMISSIBLES

Un choix en vertu du paragraphe 14(1.01) L.I.R. peut être effectué afin de traiter la disposition de certaines IA à titre de gain en capital. Ce choix peut être effectué si les conditions suivantes sont respectées :

- le bien doit être une IA relative à une entreprise;

- le produit réel de disposition du bien doit excéder la dépense en capital engagée en vue de l'acquérir;

- la dépense en capital admissible engagée en vue d'acquérir l'IA doit être déterminée. De plus, le bien ne doit pas avoir été acquis dans des circonstances où le choix prévu aux paragraphes 85(1) ou (2) L.I.R. a été fait et où la somme convenue était inférieure à la JVM du bien;

- l'IA ne doit pas être de l'achalandage.

Ce choix permet de convertir du revenu d'entreprise en gain en capital. Ce choix doit être effectué dans la déclaration de revenus de la société. Selon les propositions législatives[19], ce choix pourra être effectué conjointement avec le choix du CDC. Donc, les deux choix seront effectués la même journée, permettant ainsi que le gain en capital, comme faisant suite au choix du paragraphe 14(1.01) L.I.R., fasse partie du CDC. Si, au moment de la disposition, un solde de prix de vente existe, une réserve pour gain en capital[20] pourrait être effectuée contrairement à la disposition d'une IA.

3.3. PLANIFICATION FISCALE

Lors de la vente d'une division, plusieurs scénarios peuvent être analysés afin de favoriser le vendeur ou l'acheteur, ou encore les deux à la fois. Dans le présent texte, nous allons comparer trois scénarios, soit la vente des éléments d'actif sans planification, la vente des éléments d'actif en utilisant le choix prévu au paragraphe 14(1.01) L.I.R. et, finalement, une planification afin de permettre à l'actionnaire d'utiliser sa DGC.

---

19 Application aux dispositions effectuées après le 19 décembre 2002.

20 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 0091517, 20 septembre 2001; 0122675, 1er mai 2002; et 0133797, 18 avril 2002.

M. Lafleur, actionnaire d'OpérationCo inc., a été approché pour qu'il vende certains éléments d'actif de sa société. L'acquéreur ne veut pas acheter les actions d'OpérationCo inc. Par contre, il lui a mentionné qu'il serait prêt à acquérir les actions d'une nouvelle société si le prix de vente des actions est rajusté. Cette transaction devrait être effectuée la dernière journée de l'année d'imposition d'OpérationCo inc. M. Lafleur vient vous rencontrer afin que vous puissiez le conseiller sur les possibilités de planification et pour comprendre pourquoi il devrait avoir un rajustement du prix de vente. Il vous remet les informations suivantes en vous mentionnant que l'acquéreur ne désire acheter que les immobilisations, la marque de commerce, la liste de clients et l'achalandage :

	JVM ($)	**Coût ($)**	**Fraction non amortie du coût en capital (ci-après « FNACC ») ($)**
Encaisse	75 000	75 000	
Débiteurs	270 000	270 000	
Inventaire	1 000	1 000	
Frais payés d'avance	5 000	5 000	
Immobilisations – équipements	55 000	98 000	45 000
Marque de commerce	190 000	100 000	60 000
Liste de clients	115 000		
Achalandage	140 000		
Créditeurs	101 000	101 000	
Dettes	125 000	125 000	
Avoir de l'actionnaire	625 000	368 000	

Selon les informations obtenues, vous constatez que les actions d'OpérationCo inc. se qualifient à titre d'AAPE et que M. Lafleur n'a jamais utilisé sa DGC.

À la suite de la disposition des éléments d'actif, M. Lafleur désire liquider sa société puisqu'il prendra sa retraite. Il considère que les frais relatifs à la préparation des états financiers et des déclarations de revenus seront trop élevés.

Selon les informations que vous avez obtenues, les différents taux d'impôt sont les suivants :

Impôts des particuliers (dividendes)		29,65 %
Impôts des sociétés :	• revenus d'entreprise	32,02 %
	• revenus de placement	52,04 %

3.3.1. Scénario n° 1 – Disposition des éléments d'actif

Lors de la disposition des éléments d'actif, les transactions suivantes seront réalisées :

3.3.1.1. L'acquéreur achète les éléments d'actif pour une somme totale de 500 000 $

- Immobilisations – équipements

La disposition des équipements, d'une valeur de 55 000 $, entraînera la récupération de l'allocation du coût en capital (ci-après « ACC ») jusqu'à concurrence du produit de disposition. OpérationCo inc. réalisera donc une récupération de 10 000 $[21].

- Marque de commerce

La disposition de la marque de commerce, d'une valeur de 190 000 $, entraînera la récupération de la déduction à titre d'immobilisations. La récupération sera de l'ordre de 15 000 $[22]. De plus, un revenu d'entreprise sera réalisé puisque le produit de disposition est supérieur à son coût, 50 % de la plus-value (45 000 $[23]) est imposable à titre de revenu d'entreprise. La

---

21 55 000 $ (équipements) - 45 000 $ (FNACC) = 10 000 $.

22 (100 000 $ (coût) × 75 %) - 60 000 $ (montant cumulatif des immobilisations admissibles (ci-après « MCIA »)) = 15 000 $.

23 190 000 $ (marque de commerce) - 100 000 $ (coût) = 90 000 $ / 2 = 45 000 $.

portion non imposable augmente le CDC de l'entreprise à la fin de son année d'imposition.

- Liste de clients et achalandage

Le traitement fiscal lors de la disposition de ces biens, d'une valeur totale de 255 000 $, sera le même, soit la disposition d'une IA, et 50 % de la plus-value (127 500 $[24]) est imposable à titre de revenu d'entreprise. La portion non imposable augmente le CDC de l'entreprise à la fin de son année d'imposition.

3.3.1.2. OpérationCo inc. déclare un dividende du CDC

Au moment de sa fin d'année d'imposition, OpérationCo inc. déclare un dividende provenant de son CDC. Ce dividende sera de 172 500 $[25]. Le dividende provenant du CDC est non imposable pour M. Lafleur.

3.3.1.3. OpérationCo inc. paie ses impôts

Lors de la production de la déclaration de revenus d'OpérationCo inc., le revenu imposable supplémentaire sera de 197 500 $[26]. La totalité de ce revenu est considérée comme du revenu d'entreprise. Les impôts à payer seront de 63 240 $[27].

3.3.1.4. OpérationCo inc. déclare un dividende imposable

OpérationCo inc. déclare un dividende afin de sortir l'excédent des fonds encaissés lors de la disposition des éléments d'actif, ce dividende est de 264 260 $[28]. M. Lafleur devra payer des impôts de 78 353 $[29].

---

24 115 000 $ (liste de clients) + 140 000 $ (achalandage) = 255 000 $ / 2 = 127 500 $.

25 45 000 $ (marque de commerce) + 127 500 $ (liste de clients et achalandage) = 172 500 $.

26 10 000 $ (récupération – équipements) + 15 000 $ (récupération – marque de commerce) + 45 000 $ (marque de commerce) + 127 500 $ (liste de clients et achalandage) = 197 500 $.

27 197 500 $ × 32,02 % = 63 240 $.

28 500 000 $ (produits de disposition des éléments d'actif vendus) - 63 240 $ (impôts à payer) - 172 500 $ (dividendes du CDC) = 264 260 $.

29 264 261 $ × 29,65 % = 78 353 $.

3.3.1.5. OpérationCo inc. sera dissoute lorsque tous les avis de cotisation auront été reçus et que tous les éléments d'actif auront été réalisés et les dettes payées

Au moment de sa liquidation, un dividende imposable sera payable au montant de 125 000 $[30], soit le total des éléments d'actif net immédiatement avant la liquidation. Ce dividende entraînera des impôts de 37 063 $[31].

3.3.1.6. Encaissement net par M. Lafleur

À la suite de ces transactions, l'encaissement net par M. Lafleur sera de 446 344 $[32]. La disposition des éléments d'actif suivie de la liquidation d'OpérationCo inc. a entraîné des impôts cumulatifs de 28,59 %[33].

3.3.2. Scénario n° 2 – Disposition des éléments d'actif en effectuant le choix au paragraphe 14(1.01) L.I.R.

Lors de la disposition des éléments d'actif, les transactions suivantes seront réalisées :

3.3.2.1. L'acquéreur achète les éléments d'actif pour une somme totale de 500 000 $

- Immobilisations – équipements

La disposition des équipements, d'une valeur de 55 000 $, entraînera la récupération de l'ACC jusqu'à concurrence du produit de disposition. OpérationCo inc. réalisera donc une récupération de 10 000 $[34].

---

30 995 000 $ (total de l'actif) - 245 000 $ (créditeurs) - 125 000 $ (dettes) - 63 240 $ (impôts à payer) - 172 500 $(dividendes du CDC) - 264 260 $ (dividendes imposables) = 125 000 $.

31 125 000 $ × 29,65 % = 37 063 $.

32 172 500 $ (dividendes du CDC) + 264 260 $ (dividendes imposables) - 78 353 $ (impôts à payer) + 125 000 $ (dividendes imposables) - 37 063 $ (impôts à payer) = 446 344 $.

33 (625 000 $ (JVM des actions) - 446 334 $ (encaissement net)) / 625 000 $ = 28,59 %.

34 *Supra*, note 21.

- Marque de commerce

La disposition de la marque de commerce, d'une valeur de 190 000 $, entraînera la récupération de la déduction à titre de biens en immobilisations. La récupération sera de l'ordre de 15 000 $[35]. Le choix prévu au paragraphe 14(1.01) L.I.R. sera effectué afin qu'un gain en capital soit réalisé lors de la disposition de ce bien. Le gain en capital imposable représentera 50 % de la plus-value (45 000 $[36]). La portion non imposable augmente le CDC de l'entreprise au moment où le choix sera effectué.

- Liste de clients et achalandage

Le traitement fiscal lors de la disposition de ces biens, d'une valeur totale de 255 000 $, sera le même, soit la disposition d'une IA, et 50 % de la plus-value (127 500 $[37]) est imposable à titre de revenu d'entreprise. La portion non imposable augmente le CDC de l'entreprise à la fin de son année d'imposition.

3.3.2.2. OpérationCo inc. déclare un dividende du CDC

Au moment de sa fin d'année d'imposition, OpérationCo inc. déclare un dividende provenant de son CDC. Ce dividende sera de 172 500 $[38]. Le dividende provenant du CDC est non imposable pour M. Lafleur.

3.3.2.3. OpérationCo inc. paie ses impôts

Lors de la production de la déclaration de revenus d'OpérationCo inc., le revenu imposable supplémentaire sera de 197 500 $[39]. Le revenu d'entreprise sera de 152 500 $ et le revenu de placement sera de 45 000 $. Les impôts à payer seront de 72 249 $[40].

---

35 *Supra*, note 22.

36 *Supra*, note 23.

37 *Supra*, note 24.

38 *Supra*, note 25.

39 *Supra*, note 26.

40 (152 500 $ (revenu d'entreprise) × 32,02 %) + (45 000 $ (revenu de placement) × 52,04 %) = 72 249 $.

3.3.2.4. OpérationCo inc. déclare un dividende imposable

OpérationCo inc. déclare un dividende afin de sortir l'excédent des fonds encaissés lors de la disposition des éléments d'actif, ce dividende est de 267 253 $[41]. Ce dividende permettra à OpérationCo inc. d'obtenir un remboursement au titre de dividende (ci-après « RTD ») de 12 002 $[42]. M. Lafleur devra payer des impôts de 79 241 $[43].

3.3.2.5. OpérationCo inc. sera dissoute lorsque tous les avis de cotisation auront été reçus et que tous les éléments d'actif auront été réalisés et les dettes payées

Au moment de sa liquidation, un dividende imposable sera payable au montant de 125 000 $[44], soit le total des éléments d'actif net immédiatement avant la liquidation. Ce dividende entraînera des impôts de 37 063 $[45].

3.3.2.6. Encaissement net par M. Lafleur

À la suite de ces transactions, l'encaissement net par M. Lafleur sera de 448 449 $[46]. L'utilisation du choix prévue au paragraphe 14(1.01) L.I.R. permet à M. Lafleur d'encaisser une somme supérieure de 2 105 $. De plus, ce choix n'a aucune incidence pour l'acheteur. La disposition des éléments d'actif suivie de la liquidation d'OpérationCo inc. a entraîné des impôts cumulatifs de 28,25 %[47].

---

41 500 000 $ (produit de disposition des actifs vendus) - 72 249 $ (impôts à payer) - 172 500 $ (dividende du CDC) + 12 002 $ (impôt en main remboursable au titre de dividendes (ci-après « IMRTD »)) = 267 253 $.

42 Le moindre de 267 253 $ (dividendes imposables) / 3 = 89 084 $

45 000 $ (revenu de placement) × 26,67 % = 12 002 $.

43 267 253 $ × 29,65 % = 79 241 $.

44 995 000 $ (actif total) - 245 000 $ (créditeurs) - 125 000 $ (dettes) - 63 240 $ (impôts à payer) - 172 500 $ (dividendes du CDC) - 264 260 $ (dividendes imposables) = 125 000 $.

45 125 000 $ × 29,65 % = 37 063 $.

46 172 500 $ (dividende du CDC) + 267 253 $ (dividendes imposables) - 79 241 $ (impôts à payer) + 125 000 $ (dividendes imposables) - 37 063 $ (impôts à payer) = 448 449 $.

47 (625 000 $ (JVM des actions) - 448 449 $ (encaissement net)) / 625 000 $ = 28,25 %.

3.3.3. Scénario n° 3 – Utilisation de la DGC

Pour permettre à M. Lafleur d'utiliser sa DGC, les transactions suivantes seront réalisées :

3.3.3.1. Création d'une nouvelle société et transfert d'actions

Une nouvelle société (ci-après « Nouco ») est créée. M. Lafleur transfère une partie des actions (800 actions) d'OpérationCo inc. en faveur de Nouco en contrepartie d'actions. Lors de ce transfert, la somme convenue équivaudra à la JVM des actions. M. Lafleur utilisera sa DGC.

Biens transférés			**Contreparties reçues**	
Description	**JVM ($)**	**Somme convenue ($)**	**Description**	**JVM ($)**
800 actions d'OpérationCo inc. PBR : 800 $ CV : 800 $	500 000	500 000	500 000 actions A de Nouco PBR : 500 000 $ CV : 800 $	500 000

3.3.3.2. OpérationCo inc. transfère les éléments d'actif d'une valeur de 500 000 $ en contrepartie d'actions de Nouco

- Immobilisations – équipements, liste de clients et achalandage

Ces éléments d'actif seront transférés sans impact fiscal en faveur de Nouco en contrepartie d'actions. La somme convenue équivaudra à leur coût fiscal, soit 45 000 $[48]. La valeur de rachat des actions sera de 310 000 $[49], leur CV et leur PBR seront de 45 000 $.

---

48 45 000 $ + 0 $ + 0 $ = 45 000 $.

49 55 000 $ + 115 000 $ + 140 000 $ = 310 000 $.

Biens transférés			Contreparties reçues	
Description	**JVM ($)**	**Somme convenue ($)**	**Description**	**JVM ($)**
Immobilisations – équipements Coût : 98 000 $ FNACC : 45 000 $	55 000	45 000	55 000 actions B de Nouco PBR : 45 000 $ CV : 45 000 $	55 000
Liste de clients Coût : 0 $ MCIA : 0 $	115 000	0	115 000 actions B de Nouco PBR : 0 $ CV : 0 $	115 000
Achalandage Coût : 0 $ MCIA : 0 $	140 000	0	140 000 actions B de Nouco PBR : 0 $ CV : 0 $	140 000

- Marque de commerce

La disposition de la marque de commerce, d'une valeur de 190 000 $, sera transférée en faveur de Nouco en contrepartie d'actions. La somme convenue équivaudra à la JVM.

Biens transférés			Contreparties reçues	
Description	**JVM ($)**	**Somme convenue ($)**	**Description**	**JVM ($)**
Marque de commerce Coût : 100 000 $ MCIA : 60 000 $	190 000	190 000	190 000 actions B de Nouco PBR : 190 000 $ CV : 60 000 $	190 000

Cette disposition entraînera la récupération de la déduction à titre de biens en immobilisations. La récupération sera de l'ordre de 15 000 $[50]. Le choix prévu au paragraphe 14(1.01) L.I.R. sera effectué pour qu'un gain en

[50] *Supra*, note 22.

capital soit réalisé lors de la disposition de ce bien. Le gain en capital imposable représentera 50 % de la plus-value (45 000 $[51]). La portion non imposable augmente le CDC de l'entreprise au moment où le choix est effectué.

Puisque ce transfert s'effectue entre personnes ayant un lien de dépendance, le montant qui pourra être amorti à titre de MCIA sera de 100 000 $ plus la moitié de la plus-value[52], soit 145 000 $.

3.3.3.3. OpérationCo inc. rachète les actions détenues par Nouco

Immédiatement avant la fin d'année d'imposition d'OpérationCo inc., celle-ci rachète les 800 actions détenues par Nouco, en contrepartie d'un billet, entraînant ainsi un dividende imposable de 499 200 $[53]. Le dividende imposable permettra à OpérationCo inc. de récupérer son IMRTD au montant de 12 002 $[54]. Le paragraphe 55(2) L.I.R. ne s'appliquera pas puisque les actions ont un PBR équivalant à sa valeur de rachat.

3.3.3.4. Fin d'année d'imposition

OpérationCo inc. a sa fin d'année d'imposition régulière. Lors de la production de la déclaration de revenus d'OpérationCo inc., le revenu imposable sera de 60 000 $[55]. Le revenu d'entreprise sera de 15 000 $ et le revenu de placement sera de 45 000 $. Les impôts à payer seront de 28 221 $[56]. Le RTD sera de 12 002 $.

3.3.3.5. Nouco rachète les actions détenues par OpérationCo inc.

Nouco rachète les actions privilégiées détenues par OpérationCo inc., en contrepartie d'un billet, entraînant ainsi un dividende imposable. Le dividende imposable permettra à Nouco de récupérer son IMRTD au

---

51 *Supra*, note 23.

52 90 000 $ / 2 = 45 000 $.

53 500 000 $ (JVM) - 800 $ (CV) = 499 200 $.

54 Le moindre de 499 200 $ (dividendes imposables) / 3 = 166 400 $.

45 000 $ (revenu de placement) × 26,67 % = 12 002 $.

55 15 000 $ + 45 000 $ = 60 000 $.

56 (15 000 $ × 32,02 %) + (45 000 $ × 52,04 %) = 28 221 $.

montant de 12 002 $. Pour OpérationCo inc., le paragraphe 55(2) L.I.R. s'appliquera puisque les actions ont un PBR inférieur à sa valeur de rachat. Le gain en capital réputé sera de 228 994 $[57]. Les impôts à payer sur ce gain en capital seront de 59 585 $[58].

3.3.3.6. Disposition des actions de Nouco

À la suite de ces rachats, les billets entre OpérationCo inc. et Nouco seront compensés. M. Lafleur disposera des actions de Nouco en faveur de l'acheteur pour un montant de 500 000 $. Cette disposition n'entraînera aucune conséquence fiscale puisque le PBR des actions équivaut à sa JVM. Cette disposition entraînera une fin d'année pour Nouco. Nouco n'aura aucun impôt à payer. En effet, le RTD équivaudra à l'impôt de la Partie IV L.I.R. à payer.

3.3.3.7. OpérationCo inc. sera dissoute lorsque tous les avis de cotisation auront été reçus et que tous les éléments d'actif auront été réalisés et les dettes payées

Au moment de sa liquidation, un dividende provenant du CDC sera payable au montant de 37 194 $[59], soit le total des éléments d'actif net immédiatement avant la liquidation.

3.3.3.8. Encaissement net par M. Lafleur

À la suite de ces transactions, l'encaissement net par M. Lafleur sera de 537 194 $[60]. Ce scénario est très avantageux pour M. Lafleur. En effet, celui-ci encaissera 88 745 $ de plus que le scénario n° 2. Toutes ces transactions, incluant la liquidation d'OpérationCo inc., ont entraîné des impôts cumulatifs de 14,05 %[61].

---

57 500 000 $ (valeur de rachat) - 235 000 $ (PBR) - (3 × 12 002 $ (RTD)) = 228 994 $.

58 228 994 $ × 50 % × 52,04 % = 59 585 $.

59 995 000 $ (actif total) - 245 000 $ (créditeurs) - 125 000 $ (dettes) - 500 000 $ (disposition des éléments d'actif) - 28 221 $ (impôts à payer) - 59 585 $ (impôts à payer) = 37 194 $.

60 500 000 $ (produits de disposition des actions) + 37 194 $ (dividende du CDC) = 537 194 $.

61 (625 000 $ (JVM des actions) - 537 194 $ (encaissement net)) / 625 000 $ = 14,05 %.

Par contre, l'acheteur est désavantagé puisque celui-ci aura une base fiscale inférieure à la JVM des biens acquis. Celui-ci aura une perte d'économie fiscale de 41 257 $ en utilisant un taux de rendement de 6 % et un taux d'impôt de 32 02 %.

	Montant non amortissable ($)	**Perte d'économie fiscale ($)**
Immobilisations – équipements	10 000	2 463
Marque de commerce	45 000	5 819
Liste de clients	115 000	14 871
Achalandage	140 000	18 104
Total		41 257

L'encaissement net pour M. Lafleur a été calculé en fonction du fait qu'il n'y avait aucune réduction dans le prix de vente si ce scénario est utilisé. Il serait possible pour M. Lafleur de faire ce scénario en réduisant la JVM des éléments d'actif vendus par la perte d'économie fiscale (41 257 $), et ce scénario serait toujours plus avantageux.

3.4. TPS-TVQ

Lorsqu'une division d'une entreprise est vendue, il est parfois difficile de déterminer si l'article 167 de la *Loi sur la taxe d'accise*[62] en TPS et l'article 75 de la *Loi sur la taxe de vente du Québec*[63] en TVQ peuvent s'appliquer. Les choix prévus à ces articles peuvent être effectués lorsqu'il y a fourniture d'une entreprise ou d'une partie d'entreprise. Il faut donc qu'il y ait fourniture d'une partie d'entreprise ou de la totalité d'une entreprise *as a going concern*. L'objet de ces articles n'est pas de permettre une exemption lorsqu'il y a une vente d'éléments d'actif, mais plutôt lorsqu'il y a fourniture d'une unité opérationnelle que l'acquéreur peut commencer à exploiter le lendemain de son acquisition.

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

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

À cause des exigences, qu'il y ait fourniture d'au moins une partie d'entreprise, ces articles ne s'appliquent pas lorsqu'il y a simple vente des éléments d'actif. Lorsque le vendeur est inscrit, l'acquéreur doit être inscrit pour que les choix puissent être effectués. En vertu des paragraphes 167(1.1) L.T.A. en TPS et 75.1 L.T.V.Q. en TVQ, les choix doivent être produits par l'acquéreur inscrit au plus tard le jour où il est tenu de produire sa ou ses déclarations de taxes de vente.

Les articles 167 L.T.A. en TPS et 75 L.T.V.Q. en TVQ prévoient que la TPS et la TVQ ne s'appliquent pas à la fourniture de biens ou de services effectuée aux termes d'une entente lorsqu'une personne fournit la totalité ou une partie de l'entreprise qu'elle a établie ou exploitée et que l'entente prévoit que l'acquéreur acquiert la propriété, la possession ou l'utilisation de la totalité, ou presque, des biens qu'il est raisonnable de considérer comme nécessaires à l'exploitation par l'acquéreur de l'entreprise ou de la partie d'entreprise.

L'ARC a émis l'*Énoncé de politique* P-188[64] et Revenu Québec, son *Bulletin d'interprétation* TVQ. 75-1[65] pour établir les critères dans la fourniture de la totalité ou d'une partie de l'entreprise. Aux fins de ces articles, les critères de lieu, livres et registres distincts, achalandage, distinction des biens et cohérence ont été retenus à titre d'éléments afin de déterminer s'il y a vente de toute une entreprise ou d'une partie de celle-ci.

Ces facteurs ne sont pas cumulatifs. Ils constituent des indices pour déterminer si la totalité ou la presque totalité des biens utilisés dans le cadre de l'activité commerciale représente la totalité ou une partie de l'entreprise. Ainsi, la division occupe-t-elle des lieux distincts, les livres et les registres sont-ils tenus distinctement, les biens doivent être identifiés afin de déterminer s'ils servent à une seule activité ou non, l'activité est-elle traitée séparément dans un contexte autre que celui des taxes de vente?

Si, majoritairement ou en grande partie, vous avez répondu non à ces critères, il n'y aura pas fourniture de la totalité ou d'une partie de l'entreprise, mais la transaction représentera plutôt la simple vente d'éléments d'actif. La transaction sera assujettie aux taxes de vente. Le

---

64 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Énoncé de politique* P-188, « Fourniture de tout ou partie d'une entreprise pour l'application du choix prévu au paragraphe 167(1) », 25 octobre 1995.

65 REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* TVQ. 75-1, « Transfert de la totalité ou d'une partie d'une entreprise », 30 novembre 1992.

vendeur percevra les taxes de vente et l'acheteur aura droit aux crédits de taxes de vente si l'utilisation des éléments d'actif est principalement pour l'activité commerciale.

4. RELATIONS AVEC LES EMPLOYÉS

4.1. L'ENTREPRISE ET SON ALIÉNATION

- En droit du travail, l'entreprise se définit comme étant un ensemble organisé suffisant de moyens qui permettent substantiellement la poursuite en tout ou en partie d'activités précises.

- L'aliénation est la transmission volontaire du droit de propriété; pour qu'il y ait aliénation d'entreprise au sens des règles qui suivent, il doit y avoir continuité de l'entreprise du vendeur chez l'acquéreur, ce qui implique qu'on doit retrouver suffisamment d'éléments matériel, humain et intellectuel de l'entreprise du vendeur chez l'acquéreur.

4.2. CESSATION D'EMPLOI

- L'aliénation d'une entreprise ne met pas fin aux contrats d'emploi (art. 2097 C.c.Q.); l'acquéreur est lié par ces contrats.

- L'aliénation d'une entreprise ne modifie pas la continuité de l'application des normes du travail (art. 97 de la *Loi sur les normes du travail*[66]).

- La combinaison de ces deux articles permet à l'employé comptant deux années de service ou plus de contester sa cessation d'emploi dans le cadre d'une aliénation d'entreprise (art. 124 L.N.T.).

- Si l'employeur ne peut convaincre la Commission des relations du travail (ci-après « Commission ») d'une cause juste et suffisante de congédiement, la Commission pourra ordonner la réintégration de l'employé dans l'entreprise et cette décision s'imposera au nouveau propriétaire.

- Si le motif de la cessation d'emploi est une réorganisation ou encore la fermeture d'une partie de l'entreprise, la Commission examinera s'il y a

---

66 L.R.Q., c. N-1.1 et mod. (ci-après « L.N.T. »).

véritablement eu réorganisation ou fermeture et s'il s'agit du véritable motif de la cessation d'emploi; si la Commission en est convaincue, la plainte de l'employé sera rejetée.

4.3. CONTINUITÉ DES NORMES DU TRAVAIL

- Les années de service acquises chez le vendeur se continuent chez l'acquéreur.

- Il y a effet sur la durée du congé annuel (trois semaines après cinq ans de service) et sur la durée de préavis de cessation d'emploi.

4.4. CONVENTION DE NON-CONCURRENCE

- Compte tenu de l'article 2097 C.c.Q., qui prévoit le maintien du contrat d'emploi lors de l'aliénation de l'entreprise, la convention de non-concurrence intégrée au contrat d'emploi sera alors maintenue.

PROBLÉMATIQUES D'ORDRE COMPTABLE LIÉES À L'ACQUISITION D'UNE ENTREPRISE

Hugues Lachance
CA
KPMG s.r.l./s.e.n.c.r.l.

Nathalie Labelle
CA
KPMG s.r.l./s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 4:3

1. ACHAT D'ACTIFS 4:3

1.1. REGROUPEMENT D'ENTREPRISES ET UNITÉ ÉCONOMIQUE 4:3
1.2. DÉFINITION D'UNE UNITÉ ÉCONOMIQUE ET NOTION D'ENTREPRISE 4:4
1.2.1. Aspect comptable – Unité économique 4:4
1.2.2. Aspect fiscal – Notion d'entreprise 4:5
1.3. ACHAT D'ÉLÉMENTS D'ACTIF CONSTITUANT UN REGROUPEMENT D'ENTREPRISES 4:6
1.3.1. Méthode de l'acquisition 4:6
1.3.2. Identification des actifs incorporels acquis 4:6
1.3.3. Conséquences fiscales 4:9
1.4. ACHAT D'ÉLÉMENTS D'ACTIF NE CONSTITUANT PAS UN REGROUPEMENT D'ENTREPRISES 4:10
1.4.1. Conséquences comptables 4:10

1.4.2. Impôts futurs 4:11
1.4.3. Conséquences fiscales 4:11

2. ACHAT D'ACTIONS 4:11

2.1. MÉTHODES DE COMPTABILISATION 4:11
2.2. EXEMPLES 4:13
2.2.1. Répartition du coût d'acquisition 4:13
2.2.2. Impôts futurs 4:14
2.2.3. Aspects fiscaux résultant d'un regroupement d'entreprises 4:15
2.2.4. Échanges de participations entre des entreprises sous contrôle commun 4:18

CONCLUSION 4:20

INTRODUCTION

L'objectif du présent texte est d'analyser certains problèmes comptables résultant de l'acquisition d'une entreprise. Nous verrons également que l'application de certaines de ces règles comptables peuvent influencer le traitement fiscal ou vice-versa. Bien que la fiscalité au Canada soit d'abord et avant tout une question de droit, il n'est pas rare de faire face à des situations conflictuelles entre le traitement comptable et fiscal d'une transaction. Il faut comprendre que le traitement comptable d'une opération ou d'une série d'opérations est davantage fondé sur la substance économique que sur les relations juridiques des dites opérations.

Nous évaluerons certaines conséquences fiscales découlant du regroupement d'entités juridiques distinctes, notamment les effets sur le calcul de la taxe sur le capital. Nous présenterons, à titre d'exemples, les effets comptables résultant du regroupement d'entreprises que ce soit sous forme d'achat d'actifs ou d'achat d'actions.

1. ACHAT D'ACTIFS

1.1. REGROUPEMENT D'ENTREPRISES ET UNITÉ ÉCONOMIQUE

Lors d'une transaction d'achat d'actifs, la méthode qui sera utilisée pour comptabiliser les actifs aux livres de l'acquéreur dépendra s'il s'agit ou non d'un regroupement d'entreprises au sens du chapitre 1581 – Regroupements d'entreprises du *Manuel de l'ICCA*[1]. Il est important de noter qu'un regroupement d'entreprises peut survenir même si l'une des parties au regroupement n'a pas la personnalité morale. En fait, le chapitre 1581 s'applique indifféremment de la structure juridique de la transaction et de la nature de la contrepartie :

> « Le présent chapitre s'applique indifféremment aux opérations par lesquelles une ou plusieurs entreprises s'unissent par fusion ou deviennent des filiales, aux opérations par lesquelles une entreprise cède un actif net ou ses propriétaires cèdent leurs titres de capitaux propres à une autre entreprise, ou aux opérations par lesquelles toutes les entreprises concernées cèdent un actif net ou leurs propriétaires cèdent leurs titres de capitaux propres à une entreprise nouvellement créée. Ces opérations constituent toutes des regroupements d'entreprises, que la contrepartie soit donnée sous la forme de trésorerie, d'autres actifs, d'une unité économique ou d'une filiale de l'entreprise, de titres

[1] INSTITUT CANADIEN DES COMPTABLES AGRÉÉS, *Manuel de l'ICCA*, vol. I, Toronto, ICCA (ci-après « *Manuel de l'ICCA* »).

> de créance, d'actions ordinaires ou privilégiées ou d'autres titres de capitaux propres, ou d'une combinaison de ces diverses formes de contrepartie, ou que les anciens propriétaires de l'une des entreprises parties au regroupement conservent ou obtiennent, en tant que groupe, la majorité des droits de vote de l'entreprise issue du regroupement. L'échange d'une unité économique pour une autre constitue également un regroupement d'entreprises[2]. »

Afin d'établir la présence d'un regroupement d'entreprises, il convient de déterminer si l'actif net acquis constitue une unité économique[3].

1.2. DÉFINITION D'UNE UNITÉ ÉCONOMIQUE ET NOTION D'ENTREPRISE

1.2.1. Aspect comptable – Unité économique

Selon l'Abrégé des délibérations du Comité sur les problèmes nouveaux[4], une unité économique est définie comme étant un ensemble intégré et autonome d'activités exercées et d'actifs gérés dans le but de procurer un rendement à des investisseurs. Elle consiste en : a) des intrants, b) des processus appliqués à ces intrants et c) les extrants qui en résultent[5], utilisés pour générer des produits. Pour qu'un ensemble d'activités et d'actifs cédés puisse être considéré comme une unité économique, il doit comporter la totalité des intrants et des processus nécessaires pour pouvoir continuer d'être exploité normalement une fois que l'ensemble a été isolé par rapport au cédant, ce qui implique la capacité de générer des rentrées continues en fournissant ses extrants aux clients.

Pour déterminer si un ensemble d'activités et d'actifs cédés constitue ou non une unité économique, il faut suivre un processus en trois étapes. Premièrement, il faut identifier les éléments compris dans l'ensemble cédé. Deuxièmement, il faut comparer les éléments identifiés dans l'ensemble cédé avec la totalité des éléments nécessaires pour que l'ensemble cédé puisse continuer d'être exploité normalement afin de relever les éléments manquants, le cas échéant. Troisièmement, lorsqu'il manque des éléments, il faut évaluer si les éléments manquants amènent à conclure que l'ensemble cédé ne constitue pas une unité économique. Cette évaluation est fondée sur le degré de difficulté que présente l'accès aux éléments manquants ou leur acquisition et sur le niveau d'investissement que cela nécessite (par rapport à

---

2 *Id*., par. 1581.07.

3 *Id*., al.1581.06 a).

4 *Id.*, CPN-124 – Définition d'une unité économique.

5 *Id*., al. 1581.06 a).

la juste valeur de l'ensemble cédé). Lorsque le degré de difficulté que présente l'accès aux éléments manquants ou leur acquisition et le niveau d'investissement que cela nécessite n'est pas significatif, les éléments manquants sont considérés comme secondaires et leur absence n'amène pas à conclure que l'ensemble cédé ne constitue pas une unité économique. Cette évaluation dépend notamment des faits et des circonstances propres à chaque cas.

1.2.2. Aspect fiscal – Notion d'entreprise

D'un point de vue fiscal, la notion d'unité économique n'existe pas. Il faut plutôt regarder si l'ensemble des éléments d'actif acquis peut constituer une entreprise[6]. La définition d'une entreprise est importante à plusieurs égards et la définition de celle-ci au paragraphe 248(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[7] est plutôt limitée. Elle pourra influencer le traitement fiscal des biens tangibles et intangibles acquis (notamment à l'égard des catégories fiscales pour les fins du calcul de l'amortissement et de la récupération éventuelle[8] et du calcul du montant cumulatif des immobilisations admissibles[9]). S'il s'agit d'une acquisition d'actions, il faudra s'interroger sur la possibilité d'utiliser les pertes et autres attributs fiscaux de l'entreprise acquise[10]. L'objet du présent texte n'étant pas de faire une évaluation exhaustive des conséquences fiscales reliées à l'acquisition d'une entreprise, nous nous limiterons plutôt à comprendre s'il y a acquisition d'une entreprise lorsque des éléments d'actif sont acquis et nous évaluerons certaines questions fiscales résultant de la comptabilisation d'une réorganisation, notamment à l'égard de l'allocation du prix d'achat, de la déduction des intérêts et de la taxe sur le capital.

---

6 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-209, « Entreprise distincte », 29 octobre 1979.

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

8 *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., 1978, c. 945 et mod. (ci-après « R.I.R. »), par. 1101(1).

9 Le calcul de la dépense en immobilisation admissible en vertu de l'article 14 L.I.R. doit se faire pour chacune des entreprises distinctes du contribuable.

10 David N. FINKELSTEIN et Margaret NIXON, « Takeovers », dans *2004 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2005, pp. 21:1-59; François AUGER, « Impacts des règles d'acquisition de contrôle », dans *Colloque – Achat/vente d'une PME – Planification fiscale pour l'acheteur et le vendeur*, 103, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2001, pp. 4:1-49.

1.3. ACHAT D'ÉLÉMENTS D'ACTIF CONSTITUANT UN REGROUPEMENT D'ENTREPRISES

1.3.1. Méthode de l'acquisition

Les actifs acquis et les passifs pris en charge lors d'un regroupement d'entreprises doivent être comptabilisés aux livres de l'acquéreur selon la méthode de l'acquisition. Cette méthode requiert que l'acquéreur attribue une fraction du coût total d'acquisition à tous les éléments de l'actif acquis dans le cadre du regroupement d'entreprises, qu'ils soient ou non constatés dans les états financiers de l'entreprise acquise, en fonction de la juste valeur de ces éléments à la date d'acquisition, exception faite de tout écart d'acquisition et des impôts futurs constatés par l'entreprise acquise avant l'acquisition. L'excédent du coût d'acquisition sur le montant net des valeurs attribuées aux éléments de l'actif acquis est constaté à titre d'élément d'actif appelé écart d'acquisition.

1.3.2. Identification des actifs incorporels acquis

Il est habituellement simple d'identifier des actifs corporels tels que des stocks et des immobilisations corporelles. Toutefois, une attention particulière doit être portée à l'identification des actifs incorporels acquis, puisque ce ne sont pas tous les actifs incorporels qui doivent être constatés séparément de l'écart d'acquisition. L'acquéreur ne comptabilisera distinctement que les actifs incorporels :

a) qui résultent de droits contractuels ou légaux (que ces droits soient transférables ou non, ou qu'ils soient séparables ou non de l'entreprise acquise ou d'autres droits et obligations); ou

b) dont l'actif est séparable ou dissociable de l'entreprise acquise et peut être vendu ou faire l'objet d'une cession, d'une licence, d'un contrat de location ou d'un échange (indépendamment de toute intention à cet égard).

Voici des exemples d'actifs incorporels acquis dans le cadre d'un regroupement d'entreprises qui répondent aux critères retenus pour les constater séparément de l'écart d'acquisition[11] :

---

[11] INSTITUT CANADIEN DES COMPTABLES AGRÉÉS, *op. cit.*, note 1, par. 1581.A18 et suiv. – Regroupement d'entreprises. Les actifs accompagnés du symbole (*) sont ceux qui sont constatés séparément de l'écart d'acquisition parce qu'ils répondent au

(à suivre…)

Actifs incorporels liés au marketing :

a) marques de commerce, noms commerciaux[*];

b) marques de service, marques collectives, marques de certification[*];

c) présentation commerciale (couleur, forme ou conception d'emballage unique)[*];

d) blocs-génériques de journaux[*];

e) noms de domaine Internet[*];

f) conventions de non-concurrence[*].

Actifs incorporels liés à la clientèle :

a) listes de clients[†];

b) carnets de commandes[*];

c) contrats conclus avec des clients et les relations clients qui en découlent[*];

d) relations clients de nature non contractuelle[†].

Actifs incorporels fondés sur des contrats :

a) conventions de licence, accords de redevances, pactes de non-agression (*standstill agreements*)[*];

b) contrats de publicité, de construction, d'administration, de services ou d'approvisionnement[*];

c) contrats de location[*];

d) permis de construction[*];

(…suite)

critère de l'alinéa 1581.48 a). (Il se peut que les actifs incorporels accompagnés du symbole (*) répondent aussi au critère de l'alinéa 1581.48 b). Toutefois, ce critère ne doit pas obligatoirement être atteint pour qu'un actif réponde au critère de l'alinéa 1581.48 a).) Les actifs accompagnés du symbole (†) ne résultent pas de droits contractuels ou légaux, mais ils sont néanmoins constatés séparément de l'écart d'acquisition parce qu'ils répondent au critère de l'alinéa 1581.48 b). La question de savoir si un actif incorporel acquis répond aux critères du paragraphe 1581.48, et est donc à constater séparément de l'écart d'acquisition, dépend des faits et des circonstances propres à chaque regroupement d'entreprises.

e) contrats de franchise*;

f) droits d'exploitation et de diffusion*;

g) certains droits d'usage*;

h) contrats de gestion, par exemple, contrat de gestion d'emprunts hypothécaires*;

i) contrats de travail*.

Actifs incorporels fondés sur la technologie :

a) technologies brevetées*;

b) logiciels*;

c) technologies non brevetées†;

d) bases de données†;

e) secrets commerciaux, par exemple, formules, recettes et procédés secrets*.

1.3.2.1. Exemple – Achat d'éléments d'actif constituant un regroupement d'entreprises

Acquisico achète tous les éléments de l'actif et du passif d'une tierce partie pour un montant total de 6 000 $. L'attribution du coût total d'acquisition se fait de la façon suivante :

Actifs acquis	
Comptes à recevoir	2 000 $
Inventaire	3 000 $
Immobilisations	2 000 $
Brevet et marque de commerce	2 000 $
Écart d'acquisition	1 000 $
Passifs assumés	
Comptes à payer	(4 000 $)
Juste valeur de l'actif net acquis	5 000 $
Prix payé	6 000 $
Écart d'acquisition	1 000 $[12]

[12] L'écart d'acquisition ne sera pas amorti mais fera plutôt l'objet d'un test annuel de dépréciation.

La différence entre la valeur nette comptable des actifs et passifs identifiables et le prix payé doit être alloué aux actifs intangibles et le solde à l'écart d'acquisition.

Bilan de l'acquéreur (Acquisico) Avant l'acquisition		**Bilan de l'acquéreur (Acquisico)** Après l'acquisition	
ACTIF		**ACTIFS**	
Encaisse	6 000 $	Comptes à recevoir	2 000 $
		Inventaires	3 000 $
		Immobilisations	2 000 $
		Brevets et marque de commerce	2 000 $
		Écart d'acquisition	1 000 $
			10 000 $
PASSIF et AVOIR		**PASSIF et AVOIR**	
Dette	4 000 $	Comptes à payer	4 000 $
Capital-actions	2 000 $	Dette	4 000 $
	6 000 $	Capital-actions	2 000 $
			10 000 $

1.3.3. Conséquences fiscales

L'allocation du prix d'achat entre les différents actifs tangibles et intangibles entraînera des conséquences directes sur le calcul du revenu imposable de la société. Il devient alors judicieux de revoir attentivement les actifs acquis et d'évaluer le traitement fiscal de ceux-ci. L'acheteur voudra généralement maximiser ses déductions fiscales et par conséquent valoriser autant que possible les actifs qui s'amortissent rapidement. Généralement les objectifs de l'acheteur seront défavorables pour le vendeur. Le vendeur désirera allouer une partie plus importante du prix d'achat aux actifs intangibles qui peuvent représenter un montant en immobilisations admissibles[13]. L'achalandage, les listes de clients, les marques de commerce, brevets, franchises et permis, frais de constitution en société, de réorganisation ou de fusion peuvent être traités comme des montants en immobilisations admissibles. Certaines de ces dépenses peuvent cependant être déduites plus rapidement selon les circonstances. Entre autres, les brevets et permis de durée limitée[14] peuvent être déduits sur leur durée de vie

---

[13] Par. 14(5) L.I.R. et AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-143R3, « Sens de l'expression "dépense en capital admissible" », 29 août 2002.

[14] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-477 (consolidé), « Déductions pour amortissement - Brevets, concessions et permis », 23 octobre 2001.

utile. Les frais de réorganisation sont généralement des dépenses de nature capital, cependant il est nécessaire de passer en revue les divers frais engagés afin de maximiser leur déduction. Les frais d'honoraires professionnels ou de courtiers pourraient être déductibles dans certains cas selon des décisions rendues par la Cour canadienne de l'impôt[15].

Il est intéressant de noter que le *Manuel de l'ICCA* mentionne spécifiquement la convention de non-concurrence. Le revenu découlant d'un engagement de non-concurrence ou d'autres engagements découlant d'une clause restrictive[16] est visé par le nouvel article 56.4 L.I.R., non encore sanctionné au moment de la rédaction du présent texte.

Il faut également faire attention à tout montant pouvant représenter un passif éventuel. Un tel passif peut faire partie du produit de disposition du vendeur et l'acquéreur pourrait ne pas pouvoir prendre une déduction immédiate[17].

1.4. ACHAT D'ÉLÉMENTS D'ACTIF NE CONSTITUANT PAS UN REGROUPEMENT D'ENTREPRISES

1.4.1. Conséquences comptables

Dans le cadre d'un achat d'éléments d'actif ne constituant pas un regroupement d'entreprises, les actifs corporels et incorporels identifiés seront également comptabilisés aux livres de l'acquéreur en effectuant une répartition du prix payé entre les différents éléments d'actif acquis, et ce, en fonction de leur juste valeur individuelle. Même si la méthode utilisée ressemble beaucoup à la méthode de l'acquisition, elle comporte deux différences notables : a) la main-d'œuvre en poste acquise dans une transaction ne constituant pas un regroupement d'entreprises doit être considérée comme un actif incorporel distinct alors qu'elle n'est pas

---

15 *International Colin Energy* c. *La Reine*, 2002 D.T.C. 2185 (C.C.I.); *BJ Services Company* c. *La Reine*, 2004 D.T.C. 2032 (C.C.I.).

16 CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives et notes explicatives concernant l'imposition des fiducies non résidentes et des entités de placement étrangères et d'autres modifications techniques de la* Loi de l'impôt sur le revenu, 18 juillet 2005, par. 70(1), pp. 151 à 155.

17 Pour une discussion sur le traitement fiscal des passifs éventuels, voir le texte suivant : Manon THIVIERGE, « Planning for the Purchase or Sale of a Business », dans *2005 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2006, pp. 10:1-34, aux pages 10:21-30.

constatée séparément de l'écart d'acquisition lors d'un regroupement d'entreprises et b) aucun écart d'acquisition ne peut être constaté.

1.4.2. Impôts futurs

Le chapitre 3465 – Impôts sur les bénéfices du *Manuel de l'ICCA*[18] prévoit qu'une entreprise comptabilise immédiatement l'incidence fiscale qui résulterait de la réalisation de ses actifs ou du règlement de ses passifs pour leur valeur comptable. Lorsqu'il existe des écarts entre la juste valeur attribuée aux actifs et aux passifs acquis lors de la répartition du prix d'achat et leurs valeurs fiscales correspondantes, et que ces écarts donnent lieu à des écarts temporaires imposables ou déductibles, il convient de constater des passifs ou actifs d'impôts futurs afin de déterminer le montant final de l'écart d'acquisition. Notons toutefois que l'écart temporaire imposable provenant de la différence entre la valeur comptable de l'écart d'acquisition et sa valeur fiscale qui génèrerait normalement un passif d'impôts futurs ne doit pas être comptabilisé.

Lorsqu'un actif est acquis autrement que dans le cadre d'un regroupement d'entreprises et que sa valeur fiscale est inférieure à sa valeur comptable, les impôts futurs doivent être ajoutés directement au coût de l'actif.

1.4.3. Conséquences fiscales

Les conséquences fiscales d'un achat d'actifs ne représentant pas une entreprise entraînent généralement moins de problèmes à l'égard de l'allocation du prix d'achat car le nombre et le genre d'actifs acquis est moins important. Malgré tout, les commentaires énoncés à la section 1.3.3. restent toujours pertinents.

2. ACHAT D'ACTIONS

2.1. MÉTHODES DE COMPTABILISATION

Lors de l'acquisition de titres de capitaux propres d'une entreprise qui confèrent le contrôle de celle-ci à l'acquéreur, ce dernier inscrit à l'actif de la société le prix payé au titre d'une « participation » dans une nouvelle filiale.

---

[18] INSTITUT CANADIEN DES COMPTABLES AGRÉÉS, *op. cit.*, note 1, par. 3465.22 – Impôts sur les bénéfices.

Toutefois, le chapitre 1580 du *Manuel de l'ICCA*[19] prévoit qu'une société consolide toutes ses filiales lorsqu'elle prépare ses états financiers, comme si la société mère et ses filiales ne constituaient qu'une seule entité économique, bien qu'elles constituent des entités juridiques distinctes. L'établissement des états financiers consolidés de la société mère et des filiales consiste à intégrer, ligne par ligne, les états financiers de ces sociétés (c'est-à-dire à additionner un par un les postes correspondants de l'actif, du passif, des produits et des charges), tout en éliminant les opérations intersociétés et les soldes réciproques[20].

Aux fins de l'établissement des états financiers consolidés, le compte « participation » de la société mère doit être remplacé par les éléments d'actif de la filiale aux valeurs attribuées, à la date d'acquisition, en vertu des dispositions du chapitre 1581 – Regroupements d'entreprises du *Manuel de l'ICCA*. Ainsi, la comptabilisation des actifs acquis dans le cadre d'un achat d'actions lors de la consolidation de la filiale dans sa société mère s'effectuera généralement selon la méthode de l'acquisition (voir la section 1.3.1.), à moins, bien sûr, que l'entreprise acquise ne constitue pas une unité économique. Dans une telle situation, les actifs acquis seront comptabilisés dans les états financiers consolidés de la société de la même façon que s'il s'agissait de l'achat d'actifs ne constituant pas un regroupement d'entreprises (voir la section 1.4.).

Il est aussi possible que les actifs et les passifs dans les états financiers individuels de l'entreprise acquise puissent faire l'objet d'une réévaluation intégrale à la suite d'une acquisition, si certaines conditions étaient remplies[21]. Ce traitement résultera en une augmentation de la taxe sur le capital.

---

[19] *Id.*, par.1600.03 – États financiers consolidés.

[20] *Id.*, par. 1590.03 – Filiales

a) Filiale : entreprise contrôlée par une autre entreprise (la société mère) qui a le droit et la capacité de retirer des avantages économiques futurs des ressources de l'entreprise contrôlée et qui assume les risques qui s'y rattachent.

b) Contrôle : pouvoir de définir, de manière durable et sans le concours de tiers, les politiques stratégiques d'une entreprise en matière d'exploitation, d'investissement et de financement.

[21] *Id.*, par. 1625.04 – Réévaluation intégrale des actifs et des passifs.

Pour que les actifs et les passifs d'une entreprise puissent faire l'objet d'une réévaluation intégrale, il faut que les conditions suivantes soient remplies :

(à suivre…)

Lorsqu'un acquéreur procède à l'identification des actifs qu'il a acquis, il doit aussi tenir compte des avantages fiscaux susceptibles de revenir à l'acquéreur dans l'avenir, telles que des pertes fiscales inutilisées par exemple, et ce, même si ces montants ne sont pas rattachés à des éléments d'actif ou de passif déjà comptabilisés.

Notons que des états financiers individuels non consolidés de la société mère sont préparés lorsque certaines circonstances l'exigent, par exemple, lorsqu'il s'agit de produire une déclaration fiscale.

2.2. EXEMPLES

2.2.1. Répartition du coût d'acquisition

La société Acquisico se propose d'acheter la totalité des actions de la société Cibleco pour 6 000 $. La valeur nette comptable de Cibleco est 3 000 $.

Bilan de la société cible (Cibleco)

Actifs	7 000 $
Passifs	4 000 $
Capital-actions	3 000 $
	7 000 $

(…suite)

a) ou bien la totalité ou la quasi-totalité des titres de participation de l'entreprise ont été acquis, dans le cadre d'une ou de plusieurs opérations conclues entre des parties non apparentées, par un acquéreur qui prend ainsi le contrôle de l'entreprise;

b) ou bien l'entreprise a fait l'objet d'une réorganisation financière à la suite de laquelle le contrôle de l'entreprise a changé de mains; et, dans l'un ou l'autre cas, les nouvelles valeurs comptables peuvent être déterminées avec suffisamment de précision.

Bilan non consolidé de l'acquéreur Acquisico Avant l'acquisition		**Bilan consolidé de l'acquéreur** Acquisico Après l'acquisition	
ACTIF		**ACTIFS**	
Encaisse	6 000 $	Actifs	7 000 $
		Intangibles	2 000 $
		Écart d'acquisition	1 000 $
			10 000 $
PASSIF et AVOIR		**PASSIFS et AVOIR**	
Dette	4 000 $	Passifs	4 000 $
Capital-actions	2 000 $	Dette	4 000 $
	6 000 $	Capital-actions	2 000 $
			10 000 $

2.2.2. Impôts futurs

Les écarts entre le coût fiscal des actifs et des passifs acquis et leur valeur comptable détermineront le montant des impôts futurs à comptabiliser à l'égard de la transaction d'acquisition. L'écart d'acquisition ne donne pas lieu à la comptabilisation d'impôts futurs (sauf s'il est déductible fiscalement). Les pertes fiscales inutilisées font partie des actifs acquis et doivent être comptabilisées si les critères énoncées dans le *Manuel de l'ICCA* le permettent.

Exemple simplifié de calcul de l'impôt futur à l'égard de l'actif net acquis (à partir des données de l'exemple de la section 1.3.2.1.) :

Juste valeur de l'actif net acquis (avant impôts)	5 000 $
Passif d'impôts futurs	
2 000 × 75 % × 32,02[22]	480 $
Juste valeur de l'actif net acquis après impôts	4 520 $
Prix payé	6 000 $
Écart d'acquisition	1 480 $

[22] Le taux d'impôt tient compte du taux général d'impôt fédéral de 22,12 % et du taux d'impôt du Québec de 9,9 %. Il n'est pas tenu compte de la déduction pour petite entreprise.

2.2.3. Aspects fiscaux résultant d'un regroupement d'entreprises

L'utilisation d'une société de gestion Acquisico pour faire l'acquisition d'une société ne résulte pas, en soi, en une augmentation du capital versé[23] pour les fins du calcul de la taxe sur le capital. Généralement, le capital versé d'Acquisico comprendra des emprunts et le capital-actions émis pour financer une acquisition. En théorie, cette augmentation du capital versé sera compensée par le coût du placement dans Acquisico. Tant que les dettes d'Acquisico ne sont pas transférées à Cibleco, le capital versé de Cibleco devrait être le même avant et après l'acquisition.

La liquidation[24] ou la fusion[25] peut entraîner un coût important à l'égard de la taxe sur le capital à la suite de l'élimination de la déduction pour placement découlant de la participation de la société mère dans la filiale[26]. Malgré l'élimination progressive de l'impôt des grandes sociétés[27] et de la taxe sur le capital de l'Ontario[28], le Québec continue de prélever une taxe sur le capital[29]. La taxe sur le capital est calculée en fonction du capital versé montré aux états financiers. Ce capital versé correspond généralement à la somme du capital-actions, des bénéfices non répartis et des passifs à long

---

23 *Loi sur les impôts*, L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »), art. 1136.

24 Par. 88(1) L.I.R.

25 Art. 87 L.I.R.

26 Gabe HAYOS et Tony SWIDERSKI, « Unwinding Sandwich Structures: Food for Thought », dans *2002 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2003, pp. 21:1-63, aux pages 21:4-6; Marie-Andrée CÔTÉ, Richard GAGNÉ, Jean-Luc FRÉCHETTE et Catherine LAPOINTE, « Étude de cas B – Achat d'une entreprise », dans *Congrès 2003*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2004, pp. 60:1-122, aux pages 60:76-80; Richard GAGNÉ, « Éléments de planification à considérer », dans *Colloque – La taxe sur le capital : où en sommes-nous?*, 127, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2003, pp. 6:1-18.

27 Art. 181.1 L.I.R. L'impôt fédéral des grandes sociétés est éliminé pour les années d'imposition se terminant après le 1er janvier 2006.

28 Le ministre des Finances de l'Ontario a annoncé qu'il entendait éliminer progressivement la taxe sur le capital de cette province.

29 Le taux de la taxe sur le capital du Québec est réduit progressivement. Le taux de 2006 est de 0,52 % et passera à 0,49 % en 2007, 0,36 % en 2008 et 0,29 % en 2009 et les années suivantes.

terme moins les « placements admissibles »[30]. Ces derniers comprennent notamment les actions et les avances d'autres sociétés.

Si Acquisico et Cibleco fusionnent (ou si Cibleco est liquidée), le montant de la taxe sur le capital devrait augmenter en raison de l'application des règles comptables. Ces règles exigent que les éléments de l'actif et du passif de Cibleco soient comptablisés à leur juste valeur déterminée au moment de l'acquisition. La différence entre le prix d'achat de Cibleco et la valeur nette comptable des actifs et passifs sera alors reconnue aux états financiers de l'entité fusionnée[31]. Acquisico perdra son placement admissible dans Cibleco et ce placement sera remplacé par l'ensemble des actifs et passifs de Cibleco, lesquels seront généralement des actifs et passifs d'exploitation et les actifs ne seront pas pour la plupart des actifs admissibles à la déduction pour placement (par exemple, l'achalandage et autres actifs intangibles ne sont pas des actifs admissibles à la déduction pour placement).

Le regroupement d'Acquisico et Cibleco peut être nécessaire afin d'apparier les bénéfices d'exploitation avec la dépense d'intérêt engagée par Acquisico sur des emprunts ayant servi à financer l'acquisition[32]. De plus, la fusion des deux entités ou la liquidation de Cibleco peut permettre de majorer le coût fiscal d'un bien de Cibleco[33]. Il faudrait donc évaluer les avantages de la majoration du coût fiscal d'un bien en rapport avec le coût additionnel de taxe sur le capital.

---

30 Art. 1138 L.I.

31 Le même résultat est obtenu si Cibleco avait été liquidée dans Acquisico.

32 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-533, « Déductibilité de l'intérêt et questions connexes », 30 octobre 2003, par. 21.

33 Par. 87(11) ou al. 88(1)d) L.I.R.

Bilan non consolidé de l'acquéreur Acquisico Après l'acquisition mais **avant** fusion ou liquidation de Cibleco		**Bilan consolidé de l'acquéreur** Acquisico Après l'acquisition et **après** fusion ou liquidation de Cibleco	
ACTIF		**ACTIFS**	
Placement	6 000 $	Actifs	7 000 $
		Intangibles	2 000 $
		Écart d'acquisition	1 000 $
			10 000 $
PASSIF et AVOIR		**PASSIFS et AVOIR**	
Dette	4 000 $	Passifs	4 000 $
Capital-actions	2 000 $	Dette	4 000 $
	6 000 $	Capital-actions	2 000 $
			10 000 $

On remarque que le placement de 6 000 $ d'Acquisico dans Cibleco est par ailleurs remplacé, après la fusion des deux entités ou la liquidation de Cibleco, par des actifs non admissibles à la déduction pour placements[34]. La dépense d'intérêts engagée sur la dette d'Acquisico sera cependant appariée avec le bénéfice d'exploitation de Cibleco.

2.2.3.1. Problématique de financement

L'accès à la majoration du coût fiscal d'un bien doit également être évalué en rapport avec la possibilité de transférer les emprunts d'Acquisico dans Cibleco. Tel qu'il a été mentionné précédemment, ce transfert permet d'apparier le revenu et la dépense d'intérêts. Il existe différentes planifications possibles pour optimiser la déduction des intérêts sans toutefois augmenter le coût de la taxe sur le capital.

Par exemple, le vendeur pourrait incorporer une nouvelle société, Nouco, préalablement à la vente et transférer Cibleco à Nouco à la juste valeur en échange d'un billet portant intérêts (dont la valeur nette comptable sera généralement élevée) et d'actions. Nouco comptabilisera le placement à la valeur nette comptable. Le transfert ne donnera pas lieu à une majoration comptable des actifs et passifs dans les états financiers non consolidés de Nouco et Cibleco[35]. Nouco et Cibleco fusionnent afin d'apparier la dépense

---

[34] Art. 1138 L.I.

[35] INSTITUT CANADIEN DES COMPTABLES AGRÉÉS, *op. cit.*, note 1, chap. 3840 – Opérations entre apparentés et CPN-89 – Échanges de participations entre personnes sous contrôle commun – filiales en propriété exclusive ou partielle.

d'intérêts avec les bénéfices d'exploitation de Cibleco[36]. Immédiatement après, le vendeur cède le billet et les actions de la société fusionnée à Acquisico. La société fusionnée sera endettée envers Acquisico et cette dernière sera endettée envers un prêteur non lié en prenant pour hypothèse qu'Acquisico a financé l'acquisition par emprunt. Un tel arrangement ne permet pas une majoration du coût fiscal des biens de Cibleco selon l'alinéa 88(1)d) ou le paragraphe 87(11) L.I.R.

S'il n'est pas possible d'obtenir la coopération du vendeur, Acquisico peut toujours planifier l'acquisition de Cibleco afin d'apparier la dépense d'intérêts sur l'emprunt avec les bénéfices d'exploitation de Cibleco et minimiser les conséquences sur le capital versé. Acquisico emprunte et acquiert les actions de Cibleco. Acquisico utilise une filiale déjà existante ou incorpore la nouvelle société Nouco. Nouco acquiert les actions de Cibleco en échange d'un billet portant intérêts et d'actions additionnelles de Nouco et les deux sociétés fusionnent. Une telle série d'opérations pourrait faire perdre le bénéfice de la majoration en partie ou en totalité.

Si l'acheteur est non résident, ce dernier devra s'assurer de respecter les règles de capitalisation restreinte[37]. Un acheteur non résident sera sensible à la possibilité de majorer le coût fiscal de certains biens détenus par Cibleco lorsque ces biens sont des actions de filiales étrangères. L'acheteur non résident voudra sans doute éviter une structure « sandwich » afin de minimiser les coûts de rapatriement des fonds. En obtenant la majoration prévue à l'alinéa 88(1)d) L.I.R., il serait possible de distribuer les actions de filiales étrangères d'une société canadienne à la société mère étrangère ultime. Cette opération peut s'effectuer par une réduction du capital versé.

2.2.4. Échanges de participations entre des entreprises sous contrôle commun

Il arrive fréquemment que pour des raisons d'ordre fiscal, des entreprises sous contrôle commun s'échangent des participations. Comme le chapitre 1581 du *Manuel de l'ICCA* ne s'applique pas à une cession d'actif net ou à un échange de titres de capitaux propres entre des entreprises sous contrôle commun, ces opérations doivent être comptabilisées en conformité

---

[36] *Id.* Selon le CPN-89, les états financiers de la société fusionnée doivent refléter les actifs et les passifs de l'entreprise cédée à leur valeur comptable nette tels qu'ils sont présentés dans les états financiers de l'entité cédée.

[37] Par. 18(4) L.I.R.

avec le chapitre 3840 – Opérations entre apparentés du *Manuel de l'ICCA*[38], lequel stipule qu'un échange de participations entre des entreprises sous contrôle commun doit être évalué à la juste valeur lorsque les deux critères suivants sont atteints :

a) la modification des droits de propriété liés à l'élément transféré ou à l'avantage retiré d'un service fourni est réelle;

b) la valeur d'échange est étayée par une preuve indépendante[39].

Bon nombre d'échanges de participations entre des entreprises sous contrôle commun ne donne toutefois pas lieu à une modification réelle de la participation dans l'entreprise cédée puisqu'elles ne sont effectuées que pour réaménager des droits de l'entité contrôlante, et ainsi n'ont pas de substance économique significative. Comme il ne serait pas approprié de modifier la base de mesure des actifs et passifs cédés, la méthode dite de la « continuité des intérêts communs »[40] doit être utilisée. Les états financiers consolidés du cessionnaire doivent refléter les éléments de l'actif et du passif de l'entreprise cédée à leur valeur comptable nette tels qu'ils sont présentés dans les états financiers de l'entité cédée alors que les éléments de l'actif et du passif cédés sont regroupés dans les états financiers de la société issue du regroupement à la valeur comptable présentée dans les comptes des sociétés préexistantes. Selon cette méthode, les états financiers de la société issue du regroupement présentés pour les exercices précédents sont retraités pour refléter la situation financière et les résultats d'exploitation comme si les sociétés n'avaient formé qu'une seule entité depuis leur constitution.

---

[38] INSTITUT CANADIEN DES COMPTABLES AGRÉÉS, *op. cit.*, note 1, par. 1581.03. Le chapitre ne s'applique pas à une cession d'actif net ou à un échange de titres de capitaux propres entre des entreprises sous contrôle commun, notamment : a) une cession ou un échange entre une société mère et sa filiale; b) une cession ou un échange entre deux filiales d'une même société mère. Ces opérations sont comptabilisées en conformité avec le chapitre 3840.

[39] *Id.*, par. 3840.29. Lorsqu'une opération monétaire entre apparentés ou une opération non monétaire entre apparentés qui présente une substance commerciale n'est pas conclue dans le cours normal des activités, elle doit être évaluée à la valeur d'échange lorsque les deux critères suivants sont atteints : a) la modification des droits de propriété liés à l'élément transféré ou à l'avantage retiré d'un service fourni est réelle; b) la valeur d'échange est étayée par une preuve indépendante.

[40] *Id.*, CPN-89.

CONCLUSION

Les exemples présentés dans ce texte démontrent que le traitement comptable peut avoir une influence importante sur le traitement fiscal d'une transaction d'achat d'actifs ou d'actions. Les conséquences sur la classification des actifs acquis ou la taxe sur le capital peuvent être très importantes. De plus, il faut considérer la déductibilité des intérêts sur les emprunts servant à l'acquisition et la possibilité de majorer le coût fiscal de certains biens. Il est essentiel que les conseillers comptables, financiers, fiscaux et juridiques communiquent entre eux dès le début du processus d'achat ou vente d'une entreprise pour minimiser le coût fiscal d'une transaction tout en s'assurant que la présentation de l'information financière respecte les principes comptables généralement reconnus et les lois corporatives en vigueur.

DÉDUCTIBILITÉ DES HONORAIRES PROFESSIONNELS ET DES FRAIS DE TRANSACTION

Philippe-Antoine Morin
Avocat, D. Fisc.
Gallant & Associés, s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 5:3

1. PRINCIPES GÉNÉRAUX CONCERNANT LA DÉDUCTIBILITÉ D'UNE DÉPENSE 5:4

2. LES HONORAIRES JURIDIQUES 5:10

2.1. CONSTITUTION D'UNE SOCIÉTÉ, D'UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES OU D'UNE FIDUCIE 5:11
2.2. HONORAIRES RELIÉS À L'ACQUISITION D'UNE ENTREPRISE 5:12
2.3. HONORAIRES RELIÉS À UNE DEMANDE DE DÉCISION ANTICIPÉE EN MATIÈRE D'IMPÔT SUR LE REVENU 5:12
2.4. HONORAIRES RELIÉS À LA PRISE DE CONTRÔLE D'UNE SOCIÉTÉ 5:14

3. LES HONORAIRES COMPTABLES 5:14

3.1. LA PRÉPARATION DES ÉTATS FINANCIERS ET DES DÉCLARATIONS DE REVENUS 5:14
3.2. FRAIS COMPTABLES EN RELATION AVEC L'ACQUISITION D'UNE ENTREPRISE 5:15

4. LES HONORAIRES DE FINANCEMENT ET DE TRANSACTION 5:15

4.1. GÉNÉRALITÉS 5:15
4.2. FRAIS DE FINANCEMENT SE RAPPORTANT À UNE ANNÉE D'IMPOSITION 5:17
4.3. FRAIS DE PRISE DE CONTRÔLE D'UNE ENTITÉ À VOCATION COMMERCIALE 5:18
4.4. JURISPRUDENCE RELATIVE AUX HONORAIRES DE TRANSACTION 5:19
4.4.1. L'affaire *Boulangerie St-Augustin* 5:19
4.4.2. L'affaire *International Colin Energy Corporation* c. *La Reine* 5:20
4.4.3. L'affaire *BJ Services* 5:21
4.4.4. L'affaire *Rona inc.* c. *La Reine* 5:22
4.4.5. L'affaire *Pantorama Industries inc.* c. *La Reine* 5:25
4.4.6. L'affaire *Truckbase Corporation inc.* c. *La Reine* 5:27

5. LES HONORAIRES PAYÉS À DES CONSEILLERS EN PLACEMENT 5:28

6. LES HONORAIRES DE LIQUIDATION D'UNE SOCIÉTÉ 5:31

CONCLUSION 5:31

INTRODUCTION

L'objectif du présent texte est de traiter de la déductibilité des honoraires professionnels et des frais de transaction. Pour ce faire, seront notamment abordées la question de la déductibilité des honoraires juridiques, comptables, de financement et de transactions, les honoraires payés aux conseillers en placement ainsi que ceux reliés à la liquidation d'une société.

Ce sujet est d'autant plus d'actualité que l'année 2006 deviendra probablement une année record en matière de fusions et d'acquisitions au Canada et à l'échelle mondiale. En effet, selon deux recensions récentes[1], après les deux premiers trimestres de l'année 2006, la valeur des fusions et des acquisitions annoncées au Canada dépasse déjà les 113 milliards de dollars pour environ 1 230 transactions. Nous devons remonter à environ 10 ans afin de constater une frénésie semblable.

De ce fait, il devient on ne peut plus important de déterminer quelles dépenses en honoraires professionnels et en frais de transaction peuvent être déduites du revenu d'une société, soit une société de personne ou une fiducie, aux fins fiscales dans le cadre de l'achat ou de la vente d'une entreprise.

La *Loi de l'impôt sur le revenu*[2] n'aborde pas spécifiquement le traitement fiscal de la plupart des honoraires professionnels dont nous allons traiter dans ce texte. Par conséquent, nous allons devoir analyser les principes généraux applicables à la déductibilité d'une dépense. De ce fait, afin de dégager les principes applicables à ces dépenses, nous nous pencherons sur les principes jurisprudentiels, ainsi que sur les nombreuses positions administratives publiées par l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC »).

Nous débuterons donc cette analyse en résumant les principes généraux applicables à la déductibilité d'une dépense aux fins fiscales et poursuivrons

---

1 *Financial Post Crosbie: Mergers & Acquisitions in Canada,* M&A Report 2006 Q2, Toronto, (en ligne) : http://www.crosbieco.com/MA_Q206.pdf.

2 L.R.C. (1985), 5e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »). Le régime prévu à la *Loi sur les impôts* L.R.Q., c. 1-3 et mod. (ci-après « L.I. ») étant généralement harmonisé avec celui de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, les commentaires formulés dans le présent texte sur l'application de cette loi sont généralement applicables, *mutatis mutandis,* à la *Loi sur les impôts* relativement à une dépense engagée par un contribuable assujetti à la *Loi sur les impôts*.

par une étude des principaux critères concernant le traitement spécifique de chacun de ces honoraires professionnels.

1. PRINCIPES GÉNÉRAUX CONCERNANT LA DÉDUCTIBILITÉ D'UNE DÉPENSE

De prime abord, il est essentiel d'analyser le cadre législatif et jurisprudentiel permettant à un contribuable de déduire une dépense de son revenu.

De ce fait, afin de déterminer le bénéfice qu'il tire d'une entreprise pour une année d'imposition donnée, un contribuable doit amorcer son analyse par l'étude du paragraphe 9(1) L.I.R., lequel prévoit ce qui suit : « Sous réserve des autres dispositions de la présente partie, le revenu qu'un contribuable tire d'une entreprise ou d'un bien pour une année d'imposition est le bénéfice qu'il en tire pour cette année. » (Notre soulignement)

Toutefois, la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne définit pas le terme « bénéfice ». Par conséquent, nous devons nous tourner vers la jurisprudence afin d'y déceler l'interprétation conférée à ce terme. Il est important de mentionner que cette notion a grandement évolué avec le temps. En effet, dans l'affaire *Elizabeth Symes* c. *La Reine*[3], la Cour fédérale mentionne :

> « The Act does not contain a definition of the term "profit". Instead, Parliament, by not fixing the definition or content of the term "profit" by any type of legislative enactment, has determined that judicial interpretation shall infuse the term with meaning, which will reflect the realities of the times. Further, as I indicated earlier, it is clear from the case law that the Courts have given a more progressive interpretation to the wording of paragraph 18(1)(*a*) of the Act[4]. »

Cette décision a ultérieurement été infirmée par la Cour suprême du Canada. Cependant, cette dernière n'ayant pas commenté ce passage qui traite du caractère évolutif de la notion de « bénéfice », celui-ci semble confirmé[5].

---

3 [1989] 3 C.F. 59 (ci-après « *Symes* »).

4 *Id*., 71.

5 Selon une analyse détaillée des concepts de « profit » et de « source » que l'on retrouve dans le texte de Wilfrid LEFEBVRE, Jacques CÔTÉ, Mélanie BEAULIEU et Bernard GAUDREAU, « Les concepts de "profit" et de "source" », dans *Colloque – Les nouvelles règles de déductibilité des pertes et des intérêts*, 139, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2004, pp. 6:1-11.

Dès lors, le critère généralement accepté aux fins de déterminer si une dépense est déductible dans le calcul du revenu est celui qui a été introduit dans l'affaire *Royal Trust Company* c. *MRN*[6] de la Cour suprême du Canada, soit le « Business test ». Dans cette affaire, le juge Thorson énonce : « The first approach to the question whether a particular disbursement or expense was deductible […] was consistent with ordinary principles of commercial trading or well accepted principles of business practice[7]. »

Ainsi, un contribuable doit déterminer ses bénéfices pour une année d'imposition donnée en estimant les revenus et en y déduisant les dépenses nécessaires pour gagner ces recettes en vertu des principes ordinaires des affaires commerciales ou des principes reconnus dans la pratique courante des affaires.

Ce concept a été repris ultérieurement par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Symes*[8]. Dans cette affaire, le juge Iacobucci précise ce qu'il entend du concept de « bénéfice ». En effet, celui-ci mentionne :

> « […] le concept de "bénéfice" au par. 9(1) est en soi un résultat net qui présuppose des déductions de dépenses d'entreprise. Il est maintenant généralement reconnu que c'est le par. 9(1) qui autorise la déduction des dépenses d'entreprise; le par. 18(1) est limitatif seulement[9]. » (Notre soulignement)

La Cour poursuit en mentionnant que la détermination du bénéfice en vertu du paragraphe 9(1) L.I.R. est une question de droit. Elle aborde ensuite la problématique entourant l'interaction entre ce principe et l'utilisation des principes comptables généralement reconnus (ci-après « PCGR ») dans le calcul du bénéfice et mentionne à ce sujet :

> « Comme le juge de première instance l'a bien fait ressortir, la détermination du bénéfice en vertu du par. 9(1) est une question de droit: *Neonex International Ltd. c. The Queen*, [1978] C.T.C. 485 (C.A.F.). C'est peut-être pour ce motif (comme le laisse entendre implicitement *Neonex*) que les tribunaux ont hésité à énoncer, relativement au par. 9(1), un critère fondé "sur les principes comptables généralement reconnus" (P.C.G.R.): voir aussi "Business Income and Taxable Income" (1953 Conference Report: Association canadienne d'études fiscales) cité dans B. J. Arnold et T. W. Edgar, dir., *Materials on*

---

6 57 D.T.C. 1055 (C. de l'É.).

7 *Id.*, 1059.

8 *Elizabeth Symes* c. *La Reine*, [1993] 4 R.C.S. 695.

9 *Id.*, 722.

> *Canadian Income Tax* (9e éd. 1990), à la p. 336. Toute mention des P.C.G.R. comporte l'idée d'un degré de contrôle exercé par des comptables professionnels, ce qui est incompatible avec un critère juridique du "bénéfice" en vertu du par. 9(1). Alors qu'un comptable s'interrogeant sur l'opportunité d'une déduction peut être motivé par le désir de présenter un tableau plutôt conservateur du niveau des profits courants, la *Loi* vise une fin différente : la perception de revenus publics. Pour ces motifs, dans l'examen du par. 9(1), il convient davantage de parler de "principes bien reconnus de la pratique courante des affaires (ou comptable)" ou de "principes bien reconnus des affaires commerciales"[10]. » (Notre soulignement)

Quelques années plus tard, la Cour suprême du Canada a poursuivi son analyse du concept de « bénéfice » et la question du calcul du bénéfice aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu* dans l'arrêt *Canderel ltée* c. *Canada*[11]. À l'égard de la définition de « bénéfice », la Cour s'exprime de la manière suivante :

> « Par conséquent, quelle est la véritable nature du "bénéfice" aux fins de l'impôt? Bien que cette notion ait été exprimée de diverses manières, la formulation la plus claire et la plus concise de ce terme a peut-être été donnée dans l'arrêt souvent cité de notre Cour *Minister of National Revenue* c. *Irwin*, [1964] R.C.S. 657, à la p. 664, où les bénéfices d'une année ont été décrits comme étant constitués de [TRADUCTION] "*la différence entre les recettes du commerce ou de l'entreprise encaissées pendant cette même année [...] et les dépenses effectuées pour réaliser ces recettes*" (en italique dans l'original). Cette définition a été reprise par le président Jackett dans la décision *Associated Investors of Canada Ltd.* c. *Minister of National Revenue*, [1967] 2 R.C. de l'É. 96, où il a déclaré ceci, à la p. 102 :
>
> [TRADUCTION] Les principes commerciaux ordinaires prescrivent, suivant les décisions, qu'il faut déterminer le profit annuel d'une entreprise en défalquant des revenus de cette dernière pour l'année les dépenses engagées en vue de tirer lesdits revenus[12]. » (Notre soulignement)

Commentant l'interaction entre la notion de « question de droit » et des PCGR, le juge Iacobucci mentionne :

> « La grande difficulté qui semble avoir affligé les tribunaux dans la détermination du bénéfice aux fins de l'impôt sur le revenu fait ressortir la nécessité de formuler le plus clairement possible le critère juridique applicable à cet égard. Le postulat de départ est évidemment que la détermination du

---

10 *Id*., 723. Voir aussi les causes *Toronto College Park Ltd.* c. *La Reine*, 98 D.T.C. 6088 (C.S.C.), et *Ikea Ltd.* c. *La Reine*, 98 D.T.C. 6092 (C.S.C.).

11 [1998] 1 R.C.S. 149.

12 *Id*., par. 30.

bénéfice visé au par. 9(1) est une question de droit, non de fait. Les facteurs juridiques déterminants sont au nombre de deux: premièrement, l'existence d'une disposition expresse de la *Loi de l'impôt sur le revenu* commandant l'application d'un traitement précis à l'égard de certaines dépenses ou recettes, notamment la limite générale formulée à l'al. 18(1)*a*), et, deuxièmement, l'existence de règles de droit établies découlant de l'interprétation que les tribunaux ont donnée de ces diverses dispositions au fil des ans.

À part ces paramètres, tous les autres moyens d'analyse susceptibles d'aider à déterminer le bénéfice ne sont que ce que leur nom indique: des critères d'interprétation, sans plus. Entrent dans cette catégorie les "principes bien reconnus de la pratique courante des affaires (ou comptable)" mentionnés dans l'arrêt *Symes*, également appelés "principes commerciaux ordinaires"ou "principes ordinaires des affaires commerciales", entre autres. Ces principes ont été formellement codifiés dans les "principes comptables généralement reconnus" ("PCGR") établis par la profession comptable pour la préparation des états financiers. La profession comptable reconnaît que ces principes produisent une information financière fidèle relativement à l'objet des états financiers, et ils deviennent "généralement reconnus"soit parce qu'ils sont effectivement suivis dans un certain nombre de cas, soit parce qu'ils trouvent appui dans les déclarations faites par des organismes professionnels ou dans les écrits d'universitaires et d'autres personnes, ou encore par une combinaison de ces facteurs: voir Peter W. Hogg et Joanne E. Magee, *Principles of Canadian Income Tax Law* (2e éd. 1997), aux pp. 180 et 181. Il ne faut toutefois pas oublier qu'il s'agit d'outils non juridiques et, de ce fait, extrinsèques à la détermination du bénéfice en droit, alors que les dispositions de la Loi et les autres règles de droit établies constituent la base même de cette notion.

[…]

Je ne voudrais toutefois pas que l'on croie que je minimise le rôle des PCGR dans la détermination du bénéfice aux fins de l'impôt sur le revenu. Certains ont déduit de mes motifs dans l'arrêt *Symes* l'intention d'écarter complètement les PCGR: voir, par exemple, Hogg et Magee, *op. cit.*, aux pp. 185 à 187. Telle n'était pas mon intention. De fait, la meilleure façon de voir les choses est de dire que les PCGR forment généralement la base même des « principes commerciaux reconnus » applicables au calcul du bénéfice. Toutefois, il est important que les tribunaux évitent de déléguer la responsabilité des critères du test juridique du bénéfice à la profession comptable, voilà pourquoi il faut maintenir une distinction. Autrement dit, même si, plus souvent qu'autrement, les PCGR correspondent aux principes commerciaux reconnus par le droit, il peut survenir des occasions où ils différeront, auxquels cas les derniers doivent avoir préséance: voir, par exemple, l'arrêt *Friedberg c. Canada*, précité[13]. »

---

[13] *Id*., par. 33, 34 et 37.

Quant à la question du calcul du bénéfice aux fins de l'impôt sur le revenu, la Cour résume ainsi les principes établis pour la détermination du bénéfice :

> « (1) La détermination du bénéfice est une question de droit.
>
> (2) Le bénéfice tiré d'une entreprise pour une année d'imposition est déterminé en déduisant des revenus tirés de l'entreprise pour l'année en question les dépenses engagées pour gagner ces revenus : […]
>
> (3) Dans la détermination du bénéfice, l'objectif est d'obtenir une image fidèle du bénéfice du contribuable pour l'année visée.
>
> (4) Dans la détermination du bénéfice, le contribuable est libre d'adopter toute méthode qui n'est pas incompatible avec :
>
> a) les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*;
>
> b) les principes dégagés de la jurisprudence ou les "règles de droit" établis;
>
> c) les principes commerciaux reconnus.
>
> (5) Les principes commerciaux reconnus, notamment ceux codifiés formellement dans les PCGR, ne sont pas des règles de droit mais des outils d'interprétation. Dans la mesure où ils peuvent influencer le calcul du revenu, ils ne le feront qu'au cas par cas, selon les faits relatifs à la situation financière du contribuable.
>
> (6) En cas de nouvelle cotisation, une fois que le contribuable a prouvé qu'il a donné une image fidèle de son revenu pour l'année, image qui est compatible avec la Loi, la jurisprudence et les principes commerciaux reconnus, il incombe alors au ministre de prouver que le chiffre fourni ne donne pas une image fidèle ou qu'une autre méthode de calcul fournirait une image plus fidèle[14]. » (Notre soulignement)

Le juge Iacobucci conclut en ajoutant :

> « De plus, la comptabilité générale vise habituellement à fournir une image comparative du bénéfice d'une année à l'autre et tend donc à respecter une uniformité méthodologique pour le bénéfice de ceux à qui sont destinés les états financiers: notamment les actionnaires, les investisseurs, les prêteurs, les organismes de réglementation. Par contre, le calcul de l'impôt vise seulement à produire, pour le bénéfice du contribuable et du percepteur d'impôts, une image fidèle du revenu pour chaque année d'imposition. Selon l'activité commerciale

[14] *Id*., par. 53.

> du contribuable au cours d'une année donnée, la méthode utilisée pour calculer le bénéfice aux fins de l'impôt peut être très différente de celle utilisée l'année précédente, qui elle aussi a pu différer de celle utilisée l'année d'avant. Par conséquent, bien que la comptabilité générale puisse, dans les faits, constituer à certaines fins une méthode fidèle de détermination du bénéfice, son application à la question juridique du bénéfice est intrinsèquement limitée. La prudence s'impose dans l'application de principes comptables à des questions juridiques[15]. » (Notre soulignement)

Par conséquent, en établissant le test visant à déterminer le bénéfice pour une année donnée, la Cour a introduit la doctrine de « l'image la plus fidèle » dans le portrait de la déductibilité d'une dépense. À cette fin, le contribuable doit juger à l'intérieur de quelle année d'imposition un revenu ou une dépense doit être inclus dans le calcul du revenu. Cependant, lorsque plusieurs méthodes de calcul du revenu pour une année lui sont disponibles, le contribuable a la possibilité de choisir la méthode qui lui convient le mieux. Dès lors, lorsque l'ARC désire contester la méthode choisie, le fardeau de la preuve est alors renversé et c'est cette dernière qui devra démontrer qu'une méthode plus précise existe.

Ainsi, nous pouvons constater que les PCGR peuvent être pertinents dans la détermination du bénéfice aux fins fiscales, mais ne sont pas déterminants en soi. Il est alors possible pour un contribuable de déterminer le bénéfice en vertu du paragraphe 9(1) L.I.R. Conséquemment, il convient de poursuivre l'analyse en s'assurant que les dépenses déduites ne sont pas assujetties aux restrictions prévues aux dispositions de l'alinéa 18(1)a) et suiv. L.I.R., d'où l'importance de qualifier la dépense de nature courante ou de nature capital. Les principales dispositions du paragraphe 18(1) L.I.R. pour notre analyse sont les suivantes :

> « (1) Dans le calcul du revenu du contribuable tiré d'une entreprise ou d'un bien, les éléments suivants ne sont pas déductibles:
>
> *a*) les dépenses, sauf dans la mesure où elles ont été engagées ou effectuées par le contribuable en vue de tirer un revenu de l'entreprise ou du bien;
>
> *b*) une dépense en capital, une perte en capital ou un remplacement de capital, un paiement à titre de capital ou une provision pour amortissement, désuétude ou épuisement, sauf ce qui est expressément permis par la présente partie;
>
> […]

---

15 *Id*., par. 36.

> *h*) le montant des frais personnels ou de subsistance du contribuable -- à l'exception des frais de déplacement engagés par celui-ci dans le cadre de l'exploitation de son entreprise pendant qu'il était absent de chez lui;
>
> […] »

À cet effet, nous étudierons les différentes dépenses engagées à titre d'honoraires professionnels par un contribuable afin de déterminer s'il y a création ou préservation d'un actif durable. Si tel est le cas, cette dépense sera de nature capital[16] et ne pourra être déduite dans le calcul du revenu[17]. Cette dépense sera soit :

1) ajoutée au coût du bien;

2) qualifiée de dépense en immobilisation admissible et amortie en conséquence; ou

3) déduite de la manière prescrite au paragraphe 20(1) L.I.R.

Ces trois catégories recouvrent la plupart des dépenses qui ne peuvent être déduites en raison de l'application des alinéas 18(1)a) ou 18(1)b) L.I.R. Il est toutefois possible qu'une dépense soit qualifiée de *nothing* dans certains cas.

Malgré tout ce qui précède, il est essentiel de conserver à l'esprit que l'article 67 L.I.R. prévoit une restriction générale concernant la « raisonnabilité » d'une dépense. En effet, dans le calcul du revenu, aucune déduction ne peut être faite relativement à une dépense à l'égard de laquelle une somme est déductible par ailleurs en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, sauf dans la mesure où cette dépense était raisonnable dans les circonstances.

2. LES HONORAIRES JURIDIQUES

Généralement, les honoraires juridiques sont des dépenses admissibles lorsqu'ils sont engagés relativement à des activités, des opérations, des contrats courants ou des accessoires ou nécessaires afin de tirer un revenu

---

16 Par conséquent, la déduction sera restreinte par l'alinéa 18(1)b) L.I.R.

17 Cependant, ces frais pourraient être déduits en vertu d'une disposition de l'article 20 L.I.R. qui permet la déductibilité d'un montant malgré la nature capital de la dépense.

d'une entreprise ou d'un bien[18]. Par conséquent, nous passerons en revue les honoraires juridiques pouvant être engagés dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise afin de déterminer le traitement fiscal à accorder à ces dépenses.

2.1. CONSTITUTION D'UNE SOCIÉTÉ, D'UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES OU D'UNE FIDUCIE[19]

Dans le cadre de l'acquisition d'une entreprise ou au cours de la réorganisation société précédant ladite acquisition, il arrive régulièrement que de nouvelles Entités sont mises en place à des fins organisationnelles ainsi que fiscales. Les honoraires juridiques engagés par un contribuable afin de constituer une Entité à vocation commerciale sont définitivement engagés dans le but de mettre en place une structure afin de gagner un revenu. Ainsi, ces frais seraient déductibles du revenu de l'Entité pour une année d'imposition donnée. Cependant, puisque la constitution d'une Entité représente la création d'un actif durable pour cette même Entité, les honoraires juridiques qui s'y rattachent constituent une dépense en capital.

Cette dépense devra être traitée à titre de dépense en immobilisation admissible, tel qu'il est prévu à l'alinéa 14(5)a) L.I.R., soit une déduction de 7 % du montant cumulatif des immobilisations admissibles prévue à l'alinéa 20(1)b) L.I.R. L'ARC expose sa position eu égard à ce type de dépense comme suit :

> « **13.** Les frais de constitution en société comprennent toutes les dépenses nécessaires que les fondateurs doivent engager lors de la création d'une société, notamment :
>
> a) les droits exigés par l'organisme gouvernemental (fédéral ou provincial) approprié;
>
> b) le coût des affidavits;
>
> c) les frais de publicité dans les administrations où les demandeurs doivent donner avis de leur intention de demander une charte;
>
> d) les frais juridiques;

---

18 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-99R5 (consolidé), « Frais juridiques et comptables », 12 juin 2000.

19 Ci-après « Entité ».

> e) les frais afférents à l'élaboration des statuts constitutifs et des règlements administratifs;
>
> […]
>
> **14.** L'ARC considère les frais de constitution en société et les dépenses semblables engagées pour créer une nouvelle société ou les dépenses engagées relativement à la fusion de deux sociétés ou plus, de même que les dépenses engagées relativement à la réorganisation des opérations d'une société (y compris le coût des lettres patentes supplémentaires), comme des "dépenses en capital admissibles" si elles remplissent les conditions de la définition de "dépense en capital admissible" qu'on trouve au paragraphe 14(5) […][20]. »

Bien que les positions administratives de l'ARC décrivent le traitement fiscal applicable à la constitution d'une société, ces principes s'appliquent, *mutatis mutandis*, à la constitution des autres Entités.

2.2. HONORAIRES RELIÉS À L'ACQUISITION D'UNE ENTREPRISE

Les honoraires juridiques liés à la vérification diligente et à la planification fiscale dans le cadre de l'acquisition d'une entreprise, soit par l'achat des actions ou des actifs, constituent une dépense engagée dans le but de tirer un revenu d'entreprise. Par contre, cette dépense est de nature capital puisqu'elle procure un avantage durable pour l'Entité et ne peut être déduite dans le calcul du revenu pour une année d'imposition donnée en vertu de l'alinéa 18(1)b) L.I.R. Ces honoraires pourront être ajoutés au prix de base rajusté (ci-après « PBR ») des actions ou des actifs acquis.

2.3. HONORAIRES RELIÉS À UNE DEMANDE DE DÉCISION ANTICIPÉE EN MATIÈRE D'IMPÔT SUR LE REVENU

Lorsqu'une planification fiscale complexe est nécessaire dans le cadre de l'acquisition d'une entreprise, il arrive qu'une demande de décision anticipée aux autorités fiscales en matière d'impôt sur le revenu soit effectuée préalablement. Les frais relatifs aux décisions anticipées en matière d'impôt sur le revenu comprennent les suivants :

a) les frais de rédaction d'une lettre de demande de décision anticipée à l'intention des autorités fiscales, y compris les frais engagés pour établir des exemplaires supplémentaires des documents;

---

[20] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-143R3, « Sens de l'expression dépense en capital admissible », 29 août 2002, par. 13 et 14.

b) les frais de participation à des rencontres avec les agents des décisions des autorités fiscales;

c) les frais exigés par les autorités fiscales pour la décision.

Généralement, ces frais sont déductibles du revenu du contribuable à certaines conditions prévues à la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Lorsque les opérations envisagées dans la demande de décision anticipée se rapportent au revenu, les frais sont déductibles en vertu de l'article 9 L.I.R. et ne sont pas assujettis aux conditions de l'alinéa 18(1)a) L.I.R., pourvu que les opérations envisagées aient pour objet de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien. Dans les cas pour lesquels les opérations décrites dans la demande se rapportent à du capital, les frais relatifs à la décision anticipée sont déductibles suivant l'alinéa 20(1)cc) L.I.R., à condition que les opérations en question soient liées à une entreprise qu'exploite le contribuable.

Les frais d'obtention d'une décision anticipée sont généralement acceptés en tant que frais reliés à l'entreprise exploitée par un contribuable même s'il est possible que les opérations envisagées ne soient pas liées à une entreprise qu'exploite le contribuable. Par exemple, une décision anticipée peut concerner une constitution en société d'une nouvelle filiale ou un gel successoral qui implique une nouvelle société. Les frais relatifs aux décisions de ce type seraient généralement déductibles en vertu de l'alinéa 20(1)cc) L.I.R.

Les frais relatifs aux décisions anticipées, énumérés ci-dessus, ne comprennent pas les « frais reliés à l'élaboration du projet d'opération » qui auraient été engagés, qu'une décision anticipée ait été demandée ou non. Les frais reliés à l'élaboration du projet d'opération peuvent comprendre les frais suivants :

a) les frais juridiques, comptables et autres frais de consultation reliés à l'élaboration du projet d'opération;

b) les frais de négociation de contrats;

c) les frais d'obtention de lettres patentes, de lettres patentes supplémentaires, de modifications à celles-ci, etc.

L'admissibilité des frais reliés à l'élaboration du projet d'opération est fonction de la nature des transactions (revenu ou capital) et de l'applicabilité des alinéas 18(1)a), 18(1)b), 20(1)e) ou 20(1)cc) L.I.R., ou de la définition

de « dépense en capital admissible » au paragraphe 14(5) L.I.R., selon le cas[21].

2.4. HONORAIRES RELIÉS À LA PRISE DE CONTRÔLE D'UNE SOCIÉTÉ

Les frais juridiques engagés pour contrecarrer une offre de prise de contrôle d'une société ne sont pas déductibles en tant que dépenses d'opération ni en tant que dépenses en capital admissibles. Ces coûts se rattachent à la propriété des actions elles-mêmes (c'est-à-dire la structure du capital de la société) et ils ne sont pas engagés en vue de gagner ou de produire un revenu d'entreprise. Les frais juridiques et comptables engagés pour l'acquisition réussie d'une société sont généralement des dépenses en capital qui peuvent être ajoutées au prix de base des actions acquises.

3. LES HONORAIRES COMPTABLES

3.1. LA PRÉPARATION DES ÉTATS FINANCIERS ET DES DÉCLARATIONS DE REVENUS

La préparation et la vérification des états financiers de l'Entité sont toutes deux des dépenses engagées dans le but de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien. Le traitement fiscal accordé à ce type de dépense n'est pas spécifiquement prévu dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, ce qui nous oblige à nous référer aux critères généraux de la déductibilité d'une dépense. Les frais comptables associés à la préparation d'états financiers représentent des dépenses courantes. Ainsi, ces frais sont des dépenses déductibles dans le revenu de l'Entité qui ne sont pas restreintes par une disposition de l'article 18 L.I.R.[22] puisqu'elles ne procurent pas un avantage durable à celle-ci.

En ce qui a trait à la préparation des déclarations de revenus d'une Entité, les honoraires et frais raisonnables engagés afin d'obtenir de l'aide et de produire des déclarations de revenus aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ou de toutes lois fiscales provinciales sont généralement déductibles en vertu de l'article 9 L.I.R. Ces dépenses ne sont pas assujetties aux restrictions prévues aux alinéas 18(1)a) et 18(1)b) L.I.R.[23]

---

21 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 18, par. 9 et 10.

22 *Id.*, par. 2.

23 *Id.*, par. 6.

3.2. FRAIS COMPTABLES EN RELATION AVEC L'ACQUISITION D'UNE ENTREPRISE

Les honoraires comptables liés à la vérification diligente des états financiers et à la planification fiscale dans le cadre de l'acquisition d'une entreprise, soit par l'achat des actions ou des actifs, constituent une dépense engagée dans le but de tirer un revenu d'entreprise. Par contre, cette dépense est de nature capital puisqu'elle procure un avantage durable pour l'Entité et ne peut être déduite dans le calcul du revenu pour une année d'imposition donnée en vertu de l'alinéa 18(1)b) L.I.R. Ces honoraires pourront être ajoutés au PBR des actions ou des actifs acquis.

4. LES HONORAIRES DE FINANCEMENT ET DE TRANSACTION[24]

4.1. GÉNÉRALITÉS

En général, les frais d'emprunt, d'émission ou de vente de valeurs mobilières et les frais d'intérêts constituent des dépenses de nature capital[25]. Ainsi, ces frais ne seront pas déductibles pour l'Entité en vertu de l'alinéa 18(1)b) L.I.R., mais pourront cependant être déduits suivant les prescriptions de l'alinéa 20(1)e) L.I.R. L'alinéa 20(1)e) L.I.R. prévoit :

> « Malgré les alinéas 18(1)a), b) et h), sont déductibles dans le calcul du revenu tiré par un contribuable d'une entreprise ou d'un bien pour une année d'imposition celles des sommes suivantes qui se rapportent entièrement à cette source de revenus ou la partie des sommes suivantes qu'il est raisonnable de considérer comme s'y rapportant :
>
> e) la partie d'un montant (sauf un montant exclu) qui n'est pas déductible par ailleurs dans le calcul du revenu du contribuable et qui est une dépense engagée au cours de l'année ou d'une année d'imposition antérieure :
>
> (i) soit dans le cadre d'une émission ou vente d'unités du contribuable, si celui-ci est une fiducie d'investissement à participation unitaire, ou de participations dans une société de personnes ou un syndicat par cette société de personnes ou ce syndicat, ou encore d'actions du capital-actions du contribuable,

---

[24] Pour une étude plus approfondie de la déductibilité des frais de transaction, voir Stanley R. EBEL, « Transaction Costs », dans *2005 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2006, pp. 35:1-27; et Pierre BOURGEOIS, « Frais de transaction », dans *Journée d'études fiscales 2005*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2005, pp. 1:1-31.

[25] La jurisprudence dans l'affaire *Shell Canada* c. *Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622, a qualifié ce type de dépense de nature capital.

(ii) soit dans le cadre d'un emprunt d'argent que le contribuable utilise en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien, sauf s'il s'agit d'argent utilisé par le contribuable en vue d'acquérir un bien dont le revenu serait exonéré,

(ii.1) soit dans le cadre de la constitution d'une dette qui représente un montant payable pour un bien acquis en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien (sauf un bien dont le revenu serait exonéré ou un bien qui est un intérêt dans une police d'assurance-vie),

(ii.2) soit dans le cadre de la révision du calendrier des paiements sur une créance du contribuable, de la restructuration de la créance ou de sa prise en charge par le contribuable, à condition que la créance se rapporte à un emprunt visé au sous-alinéa (ii) ou à un montant payable visé au sous-alinéa (ii.1) et que, s'il s'agit de la révision du calendrier des paiements ou de la restructuration de la créance, la révision ou la restructuration prévoie la modification des conditions de la créance, sa conversion en une action ou en une autre créance ou son remplacement par une action ou par une autre créance,

(y compris les commissions, honoraires et autres montants payés ou payables au titre de services rendus par une personne en tant que vendeur, mandataire ou courtier en valeurs dans le cadre de l'émission, de la vente ou de l'emprunt) égale au moins élevé des montants suivants :

[…] »

En résumé, les honoraires juridiques, comptables et de courtiers en valeurs mobilières engagés par une Entité relativement aux activités de financement suivantes peuvent être déductibles en vertu de l'article 9 L.I.R., sous réserve des limites prévues à l'alinéa 20(1)e) L.I.R. :

a) l'émission d'obligations, de débentures ou d'hypothèques;

b) l'emprunt d'argent pour certains buts précis reliés à une entreprise ou à un bien;

c) la constitution d'une dette qui représente un montant payable pour certains buts précis reliés à une entreprise ou à un bien;

d) la révision du calendrier des paiements sur une créance ou la restructuration d'une créance[26].

Les honoraires engagés dans le cadre d'une opération de financement prévue expressément à l'alinéa 20(1)e) L.I.R. ne sont déductibles que d'une

[26] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 18, par. 5.

façon linéaire sur une période de cinq ans. Plus spécifiquement, l'Entité peut déduire un montant égal au produit de 20 % de la dépense et du rapport entre le nombre de jours de l'année et 365[27].

4.2. FRAIS DE FINANCEMENT SE RAPPORTANT À UNE ANNÉE D'IMPOSITION

Cependant, lorsque des frais de financement se rapportent uniquement à une année d'imposition, l'alinéa 20(1)e.1) L.I.R. prévoit que certains frais payables par un contribuable dans une année d'imposition donnée peuvent être déduits dans le calcul du revenu de ce contribuable pour l'année s'il est raisonnable de les considérer comme se rapportant uniquement à l'année, pourvu que le contribuable engage ces frais dans le cadre d'une opération mentionnée précédemment. L'ARC mentionne que la question de savoir si les frais se rapportent uniquement à une année est une question de fait[28].

L'ARC[29] énonce que les frais qui peuvent être déduits en vertu de l'alinéa 20(1)e.1) L.I.R. comprennent les frais d'ouverture de crédit, les frais de garantie, les honoraires de registraire, les honoraires d'agent de transfert, les frais de dépôt de prospectus, les frais de service et les autres frais semblables, à l'exception d'un paiement :

- qui est conditionnel à l'utilisation de biens, ou qui dépend de la production en provenant;
- qui est calculé en fonction des recettes, des bénéfices, de la marge d'autofinancement, du prix des marchandises ou d'un critère semblable;
- qui est calculé en fonction des dividendes versés ou payables aux actionnaires d'une catégorie d'actions du capital-actions d'une société.

Quant aux frais de transfert d'actions, aux frais payés à une bourse de valeurs et à la publication d'un rapport financier aux actionnaires, ceux-ci

---

27 Voir les commentaires émis dans l'affaire *BJ Services Company Canada* c. *La Reine*, 2004 D.T.C. 2032 (C.C.I.) (ci-après « *BJ Services* »). De plus, dans l'affaire *MRN* c. *Yonge Eglinton Building Ltd*., 74 D.T.C. 6180, la Cour donne une portée assez large à l'alinéa 20(1)e) L.I.R.

28 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-341R3, « 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 », 29 novembre 1995, par. 7.

29 *Id.*, par. 8.

sont déductibles dans l'année d'imposition où ils deviennent payables en vertu de l'alinéa 20(1)g) L.I.R.

4.3. FRAIS DE PRISE DE CONTRÔLE D'UNE ENTITÉ À VOCATION COMMERCIALE

Selon l'ARC, les frais juridiques engagés par une Entité dans le but de contrecarrer une offre de prise de contrôle d'une société ne sont pas déductibles de son revenu à titre de dépenses courantes, ni à titre de dépenses en capital admissibles. Ces frais ne sont pas engagés afin de tirer un revenu d'entreprise ou de bien puisqu'ils sont rattachés aux actions[30]. Dans le même ordre d'idées, les frais supportés par une Entité pour acquérir une entreprise, tels les frais de rédaction d'un contrat de vente d'actions ou d'actifs, la vérification diligente, la planification fiscale associée à l'acquisition, etc., sont généralement des dépenses de nature capital[31] qui peuvent être ajoutées au PBR des actions acquises ou des actifs, le cas échéant[32]. Dans le cas des honoraires engagés dans le cadre d'une acquisition d'entreprise qui a échouée, l'ARC a émis la position suivante :

> « Étant donné qu'une dépense engagée ou effectuée constitue une dépense en capital admissible uniquement si elle vise à tirer un revenu d'une entreprise, les frais juridiques et comptables engagés pour faire l'acquisition d'actions d'une société ne sont généralement pas admissibles si l'acquisition n'a pas lieu. Ces frais peuvent toutefois être admis comme dépenses en capital admissibles, si le contribuable est en mesure de démontrer qu'il envisageait d'intégrer l'entreprise de la société à une entreprise semblable qu'il exploitait déjà[33]. »

---

30 Cependant, dans la cause *La Reine* c. *Boulangerie St-Augustin*, 95 D.T.C. 164 (C.C.I.) (ci-après « *Boulangerie St-Augustin* »), confirmée par 2002 D.T.C. 6957 (C.A.F.), la Cour va à l'encontre de cette position en jugeant que les frais juridiques et comptables reliés à la production de documents à ses actionnaires et à une offre publique d'achat de la société, en conformité avec la *Loi sur les valeurs mobilières* du Québec, ne sont pas assujettis à la restriction prévue aux alinéas 18(1)a) et b) L.I.R. Il est à noter que le *Bulletin d'interprétation* IT-99R5 n'a pas été mis à jour depuis l'affaire *Boulangerie St-Augustin*.

31 Par conséquent, non déductibles à titre de dépenses courantes en vertu de l'alinéa 18(1)b) L.I.R., les honoraires reliés à la détermination des impacts fiscaux liés à une transaction peuvent toutefois être déductibles à titre de dépenses courantes dans les cas où cette détermination pourrait être attribuable à l'étude des lois applicables en l'espèce.

32 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 18, par. 14 et 16.

33 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 20, par. 23.

4.4. JURISPRUDENCE RELATIVE AUX HONORAIRES DE TRANSACTION

Les nombreuses dispositions spécifiques contenues aux alinéas 20(1)b), e), e.1), bb), et cc) L.I.R. prévoient la déductibilité de certains de ces frais. Or, une analyse plus en profondeur peut être nécessaire dans certains cas. De ce fait, la jurisprudence portant sur la déductibilité de ces frais de transaction a pris une orientation permettant désormais la déductibilité de ces frais à titre de dépenses courantes. L'étude de cette jurisprudence, plus particulièrement depuis une dizaine d'années, est essentielle à la qualification juridique de ces frais de transaction.

4.4.1. L'affaire *Boulangerie St-Augustin*

Dans cette affaire, la Cour devait déterminer si les frais engagés par la société cible (ci-après « Targetco ») afin de communiquer avec ses actionnaires dans le cadre d'une offre publique d'achat étaient déductibles en vertu du paragraphe 9(1) L.I.R. Targetco avait reçu plusieurs offres d'achat afin d'acquérir la totalité de ses actions émises et en circulation. Dans le but de se conformer à la législation applicable en matière de valeurs mobilières, Targetco devait émettre des circulaires à ses actionnaires pour chacune des offres. La préparation de ces circulaires nécessita le débours d'honoraires juridiques et comptables.

Targetco désirait déduire ces honoraires en vertu des principes généraux ou subsidiairement en vertu du sous-alinéa 20(1)g)(iii) L.I.R., alors que l'ARC prétendait que ces frais n'étaient pas déductibles. Afin d'être déductibles en vertu de l'alinéa 20(1)g) L.I.R., les circulaires devaient être considérées comme des rapports financiers.

La Cour en arriva à la conclusion que les circulaires n'étaient pas assimilables à des rapports financiers et que par conséquent, elles ne pouvaient être déductibles à ce titre.

Le juge Archambault conclut que ces frais étaient déductibles dans le calcul du revenu de la société en vertu du paragraphe 9(1) L.I.R. Il affirme que Targetco avait l'obligation de produire les circulaires en vertu de la législation des valeurs mobilières, une obligation visant à protéger les actionnaires et similaire à celles prévues en vertu de la *Loi sur les compagnies*[34]. Ces frais sont donc considérés comme étant des dépenses nécessaires à l'exploitation d'une entreprise et devaient être déductibles à

[34] L.R.Q., c. C-38.

titre de dépenses courantes. Il ajouta qu'aucun avantage durable n'avait été acquis par Targetco pendant le processus.

Cette décision a été confirmée sans aucun motif par la Cour d'appel fédérale. L'ARC a émis une position administrative peu de temps suivant ce jugement dans laquelle elle accepte les conclusions de ce jugement en y apportant certaines précisions[35].

4.4.2. L'affaire *International Colin Energy Corporation* c. *La Reine*[36]

Dans cette cause, le contribuable, International Colin Energy Corporation (ci-après « Colin Energy ») qui opérait dans le domaine de l'exploration pétrolière, faisait face à d'importantes difficultés financières. Colin Energy a reçu une offre publique d'achat qu'elle refusa. Par la suite, Colin Energy a retenu les services d'un conseiller financier afin de résoudre ses problèmes financiers. Le conseiller recommanda ultérieurement que Colin Energy procède à une transaction avec un tiers, ce qui se produisit ensuite par le biais d'un échange « action pour action ». Pour l'année d'imposition visée, Colin Energy a déduit de son revenu les honoraires versés au conseiller financier, mais a été cotisée de nouveau par l'ARC au motif que la dépense avait été engagée pour le bénéfice de ses actionnaires.

Le juge Bowman conclut que l'ARC considérait que les services du conseiller financier visaient à donner une plus-value aux actions de Colin Energy et n'avaient rien à voir avec l'exploitation d'une entreprise. Bien que ce puisse être le cas, la Cour jugea que cette plus-value n'était que subsidiaire à la transaction. Ainsi, les frais pouvaient être déduits en vertu du paragraphe 9(1) L.I.R. En effet, la Cour jugea que l'alinéa 18(1)a) L.I.R. est inapplicable en l'espèce pour les motifs suivants :

> « It was intended to improve the ability of the appellant to earn income by combining its resources with that of another entity. If the shareholders' investment was improved by holding shares in a larger and commercially stronger entity, this was the result of an improvement in the income earning ability of the appellant within the larger combined entity. Obviously improved earnings enhance share prices and the value of the shareholders' investment. To say however that an expense that is calculated to improve a company's ability to earn income constitutes a form of disguised dividend or shareholder benefit

---

35 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Politique administrative* AD-00-02, « Coûts liés à une offre publique d'achat », 8 février 2000.

36 2002 D.T.C. 2185 (C.C.I.) (ci-après « *Colin Energy* »).

> because it may improve the value of the shares and is therefore non-deductible under paragraph 18(1)(*a*) strikes me as getting the cart before the horse[37]. » (Notre soulignement)

Cette décision est importante du fait qu'elle reconnaît que les frais de transaction avaient été engagés par le contribuable dans le but d'améliorer sa capacité à générer des revenus et ce, même si elle a été accomplie par le biais d'une fusion.

4.4.3. L'affaire *BJ Services*[38]

Dans l'affaire *BJ Services*, la société Nowsco Well Services Ltd. (ci-après « Nowsco ») était l'objet d'une offre publique d'achat hostile de la part de BJ Services. Contrairement à l'affaire *Boulangerie St-Augustin*[39], l'offre d'achat était contestée. Les conseillers financiers de Nowsco ont recommandé que l'offre initiale de BJ Services soit rejetée. Nowsco contacta par la suite d'autres acheteurs potentiels afin de faire augmenter les enchères. Après négociation, Nowsco conclut une entente avec un acheteur potentiel, White Knight, qui offrit d'acquérir la totalité des actions émises. Cependant, l'acheteur a requis que l'entente inclut des frais d'engagements (*hello fees*) de 6,9 M$ et de rupture (*break-up fees*) de 23,6 M$. Puis BJ Services a bonifié son offre initiale qui a été acceptée par les actionnaires.

Nowsco a déduit, en vertu du paragraphe 9(1) de la L.I.R., les frais juridiques et comptables engagés dans le cadre de la vente, ce qui n'a pas été contesté par l'ARC vu la décision dans *Boulangerie St-Augustin*, ainsi que les frais de conseillers financiers et les frais d'engagements et de rupture versés à l'acheteur potentiel. L'ARC contesta ces déductions au motif que les frais avaient été engagés afin de maximiser la valeur des actions des actionnaires et qu'ainsi, les dépenses étaient de nature capital en vertu de l'alinéa 18(1)b) L.I.R.

La Cour analysa les faits à la lumière des arrêts *Boulangerie St-Augustin* et *Colin Energy* et exposa sa position ainsi :

> « In summary, these expenses, although related to maximizing shareholder value, were so integral to conducting its business that they cannot be divorced from the corporate activities of gaining and producing income. Although Justice

---

37 *Id*., par. 46.

38 Précité, note 27.

39 Précité, note 30.

> Miller in the GST companion case, concluded that there was a necessary overlap, between what he characterized as a "corporate marketplace", which mandated maximization of shareholder value, and the "goods and services marketplace" in which the daily oil servicing activities of Nowsco existed, I am not as keen to compartmentalize the business operations of Nowsco for the purposes of my analysis under the income tax provisions. I prefer to accept the characterization by Shouldice in referring to the two areas of maximizing shareholder value and the daily oil activities of Nowsco as part of "one great big wheel". These two areas are so intertwined that, as Shouldice testified, maximizing shareholder value formed part of the fundamental business philosophy, which was behind every business decision Nowsco made. […]
>
> Shareholders provided Nowsco the funding and if this was lost or withdrawn, customers would be lost, staff laid off and eventually, taken to the extreme, Nowsco operations would shut down. It is simple logic that maximizing shareholder value must be inextricably tied to the bare bones of gaining or producing income on a daily basis in any corporate environment. How can it be anything but? Given the circumstances, the expenses were part of the general overall costs, a corporation must incur to earn income, even though these expenses have no direct link to revenue generating activities but are related to shareholder interests. It is good and wise corporate behaviour to attend to shareholder interests and expenses incurred in doing so are simply part of the cost of doing business in the corporate marketplace[40]. »

En conclusion, la Cour juge que l'alinéa 18(1)b) L.I.R. ne pouvait trouver application car Nowsco ne recevait pas un avantage durable à l'égard des frais de transaction engagés. Les dépenses en vertu du paragraphe 9(1) L.I.R. ont donc été accordées.

Le principe qui peut être dégagé de cette décision est que la déductibilité d'une dépense ne peut être refusée uniquement au motif qu'elle ajoute une plus-value aux actions des actionnaires. Désormais, une plus grande portion des frais engagés auprès de conseillers juridiques, comptables et financiers sont déductibles en vertu du paragraphe 9(1) L.I.R.

4.4.4. L'affaire *Rona inc.* c. *La Reine*[41]

Dans cette cause, la Cour canadienne de l'impôt a dû prendre position à l'égard de la déductibilité des frais engagés par l'acquéreur d'une entreprise dans le cadre de l'expansion de ses activités. Depuis les années 1980, Rona inc. (ci-après « Rona ») exploitait une entreprise de fourniture de matériaux de construction presque exclusivement dans la province de Québec. À la

---

40 *BJ Services*, précité, note 27, par. 38.

41 2003 D.T.C. 979 (C.C.I.) (ci-après « *Rona* »).

suite de l'arrivée de nouveaux compétiteurs à grande surface, Rona a développé une stratégie d'acquisition d'entreprises afin d'augmenter sa part de marché à travers le Canada.

À cette fin, Rona a supporté des honoraires juridiques, comptables et de conseillers financiers pour de nombreuses transactions dont certaines n'ont pu se conclure. Les transactions potentielles visaient principalement l'implantation de nouveaux points de vente à grande surface, l'acquisition de concurrents et l'acquisition d'actifs appartenant à des compétiteurs. Ainsi, Rona a mandaté des conseillers juridiques, des comptables et des courtiers afin de procéder à des vérifications diligentes dans le cadre de ces transactions potentielles. Au cours de cette période, les honoraires engagés à cette fin ont totalisé tout près d'1 M$. Rona a déduit de ses revenus les honoraires déboursés au cours des cinq années visées. Par la suite, l'ARC a refusé la déduction des honoraires du fait qu'il s'agissait plutôt de dépenses de nature capital en vertu de l'alinéa 18(1)b) L.I.R.

Dans un premier temps, la Cour a examiné la qualification de l'avantage économique recherché par Rona au moment d'engager les dépenses en honoraires professionnels. La Cour en vint à la conclusion que Rona avait l'intention de prendre de l'expansion en augmentant le nombre de magasins à grande surface et en agrandissant son réseau de distribution. De ce fait, cela a amené une expansion permanente de sa structure opérationnelle.

La Cour a poursuivi son analyse en traitant de la récurrence de certaines dépenses engagées pour l'acquisition de points de vente durant la période pertinente. Le juge Archambault mentionna à cet égard :

> « Par contre, cette récurrence de dépenses semblables ne signifie pas que l'on doive les traiter comme des dépenses courantes puisque Rona s'était engagée dans un vaste programme d'acquisition. Le fait de s'engager dans une phase planifiée d'agrandissement de la structure commerciale, sur une longue période, par l'addition de nouveaux points de vente n'a pas pour effet de transformer une dépense de capital en une dépense à titre de revenu[42]. »

Ainsi, le fait que les dépenses étaient récurrentes n'a pas été considéré comme un argument valable permettant la déductibilité desdites dépenses.

Quant à l'addition de magasins franchisés au réseau de distribution de Rona et à la conclusion de concessions commerciales et de baux y afférents d'une durée de 20 ans, la Cour a pris en compte la durée des ententes ainsi

---

42 *Id.*, par. 38.

que le fait qu'aucune autre dépense ne devrait être effectuée afin de maintenir la position que les dépenses en honoraires professionnels étaient de nature capital. La Cour affirma à ce sujet :

> « De plus, il faut constater que l'avantage procuré par les contrats de concession commerciale est bien plus durable que celui qu'auraient pu procurer de nombreuses campagnes de marketing visant à attirer de nouveaux clients pour les produits de Rona. Il est bien clair que les campagnes de marketing ne peuvent assurer d'avantages durables et doivent nécessairement être récurrentes.
>
> En conclusion, que le point de vente soit un magasin "corporatif"ou un magasin franchisé, l'avantage recherché qu'il était raisonnable d'atteindre était une adjonction durable à la structure commerciale de Rona[43]. »

La Cour a conclu son analyse en abordant la question des opérations envisagées qui ont été un échec. La Cour devait déterminer si l'abandon de certaines acquisitions pouvait modifier la qualification de la dépense en soi puisqu'il n'y avait pas d'actifs associés aux frais engagés. Afin de répondre à cette question, le juge Archambault considéra la position de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Firestone* c. *Canada*[44]. La Cour cita ce passage de l'arrêt :

> « Il me semble que toutes les dépenses visant les études de débouchés doivent être mises sur le même pied. Ces dépenses étaient du même type et avaient le même objet. En fait, elles s'inscrivaient toutes dans l'entreprise à capital-risque qui, ainsi que l'appelant l'a vigoureusement soutenu, se poursuit depuis 1969. Rien ne nous justifie de considérer les quelques études qui ont mené à des acquisitions différemment des nombreuses études qui n'ont pas eu ce résultat. Toutes s'inscrivaient au même titre dans le projet de l'appelant visant à réunir des actifs d'entreprises[45]. »

Par conséquent, malgré l'abandon de certaines acquisitions, les honoraires professionnels engagés ont été qualifiés de dépense de nature capitale. Ainsi, l'acquéreur d'une entreprise ne peut déduire une grande portion de ces frais en vertu de l'article 9 L.I.R. Dans l'état actuel du droit, les honoraires de transactions sont généralement appliqués en augmentation du prix de base rajusté des actions lorsque la transaction est réalisée. Dans les situations où la transaction a avorté, il est possible d'ajouter le total de ces frais au montant cumulatif des immobilisations admissibles et ainsi

---

43 *Id*., par. 42 et 43.

44 87 D.T.C. 5237 (C.A.F.).

45 *Id*., par. 47.

l'amortir sur une certaine période. Nous nous devons de mentionner que l'appel logé par le contribuable a été ultérieurement abandonné.

4.4.5. L'affaire *Pantorama Industries inc.* c. *La Reine*[46]

Cet arrêt infirme la décision de première instance selon laquelle les honoraires versés par le contribuable à un conseiller devant négocier de nouveaux baux ainsi que le renouvellement des baux de la société étaient de nature capital. Dans cette affaire, le contribuable (ci-après « Pantorama ») est propriétaire d'une chaîne de magasins de vêtements dans des locaux situés principalement à l'intérieur de centres commerciaux.

En effet, à compter des années 1980, Pantorama fait appel aux services d'un conseiller en immobilier de l'entreprise Snowcap afin de négocier et de renouveler les baux de la société. Pantorama était propriétaire de 233 magasins en 1995, de 222 en 1996, de 212 en 1997 et de 199 en 1998. Les magasins étaient tous exploités dans des locaux loués principalement au Québec et en Ontario. La majorité des nouveaux baux et des reconductions avaient une durée de cinq à sept ans selon le rendement du magasin.

Les services offerts par le conseiller permettaient à Pantorama d'économiser le temps accordé à l'administration, tout en lui permettant de bénéficier de l'expertise du conseiller à négocier des baux à des taux optimaux étant donné son large bassin de clientèle. À cette fin, le conseiller était rémunéré par le biais d'une redevance mensuelle en plus d'une redevance variable à chaque bail conclu ou renouvelé. Ces honoraires ont été déduits par le contribuable de son revenu d'entreprise en vertu du paragraphe 9(1) L.I.R. Cependant, l'ARC a émis une nouvelle cotisation pour les années d'imposition 1995 à 1998 refusant les déductions au motif que les dépenses étaient de nature capitale en vertu de l'alinéa 18(1)b) L.I.R.

En première instance, le juge se fondant sur la décision dans la cause *Rona*, en arriva à la conclusion que les honoraires fixes payés par l'appelante formaient la contrepartie des conseils généraux et de l'aide en matière de planification reçus du conseiller de Snowcap. Quant aux honoraires variables, ceux-ci étaient payés « en ce qui a trait à la négociation de nouveaux baux et aux reconductions [...] » et que, de ce fait, les honoraires variable « se rapportaient à cette structure commerciale[47]. »

---

46 2005 D.T.C. 5230 (C.A.F.) (ci-après « *Pantorama* »).

47 *Pantorama Industries inc.* c. *La Reine*, 2004 D.T.C. 2536 (C.C.I.), par. 28-29.

De l'avis de la Cour d'appel fédérale, le juge de première instance a commis un certain nombre d'erreurs en concluant que les honoraires étaient de nature capital. La Cour énonce ainsi sa position :

> « Bien qu'il soit possible que les dépenses qui sont assumées chaque année au cours de la vie d'une entreprise établie de longue date constituent des paiements à titre de capital, cela serait plutôt exceptionnel. Lorsque la question est envisagée, comme il se doit, du point de vue de l'entreprise de l'appelante, il semble clair que les honoraires variables n'ont pas été payés en vue [Traduction] "de procurer un bien à [l'appelante], mais de lui permettre de poursuivre ses activités comme elle l'avait fait dans le passé [...]"(voir *Mitchell* c. *B.W. Noble Ltd.*, [1927] 1 K.B. 719 à la page 737, ainsi que cité dans l'arrêt *John-Manville Canada Inc.* c. *La Reine*, 1985 IIJCan 43 (C.S.C.), [1985] 2 R.C.S. 46, 85 DTC 5373, à la page 5379)[48]. » (Notre soulignement)

Ainsi, la Cour infirma le jugement de première instance aux motifs que Pantorama était dans un projet analogue de croissance à celui de Rona alors qu'en fait, le contribuable engageait cette dépense annuellement afin d'assurer la poursuite des activités courantes de l'entreprise de Pantorama. La Cour ajouta que Pantorama effectuait les paiements mois après mois et que rien ne suggérait que l'entreprise du contribuable pourrait continuer à être opérante sans ces services. À cet effet, la Cour mentionna :

> « L'appelante payait les honoraires variables chaque année en vue d'assurer le maintien de la rentabilité de son entreprise, compte tenu des nouveaux besoins et des nouvelles préférences des consommateurs. Le juge de la Cour canadienne de l'impôt a perdu de vue le but que poursuivait l'entreprise en assumant ces dépenses lorsqu'il a conclu que l'appelante développait son entreprise chaque fois qu'elle signait ou reconduisait un bail (comparer avec *Algoma Central Railway* c. *Ministre du Revenu national*, 67 DTC 5469, page 5480). L'appelante avait plus de 200 baux au début de la période et les paiements qui ne servaient qu'à maintenir le réseau en place n'ont rien ajouté à son entreprise qu'elle n'avait déjà[49]. »

Nous devons mentionner que la Cour a aussi été influencée par le fait que le ministre n'aurait pas établi les cotisations en cause si les services fournis par le conseiller avaient été assurés à l'interne et payés, par exemple, sous forme de salaires ou de frais de déplacement.

---

48 *Pantorama*, précité, note 46, par. 18.

49 *Id.*, par. 24.

4.4.6. L'affaire *Truckbase Corporation inc.* c. *La Reine*[50]

Cette affaire présente une nouvelle application du principe de la déductibilité d'une dépense à l'égard des dispositions de l'alinéa 18(1)a) L.I.R. telle qu'énoncée dans la cause *BJ Services*, mais à l'extérieur du contexte d'une offre publique d'achat. Dans cette cause, la Cour devait déterminer la déductibilité pour la société des honoraires comptables et juridiques supportés afin d'amender la convention unanime des actionnaires. Subsidiairement, dans l'éventualité où les honoraires seraient déductibles pour la société, la Cour devait étudier s'il y avait un avantage imposable à attribuer aux actionnaires en vertu du paragraphe 15(1) L.I.R.

Dans les années 1990, le contribuable M. Grabowski, un des actionnaires de Silvacom Group dont Truckbase Corporation (ci-après « Truckbase ») est membre, désirait que sa société prenne de l'expansion aux États-Unis. À cette fin, il mandata une avocate ainsi qu'un comptable pour mettre à jour les livres de minutes de la société et par la suite restructurer le groupe corporatif afin de protéger ses actifs de créanciers éventuels.

Pour les années d'imposition 2000 et 2001, le groupe corporatif a effectué des dépenses juridiques et comptables générales dans le but de restructurer le groupe. Les frais étaient engagés afin d'effectuer différentes mises à jour, la revue d'une convention unanime des actionnaires, la mise en place d'un régime d'achat d'option d'actions pour les employés clés, un gel successoral, etc. En ce qui a trait à la convention unanime des actionnaires, les conseillers ont dû réviser et modifier les différentes conventions entre actionnaires pour les uniformiser, en corriger les erreurs s'y étant glissées ainsi que de tirer les clauses obligeant la liquidation de Truckbase dans l'éventualité où quelque chose devait arriver à un des actionnaires principaux.

L'ARC a cotisé de nouveau Truckbase afin de refuser la déduction des honoraires juridiques et comptables pour l'année d'imposition 2001 au motif que la dépense était de nature capital en vertu des alinéas 18(1)a) et 18(1)h) L.I.R. De plus, M. Grabowski a été cotisé de nouveau par l'ARC au motif que les frais juridiques et comptables déduits par Truckbase conféraient un avantage à un actionnaire puisqu'engagés pour une planification successorale personnelle en vertu du paragraphe 15(1) L.I.R.

---

[50] 2006 D.T.C. 2930 (C.C.I.) (ci-après « *Truckbase Corporation* »).

La Cour jugea, dans un premier temps, que les frais déduits par Truckbase pour la convention entre actionnaire ne conféraient pas un avantage à l'actionnaire en vertu du paragraphe 15(1) L.I.R. puisque cette convention joue un rôle primordial dans la protection de la relation société et actionnaire. À cet effet, le juge a conclu que cette dépense était engagée dans le but de gagner un revenu tel qu'il est prévu à l'alinéa 18(1)a) L.I.R. et ne constituait pas une dépense personnelle en vertu de l'alinéa 18(1)h) L.I.R.

Dans un deuxième temps, en ce qui a trait à la déduction des honoraires par Truckbase, le juge a conclu que la révision d'une convention entre actionnaires se veut plutôt une dépense pour le maintien d'un actif, donc une dépense courante tel qu'elle est prévue à l'alinéa 18(1)a) L.I.R., et non de nature capital ou personnelle. Ainsi, la Cour jugea que les honoraires juridiques et comptables afin de modifier et maintenir la convention entre actionnaires avaient été engagés pour conserver un actif et n'étaient par conséquent pas une dépense de nature capital. De ce fait, Truckbase a correctement déduit les dépenses en litige.

Cette décision permet donc aux contribuables exploitant une entreprise de déduire les frais supportés afin d'amender une convention entre actionnaires lorsque les faits sont similaires à ceux de la cause *Truckbase Corporation*.

5. LES HONORAIRES PAYÉS À DES CONSEILLERS EN PLACEMENT

L'alinéa 20(1)bb) L.I.R. traite de la déductibilité des honoraires versés à un conseiller en placements. Cet alinéa prévoit qu'un contribuable peut déduire les honoraires, autres que des commissions[51], qu'il verse à une personne dont l'activité principale consiste à donner son avis sur l'opportunité d'acheter ou de vendre une valeur mobilière donnée[52]. Le contribuable peut aussi déduire de son revenu les honoraires versés à un conseiller pour l'administration ou pour la gestion de ses valeurs mobilières. Les honoraires versés à ce type de conseiller relativement à une planification financière générale ne sont toutefois pas visés par l'alinéa 20(1)bb) L.I.R.

---

[51] *Tax Window Files*, dans *CCH* (en ligne), Don Mills, Ont., CCH Canadian, interprétation technique 2004-007302I7, 3 juin 2004. La commission versée à un *investment banker* dans le cadre de l'acquisition d'une société cible n'est pas déductible en vertu de l'alinéa 20(1)bb) L.I.R. Généralement, ces frais de nature capital sont ajoutés au coût des actions acquises.

[52] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-238R2, « Honoraires versés à un conseiller en placements », 6 octobre 1983, par. 1.

À cet effet, les services suivants sont généralement admissibles à la déduction[53] :

a) la garde de valeurs mobilières;

b) la tenue de registres comptables;

c) la perception et le versement d'un revenu; et

d) le droit qu'a une personne d'acheter et de vendre, à sa discrétion, au nom de certains clients sans consulter ces derniers.

Il est essentiel que l'activité principale du conseiller en placements en soit une d'administration, de gestion ou de conseil à l'égard de l'acquisition de valeurs mobilières, à défaut de quoi il pourrait s'avérer impossible de déduire cette dépense. En effet, dans la cause *Succession de L. McEntyre* c. *La Reine*[54], les honoraires versés par la succession à un de ses bénéficiaires pour l'avoir conseillé sur ses placements ont été jugés non déductibles étant donné qu'il n'exploitait pas une entreprise de conseillers en placements et que ces frais ne faisaient pas partie du champ des activités productrices de revenus de la succession.

De plus, les honoraires versés par un contribuable à une personne dont l'activité principale est de servir d'intermédiaire entre les contribuables et les gestionnaires de portefeuilles sont normalement non déductibles, puisque non reliés à l'administration ou à la gestion de valeurs mobilières[55].

Récemment, la Cour canadienne de l'impôt a émis un commentaire intéressant dans l'affaire *BJ Services* à l'égard de la portée de l'alinéa 20(1)bb) L.I.R. :

> « The Appellant also relied alternatively on paragraph 20(1)(*bb*), which provides for the deduction of investment counsel expenses in computing income from a business or property. Appellant argues that the evidence supports that the advice given to Nowsco by RBC and Simmons was investment advice

---

53 *Id*., par. 4.

54 97 D.T.C. 245. Voir aussi l'affaire *Greenstone Estate* c. *MRN,* 90 D.T.C. 1, traitant des honoraires versés à un exécuteur testamentaire qui était un conseiller en placements.

55 *Tax Window Files*, *op. cit*., note 51, interprétation technique 2001-0097485, 29 août 2001. L'ARC ne donne pas les faits ayant conduit à cette interprétation technique.

> respecting the sale of shares. Respondent argues that paragraph 20(1)*bb*) requires a connection between the taxpayer's source of income and the expense claimed and allows a deduction of certain expenses paid for advice on purchasing or selling shares or for services for administration or management of shares. The Respondent argues that Nowsco cannot rely on this provision as it did not seek to sell or manage its shares, because the shares belonged to others. Although there is validity to the Respondent's argument, it may in fact be too narrow an interpretation of this provision. In light of my conclusions however, I need not decide this issue here[56]. » (Notre soulignement)

De plus, il est important de garder à l'esprit que depuis le *Discours sur le budget* de mars 2004 de Revenu Québec[57], le ministère des Finances a introduit une mesure limitant la déductibilité des frais de placements. La déductibilité de telles dépenses engagées par un particulier, incluant une fiducie, sera dorénavant limitée aux revenus provenant de tels placements qui auront été réalisés au cours d'une année d'imposition. Cette limitation de la déductibilité des frais de placements ne s'appliquera pas aux frais de placements engagés pour gagner un revenu actif, tel un revenu provenant d'une entreprise, ou encore un revenu provenant de la location d'un bien.

> « Les frais de placements considérés dans le calcul de la limite de la déductibilité des frais de placements seront toutes les dépenses engagées pour gagner un revenu de biens, autre qu'un revenu de location, et comprendront notamment les frais de placements suivants, qui seraient par ailleurs considérés pour le calcul de la perte nette cumulative sur placement si ce n'était de la présente limitation :
>
> - les frais d'administration ou de gestion des placements;
> - les frais de garde des actions ou des valeurs mobilières;
> - les honoraires versés à des conseillers en placements;
> - les intérêts payés sur les emprunts contractés pour acquérir des obligations, des actions et des unités dans une fiducie de fonds communs de placement; et
> - la part dans la perte d'une société de personnes dont le particulier est un associé déterminé.
>
> Toutefois, les pertes subies sur la location d'un bien ne seront pas considérées comme des frais de placements pour l'application de cette mesure[58]. »

---

[56] Précité, note 27, par. 48.

[57] QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2004-2005*, *Discours sur le budget et Renseignements supplémentaires*, 30 mars 2004, pp. 162-165.

[58] *Id.*, p. 163.

Ainsi, les frais de placements, engagés pour gagner des revenus de placements au cours d'une année d'imposition donnée, seront déductibles jusqu'à concurrence des revenus de placements qui auront été gagnés pour cette même année d'imposition.

6. LES HONORAIRES DE LIQUIDATION D'UNE SOCIÉTÉ

Les honoraires professionnels étant déductibles dans le revenu d'une société uniquement lorsque ceux-ci sont engagés dans le but de gagner un revenu d'entreprise ou de bien, les honoraires engagés afin de liquider une société sont difficilement assimilables à une dépense dans le but de gagner un revenu.

Dans l'arrêt *William Bannerman* c. *MRN*[59], la Cour suprême du Canada dispose de cette question. Dans cette affaire, la Cour en est arrivée à la conclusion que les honoraires juridiques supportés par un contribuable afin de liquider une société ne sont pas engagés dans le but de tirer un revenu et que par conséquent, ils ne peuvent être déduits en vertu de l'alinéa 18(1)a) L.I.R.

CONCLUSION

À la suite de cette analyse, nous pouvons conclure que la déductibilité des honoraires professionnels engagés par un contribuable doit être étudiée à la lumière des principes généraux traitant de la déductibilité d'une dépense et de la jurisprudence y afférant.

De plus, malgré les récents succès des contribuables dans les affaires *Boulangerie St-Augustin*, *Colin Energy* et *BJ Services*, les autorités fiscales n'acceptent toujours pas pleinement les principes établis dans ces jugements. Les praticiens doivent donc informer leurs clients que l'utilisation des positions émises dans ces jugements puisse être contestée dans les prochaines années par les autorités fiscales. Il est donc essentiel pour le contribuable de conserver les pièces justificatives et de détailler les honoraires sur les factures afin d'éviter que, dans le cadre d'une vérification fiscale, les praticiens tentent eux-mêmes de reconstituer les évènements survenus à l'époque.

---

[59] 59 D.T.C. 1126 (C.S.C.).

PLANIFICATION DE LA RETRAITE DU PROPRIÉTAIRE D'ENTREPRISE

Nathalie Fisette-Caza
MBA, D. Fisc.
Groupe Financier RBC

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 6:3

1. HYPOTHÈSES ET MÉTHODOLOGIE 6:7

2. SCÉNARIO TRADITIONNEL – REÉR ET SOCIÉTÉ DE GESTION 6:9

3. SCÉNARIO SUGGÉRÉ – RRI ET SOCIÉTÉ DE GESTION 6:13

4. À LA RETRAITE – STRATÉGIE RRI ET SOCIÉTÉ DE GESTION 6:17

5. À LA RETRAITE – REÉR ET SOCIÉTÉ DE GESTION 6:23

CONCLUSION 6:26

ANNEXES 6:28

INTRODUCTION

Le propriétaire d'entreprise fait face à plusieurs options lorsqu'il songe à la retraite ou au transfert de l'entreprise. Une de ces options est de mettre en place un régime de retraite individuel (ci-après « RRI »). Le RRI est d'autant plus intéressant au Québec pour l'actionnaire dirigeant puisqu'il n'a pas à enregistrer le régime auprès de la Régie des rentes du Québec (ci-après « RRQ ») et que le régime peut, éventuellement, être « désenregistré » et une bonne partie des fonds transférée dans un régime enregistré d'épargne-retraite (ci-après « REÉR ») conventionnel. Évidemment, la mise sur pied d'un RRI nécessite tout de même sa part de paperasse et lorsqu'il est présenté au propriétaire d'entreprise, la question de celui-ci est invariablement : « Est-ce que le jeu en vaut la chandelle? »

La littérature abonde sur les avantages des RRI pour les propriétaires d'entreprise et les exemples chiffrés ne manquent pas, et pourtant les analyses financières comparatives sont peu communes ou inexistantes sur le sujet. Plusieurs textes ont été écrits dans le but de déterminer si une situation se prête au RRI en tenant compte de la situation du propriétaire mais aussi de la situation spécifique de la société[1]. L'analyse que nous présentons dans ce texte implique que ces critères ont déjà été évalués et que la situation se prête effectivement à un RRI. Toutefois, les questions subsistent et le client souhaiterait pouvoir chiffrer les différents scénarios avant de passer à l'action.

Notre analyse a pour objectif d'évaluer les avantages financiers d'un RRI par rapport à d'autres scénarios propres aux propriétaires d'entreprise. Nous tenterons de fournir des outils de décision aux propriétaires d'entreprise lorsqu'ils planifient leur retraite et le transfert de l'entreprise.

Par exemple, comment se compare la contribution aux REÉR ou REÉR de conjoint avec accumulation des surplus dans le portefeuille détenu dans une compagnie de gestion par rapport au RRI? Nous souhaitons comparer des scénarios qui tiennent compte des disparités entre les hypothèses inhérentes au RRI et des hypothèses qui paraissent plus réalistes. Nous tenterons également de tenir compte de tous les impacts financiers pertinents dans le choix d'une stratégie plutôt qu'une autre.

---

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

Le profil retenu est celui d'un propriétaire d'entreprise dont l'entreprise a une structure plutôt simple de société exploitante détenue par une société de gestion où le propriétaire accumule les surplus. La société exploitante a atteint une vitesse de croisière stable, efficace et plutôt rassurante pour le client. Ce dernier détient comme actifs, pour la retraite, un REÉR qu'il maximise ainsi qu'un portefeuille de placements dans sa société de gestion.

Ce client, M. X en question, est un propriétaire d'entreprise âgé de 50 ans, qui a démarré son entreprise (société par actions) en 1996. Il retire des salaires de sa société depuis le début tel qu'il est indiqué dans le tableau ci-dessous :

Année	Revenu d'emploi +REÉR ($)
2005	100 000
2004	100 000
2003	100 000
2002	85 000
2001	75 000
2000	75 000
1999	60 000
1998	60 000
1997	60 000
1996	60 000
Revenu gagné 1990	40 000

Ce salaire permet à M. X de vivre confortablement tout en laissant les surplus dans la société de gestion. En plus de ce salaire, la société exploitante verse le maximum à son REÉR chaque année. Cette année, M. X planifie se verser un salaire de 100 000 $ en plus de la contribution REÉR de 18 000 $. Ainsi, tant que son salaire satisfait à ses besoins tout en tenant compte de l'inflation, M. X ne sent pas le besoin d'accroître le salaire qu'il se verse.

Les charges salariales pour la société sont projetées comme suit :

Scénario REÉR					Profits Société	Niveau de vie
Année	Salaire ($)	REÉR ($)	FSS 2,7 % ($)	Total ($)	Croiss. 3 % ($)	3 % ($)
2006	100 000	18 000	3 186	121 186	400 000	100 000
2007	103 000	19 000	3 294	125 294	412 000	103 000
2008	106 090	20 000	3 404	129 494	424 360	106 090
2009	109 273	21 000	3 517	133 790	437 091	109 273
2010	112 551	22 000	3 633	138 184	450 204	112 551
2011	115 927	22 550	3 739	142 216	463 710	115 927
2012	119 405	23 114	3 848	146 367	477 621	119 405
2013	122 987	23 692	3 960	150 639	491 950	122 987
2014	126 677	24 284	4 076	155 037	506 708	126 677
2015	130 477	24 891	4 195	159 563	521 909	130 477
2016	134 392	25 513	4 317	164 222	537 567	134 392
2017	138 423	26 151	4 444	169 018	553 694	138 423
2018	142 576	26 805	4 573	173 954	570 304	142 576
2019	146 853	27 475	4 707	179 035	587 413	146 853
2020	151 259	28 162	4 844	184 265	605 036	151 259
2021	-	28 866	779	29 645	623 187	155 797
2022	-	-	-	-	-	160 471
2023	-	-	-	-	-	165 285

L'épouse de M. X travaille à l'extérieur de l'entreprise et n'est pas du tout impliquée dans la gestion de celle-ci. Nous ne tiendrons donc pas compte, dans notre exemple, des revenus de M^{me} X ni de ses besoins financiers puisque nous tentons tout simplement d'isoler les résultats de deux stratégies qui ne concernent pas les actifs de celle-ci – du moins, pas directement.

M. X planifie cesser d'exploiter l'entreprise, possiblement la vendre et prendre sa retraite dans 15 ans, soit à l'âge de 65 ans. Il s'est fait présenter l'idée d'établir un RRI par son planificateur financier. Après avoir demandé conseil à son comptable, M. X doute encore des bienfaits de cette stratégie.

Ni son comptable ni son planificateur financier ne peuvent en chiffrer exactement les bienfaits par rapport au REÉR traditionnel couplé à l'accumulation dans sa société de gestion.

Les actifs de M. X se présentent comme suit :

Portefeuille (soc. de gestion)	150 000 $
Société exploitante	2 000 000 M$
REÉR	300 000 $
Résidence (50 %)	250 000 $

De plus, le planificateur financier lui a indiqué qu'il devrait augmenter son salaire chaque année de façon à aller chercher le maximum de contributions au RRI. M. X est perplexe puisqu'il a déjà augmenté son salaire pour maximiser son REÉR. Il n'a d'ailleurs pas besoin d'un salaire croissant à plus de 5 % chaque année. Il planifie, tout au plus, d'accroître son salaire à l'inflation, qui, selon lui, ne devrait pas être de plus de 3 %. Il se demande comment il peut « sauver » de l'impôt s'il doit se verser davantage de salaire.

Le RRI est présenté comme étant un RÉER *supersize* pour les propriétaires et les cadres d'entreprise. Les principaux avantages étant :

- des contributions annuelles plus élevées que pour le REÉR – ces contributions augmentent en fonction de l'âge du participant;
- des contributions pour l'employeur qui ne sont pas soumises aux déductions à la source habituelles ni au Fonds des services de santé (FSS);
- une protection accrue contre les créanciers;
- des contributions supplémentaires en raison de services passés;
- des facilités de transferts intergénérationnels dans le cas de transferts familiaux d'entreprise.

Les principaux inconvénients étant :

- un fractionnement du revenu limité avec le conjoint;

- une perte en ce qui a trait à la disponibilité des sommes accumulées;
- une certaine lourdeur administrative;
- des coûts administratifs plus élevés que pour un REÉR;
- un engagement financier de la part de l'employeur.

1. HYPOTHÈSES ET MÉTHODOLOGIE

Pour chacun des scénarios, les hypothèses seront les suivantes :

a) train de vie avant impôts : 100 000 $ indexé à l'inflation – qui reflète également les prélèvements de M. X;

b) dans le cas du RRI, le salaire versé serait de 105 556 $ en 2006, indexé à 5,5 % par année;

c) contribution au REÉR directement par l'employeur, en plus du salaire;

d) inflation : 3 %;

e) répartition des REÉR : 17 % liquidités, 83 % obligations;

f) rendement pondéré du REÉR et du RRI : 5 %;

g) répartition du portefeuille corporatif : 20 % obligations, 80 % actions. La répartition augmentera progressivement dans les obligations et diminuera en proportion dans les actions pour aboutir à une plus grande proportion d'obligations au moment de la retraite;

h) rendement pondéré du portefeuille corporatif : 5,8 % la 1re année et diminuera progressivement à 5,6 % la 15e année et les suivantes en raison d'une proportion plus grande en obligations;

i) ce qui donne une répartition totale des placements de la société de gestion et des placements enregistrés de 8,5 % en liquidités, 51,5 % en obligations et de 40 % en actions (la première année). Cela correspond au profil modéré du client, avec un rendement pondéré total de 5,43 % la première année et qui demeurera sous les 5,6 % dans chacun des scénarios;

j) nous ne tiendrons pas compte des placements dans la société exploitante et présumerons qu'ils servent uniquement au fonds de roulement des opérations;

k) les placements non enregistrés sont placés dans des titres en actions, générant un rendement présumé de 6,5 %;

l) M. X ne doute pas que l'entreprise générera des profits de 400 000 $, desquels il devra déduire les charges salariales et les cotisations aux RÉER maximales ainsi que les impôts sur les bénéfices. Les profits de la société devraient croître d'au moins 3 % chaque année;

m) les dépôts aux REÉR et RRI sont faits en début d'année; les retraits en fin d'année;

n) un taux d'imposition marginal personnel de 48,2 %;

o) un taux d'imposition après la déduction accordée aux petites entreprises (ci-après « DPE ») de 20 % (19,5 % en 2008 et 19 % les années suivantes);

p) le taux d'imposition personnel sur les dividendes (non admissibles) est présumé être à un taux combiné de 36,3 %. Les autres dividendes seront soumis à un taux d'imposition de 32,8 %;

q) nous n'avons tenu compte de la taxe sur le capital dans aucun des scénarios présentés.

De plus, la logique fiscale veut que les titres à revenus fixes soient détenus dans les véhicules enregistrés tandis que les placements corporatifs ont intérêt à être investis dans des titres en actions de façon à différer la réalisation des gains en capital ainsi que de profiter du taux moindre d'imposition sur les dividendes et les gains en capital. Nous ne tiendrons pas compte des possibilités de placements avantagés fiscalement qui seraient opportuns dans un cas comme celui-ci puisqu'ils pourraient venir « diluer » les résultats de l'analyse.

Nous veillerons à conserver une pondération modérée pour respecter le profil de risque du client. Nous présumerons aux fins du modèle qu'un rebalancement des portefeuilles est fait annuellement. Ainsi, même si le rendement pondéré variera d'année en année, il sera le même pour chaque scénario d'année en année. Par exemple, le RRI, permettant d'augmenter les placements investis en titres à revenus fixes dans les placements enregistrés,

fera en sorte qu'il y aura davantage de placements en titres d'actions dans la compagnie de gestion. Bref, le rendement pondéré de tous les actifs de retraite sera le même, au bout du compte, peu importe les véhicules de placements utilisés.

Dans chacun des scénarios, nous présumerons également qu'avant l'âge de 65 ans, aucun versement de dividendes ne sera effectué. Ainsi, les soldes des comptes de dividendes en capital (ci-après « CDC ») et de l'impôt en main remboursable au titre des dividendes (ci-après « IMRTD ») augmenteront jusqu'au moment de la retraite, où le client bénéficiera des mécanismes d'intégration permis par ces deux phénomènes purement fiscaux.

En général, les propriétaires d'entreprise, une fois à la retraite, choisiront d'effectuer les prélèvements minimums sur leurs actifs enregistrés et de compléter leurs besoins financiers par des versements en dividendes par leur société de gestion. Dans chacun des scénarios, ce sera la stratégie qui sera retenue.

2. SCÉNARIO TRADITIONNEL – REÉR ET SOCIÉTÉ DE GESTION

Voyons le scénario où M. X décide de simplement utiliser une société de gestion pour ses surplus et de maximiser ses REÉR.

Les charges salariales ainsi que les profits projetés de l'entreprise sont présentés dans le tableau ci-dessous :

Scénario REÉR					Profits Société	Niveau de vie
Année	Salaire ($)	REÉR ($)	FSS 2,7 % ($)	**Total** ($)	Croiss. 3 % ($)	3 % ($)
2006	100 000	18 000	3 186	**121 186**	400 000	100 000
2007	103 000	19 000	3 294	**125 294**	412 000	103 000
2008	106 090	20 000	3 404	**129 494**	424 360	106 090
2009	109 273	21 000	3 517	**133 790**	437 091	109 273
2010	112 551	22 000	3 633	**138 184**	450 204	112 551
2011	115 927	22 550	3 739	**142 216**	463 710	115 927
2012	119 405	23 114	3 848	**146 367**	477 621	119 405
2013	122 987	23 692	3 960	**150 639**	491 950	122 987
2014	126 677	24 284	4 076	**155 037**	506 708	126 677
2015	130 477	24 891	4 195	**159 563**	521 909	130 477
2016	134 392	25 513	4 317	**164 222**	537 567	134 392
2017	138 423	26 151	4 444	**169 018**	553 694	138 423
2018	142 576	26 805	4 573	**173 954**	570 304	142 576
2019	146 853	27 475	4 707	**179 035**	587 413	146 853
2020	151 259	28 162	4 844	**184 265**	605 036	151 259
2021	-	28 866	779	**29 645**	623 187	155 797

Les sommes projetées disponibles au réinvestissement dans la société de gestion sont calculées comme suit : les profits de la société moins les charges salariales décrites dans le tableau ci-dessus, moins les impôts projetés.

	Revenus Société	Charges salaire	Revenus avant impôts	Taux impôt	Impôts	**Bénéfice après impôts**
	($)	($)	($)		($)	**($)**
2006	400 000	121 186	278 814	20 %	55 763	**223 051**
2007	412 000	125 294	286 706	20 %	57 341	**229 365**
2008	424 360	129 494	294 866	19,5%	57 499	**237 367**
2009	437 091	133 790	303 301	19 %	57 627	**245 674**
2010	450 204	138 184	312 020	19 %	59 284	**252 736**
2011	463 710	142 216	321 493	19 %	61 084	**260 410**
2012	477 621	146 367	331 254	19 %	62 938	**268 316**
2013	491 950	150 639	341 310	19 %	64 849	**276 461**
2014	506 708	155 037	351 671	19 %	66 818	**284 854**
2015	521 909	159 563	362 346	19 %	68 846	**293 500**
2016	537 567	164 222	373 344	19 %	70 935	**302 409**
2017	553 694	169 018	384 676	19 %	73 088	**311 587**
2018	570 304	173 954	396 350	19 %	75 307	**321 044**
2019	587 413	179 035	408 378	19 %	77 592	**330 786**
2020	605 036	184 265	420 771	19 %	79 946	**340 824**
2021	100 000	29 645	70 355	19 %	13 367	**56 987**

M. X avait un portefeuille REÉR au départ d'une valeur de 300 000 $ et un portefeuille corporatif de 150 000 $. Les cotisations REÉR annuelles et le réinvestissement des surplus chaque année jusqu'à l'âge de 65 ans accumuleront les sommes projetées suivantes :

Année	Âge	REÉR ($)	Portefeuille gestion ($)	Placements non enregistrés ($)	Total actif de retraite ($)	Impôts reportés ($)	Valeur nette des actifs ($)
1	50	333 884	391 026	0	724 910	286 802	438 107
2	51	370 511	650 068	0	1 020 578	385 521	635 058
3	52	410 017	929 421	0	1 339 438	490 838	848 600
4	53	452 546	1 230 647	0	1 683 193	603 284	1 079 909
5	54	498 250	1 549 957	0	2 048 207	722 599	1 325 608
6	55	546 813	1 891 276	0	2 438 090	849 014	1 589 076
7	56	598 395	2 255 707	0	2 854 102	982 897	1 871 205
8	57	653 161	2 645 263	0	3 298 423	1 124 979	2 173 444
9	58	711 283	3 054 860	0	3 766 143	1 275 377	2 490 767
10	59	772 946	3 490 921	0	4 263 867	1 434 463	2 829 403
11	60	838 342	3 954 747	0	4 793 089	1 602 680	3 190 409
12	61	907 674	4 448 549	0	5 356 224	1 781 073	3 575 150
13	62	981 157	4 964 568	0	5 945 724	1 969 617	3 976 107
14	63	1 059 013	5 512 286	0	6 571 298	2 168 740	4 402 559
15	64	1 141 479	6 093 757	0	7 235 236	2 379 774	4 855 462
16	65	1 228 804	6 383 079	0	7 611 883	2 500 105	5 111 778

Selon ce scénario, à l'âge de 65 ans, M. X aurait accumulé 1 228 804 $ dans son REÉR (sans aucun retrait) et un montant de 6 383 079 $ en placements dans sa société de gestion pour un total de 7 611 883 $. Les impôts latents sur ces actifs, en présumant une liquidation des actifs, seraient de 2 500 105 $, ce qui ramène la valeur nette des actifs de placements destinés à la « retraite » à 5 111 778 $. Référez-vous à l'annexe I pour une analyse plus détaillée des calculs et des hypothèses[2]. Cela tient compte d'une liquidation des placements corporatifs et de l'imposition en fonction d'un dividende réputé.

[2] Les logiciels utilisés pour les calculs financiers sont Microsoft Excel et Fp Solutions de CCH, pour les projections, version de mars 2006.

3. SCÉNARIO SUGGÉRÉ – RRI ET SOCIÉTÉ DE GESTION

Dans ce scénario, nous mettons en place un RRI tout en conservant tous les autres paramètres liés à l'entreprise et aux rendements. Toutefois, de façon à profiter au maximum des contributions supplémentaires permises par le RRI, le salaire de M. X serait augmenté. Il en résulterait un surplus annuel pour M. X, qui investirait ces sommes dans un portefeuille personnel. Pour cette raison, M. X se constituerait un portefeuille de placement non enregistré détenu personnellement. Ce n'est donc pas un véhicule supplémentaire qui est mis en place mais bien deux! Les besoins du client étant basés sur un revenu de 100 000 $ indexé et le RRI étant basé sur un maximum projeté comme suit, une épargne supplémentaire annuelle se dégagerait comme il est indiqué au tableau ci-dessous :

Scénario RRI					
Année	**Salaire**	**T4**	**Surplus T4**	**Impôt marginal personnel**	**Épargne supplémentaire**
	($)	**($)**	**($)**	**($)**	**($)**
2006	100 000	105 556	5 556	48,2%	2 878
2007	103 000	111 425	8 425	48,2%	4 364
2008	106 090	117 620	11 530	48,2%	5 973
2009	109 273	124 160	14 887	48,2%	7 712
2010	112 551	131 063	18 512	48,2%	9 589
2011	115 927	138 350	22 423	48,2%	11 615
2012	119 405	146 042	26 637	48,2%	13 798
2013	122 987	154 162	31 175	48,2%	16 149
2014	126 677	162 734	36 057	48,2%	18 677
2015	130 477	171 782	41 305	48,2%	21 396
2016	134 392	181 333	46 941	48,2%	24 316
2017	138 423	191 415	52 992	48,2%	27 450
2018	142 576	202 058	59 482	48,2%	30 811
2019	146 853	213 292	66 439	48,2%	34 415
2020	151 259	225 151	73 892	48,2%	38 276
2021	19 806	19 806	-	48,2%	-

Basé sur le profil du client, les contributions annuelles projetées au RRI seraient comme suit[3] :

Année	RRI ($)
2006	75 363
2007	25 277
2008	27 173
2009	29 211
2010	31 402
2011	33 757
2012	36 289
2013	39 011
2014	41 937
2015	45 082
2016	48 463
2017	52 098
2018	56 005
2019	60 205
2020	64 720
2021	5 798

En fait, la première année, un montant de 184 949 $ pourrait être contribué en raison de services passés (du 1er janvier 1996 au 31 décembre 2005). De ce montant 133 100 $ proviendraient d'un transfert du REÉR existant et 51 849 $ seraient déboursés par l'employeur (la société) en surplus de la cotisation annuelle pour 2006 de 23 514 $. Toutefois, on doit aussi tenir compte des frais administratifs liés à la mise en place d'un RRI. Nous avons présumé des frais initiaux de 2 500 $ la première année et de 1

[3] Basé sur une illustration fournie par WestCoast Actuaries – www.westcoast-actuaries.com. Consultez l'annexe III pour le détail de cette illustration.

200 $ indexés à 2,5 % par la suite. La structure des frais dans les firmes actuarielles varie grandement dans le marché, mais nous croyons que ces frais sont raisonnables d'autant plus qu'une variation dans ces frais ne viendrait pas modifier substantiellement les résultats de cette analyse.

Un montant supplémentaire pourrait aussi être cotisé au REÉR en se basant sur le revenu gagné (tous employeurs confondus) en 1990. Ainsi, étant donné un revenu gagné de 40 000 $ en 1990, M. X pourrait faire une contribution de 10 800 $ à son REÉR en 2006, en plus de son RRI.

Tous les trois ans, le régime doit faire l'objet d'une évaluation actuarielle afin de déterminer les cotisations futures (trois ans). S'il se développe un déficit, l'employeur doit capitaliser le régime par des cotisations spéciales. Comme les hypothèses prescrites du régime sont un rendement de 7,5 %, dans notre exemple, nous nous retrouvons avec un déficit, donc des cotisations supplémentaires pour chaque tranche de trois ans.

Les calculs ont été faits de la façon suivante :

	Revenus Société ($)	T4 ($)	REÉR ($)	T4+FSS ($)	RRI	Frais ($)	Dépôts triennaux ($)*	Total charges salaire ($)	Revenus avant impôts ($)	Taux impôt	Impôts ($)	Bénéfice après impôts ($)
2006	400 000	105 556	10 800	119 498	75 363	2 500		197 361	202 639	20 %	40 528	162 112
2007	412 000	111 425	600	115 050	25 277	1 200		141 527	270 473	20 %	54 095	216 379
2008	424 360	117 620	600	121 412	27 173	1 230		149 815	274 545	19,5%	53 536	221 009
2009	437 091	124 160	600	128 128	29 211	1 261	19 712	178 312	258 779	19 %	49 168	209 611
2010	450 204	131 063	600	135 218	31 402	1 292		167 912	282 291	19 %	53 635	228 656
2011	463 710	138 350	600	142 702	33 757	1 325		177 783	285 926	19 %	54 326	231 600
2012	477 621	146 042	600	150 602	36 289	1 358	31 922	220 171	257 450	19 %	48 916	208 535
2013	491 950	154 162	600	158 941	39 011	1 392		199 344	292 606	19 %	55 595	237 011
2014	506 708	162 734	600	167 744	41 937	1 426		211 107	295 601	19 %	56 164	239 437
2015	521 909	171 782	600	177 036	45 082	1 462	48 842	272 422	249 487	19 %	47 403	202 084
2016	537 567	181 333	600	186 845	48 463	1 499		236 807	300 760	19 %	57 144	243 615
2017	553 694	191 415	600	197 199	52 098	1 536		250 834	302 860	19 %	57 543	245 317
2018	570 304	202 058	600	208 130	56 005	1 575	72 271	337 980	232 324	19 %	44 142	188 183
2019	587 413	213 292	600	219 667	60 205	1 614		281 486	305 927	19 %	58 126	247 801
2020	605 036	225 151	600	231 846	64 720	1 654		298 221	306 815	19 %	58 295	248 520
2021	100 000	19 806	600	20 957	5 798	2 500	187 616	216 871	116 871	19 %	22,205	94 665

* Les dépôts triennaux sont approximatifs et n'ont pas été validés par un actuaire.

Les versements aux REÉR, RRI, placements personnels et à la société de gestion ont permis l'accumulation des sommes suivantes, selon les hypothèses utilisées. Pour le détail des calculs, veuillez consulter l'annexe II.

Année	Âge	REÉR	RRI	Portefeuille gestion	Placements non enregistrés	Total actif de retraite	Impôts reportés	Valeur nette des actifs
		($)	($)	($)	($)	($)	($)	($)
1	50	186 585	218 886	337 199	3 057	745 727	303 682	442 046
2	51	196 544	256 371	581 963	8 152	1 043 031	402 667	640 364
3	52	207 001	297 722	843 451	15 551	1 363 725	507 605	856 121
4	53	217 982	363 977	1 103 656	25 539	1 711 154	623 605	1 087 549
5	54	229 511	415 148	1 392 795	38 429	2 075 882	741 494	1 334 388
6	55	241 616	471 350	1 697 689	54 558	2 465 214	865 840	1 599 373
7	56	254 327	566 539	1 992 615	74 296	2 887 777	1 004 793	1 882 984
8	57	267 673	635 827	2 324 075	98 039	3 325 615	1 144 085	2 181 530
9	58	281 687	711 653	2 672 377	126 220	3 791 937	1 291 162	2 500 776
10	59	296 401	845 856	2 993 291	159 307	4 294 855	1 457 614	2 837 242
11	60	311,851	939 034	3 370 839	197 807	4 819 532	1 621 919	3 197 613
12	61	328 074	1 040 689	3 766 313	242 269	5 377 345	1 795 581	3 581 764
13	62	345 108	1 227 413	4 111 502	293 285	5 977 308	1 995 451	3 981 858
14	63	362 993	1 351 999	4 532 879	351 498	6 599 369	2 189 536	4 409 833
15	64	381 773	1 487 555	4 972 405	417 600	7 259 333	2 394 646	4 864 688
16	65	401 500	1 765 018	5 061 037	441 260	7 668 815	2 556 641	5 112 174

À l'âge de 65 ans, M. X aura accumulé un total de 7 668 815 $ (sans aucun retrait) avec la stratégie RRI comparativement à 7 611 833 $ avec le REÉR traditionnel. En termes d'accumulation, nous pouvons constater que la stratégie du RRI accumule plus d'actifs au moment de la retraite de M. X (56 982 $, dans notre exemple). La valeur nette des actifs est de 5 112 174 $ avec la stratégie RRI et de 5 111 778 $ avec le REÉR seul (une différence de 376 $!).

Comme nous pouvons le voir, il y a, ici, en ce qui a trait à l'accumulation, très peu de différence. Toutefois, nous devons plutôt regarder quelle rente de retraite chaque stratégie pourrait payer à M. X afin de se faire une meilleure idée de la valeur de chaque stratégie.

Par exemple, en raison du salaire qui a dû être augmenté, le RRI a permis d'accumuler 441 260 $ dans un portefeuille non enregistré, avec un impôt reporté de 19 299 $.

À l'âge de 60 ans, les actifs de retraite accumulés net d'impôt sont de 3 197 613 $ avec un RRI et de 3 190 409 $ avec un REÉR traditionnel, soit une différence de 7 204 $.

4. À LA RETRAITE – STRATÉGIE RRI ET SOCIÉTÉ DE GESTION

Si l'on décidait de constituer une rente, ou un revenu de retraite avec des fonds du REÉR, du RRI, des fonds non enregistrés et de la société de gestion, chacune des stratégies pourrait générer une rente suffisante à des besoins de retraite prévisibles du client, mais là n'est pas la question. Par exemple, dans un tel scénario, le client ayant retiré un salaire de 100 000 $ (avant impôts) avant la retraite pourrait très bien évaluer ses besoins à la hausse à la retraite, en raison d'un train de vie plus élevé, de sa conjointe qui a moins de revenus de retraite ainsi qu'en raison de dépenses substantielles qui étaient défrayées par l'entreprise avant la retraite et qui ne peuvent plus être prises en charge par celle-ci. Ainsi, dans notre exemple, prenons un train de vie (la part de M. X, sans tenir compte de M^{me} X) à l'âge de 65 ans de 200 000 $ net d'impôt (en dollars d'aujourd'hui, cela correspondrait à 136 000 $ net d'impôt).

La rente projetée qui pourrait être versée par le RRI selon les hypothèses sous-jacentes du régime (rendement de 7,5 %) serait de 115 545 $. Toutefois, le régime pourrait aussi se bonifier en ajoutant de l'indexation aux prestations en fonction de l'indice des prix à la consommation jusqu'à un maximum de 4 %. Cela donnerait lieu à un déficit actuariel qui serait comblé par une cotisation finale de l'employeur. Notons cependant qu'une rente versée directement par le régime nécessite que l'employeur demeure en place au-delà de la retraite. Dans la majorité des cas, si l'entreprise-employeur est vendue, le régime sera terminé.

Ainsi, une rente à vie de 115 545 $ indexée selon l'inflation nécessiterait de nouvelles contributions par l'employeur pour renflouer le capital de régime. Cela est dû au fait que les 115 545 $ ont été déterminés en fonction d'une rente non indexée et d'un rendement de 7,5 % avant et après la retraite, tandis que les hypothèses de rendement de l'analyse financière font état d'un rendement de près de 5 % à la retraite dans le régime. Les hypothèses de rendement de notre exemple permettraient de maintenir le régime comme tel jusqu'à l'âge de 81 ans, et nécessiteraient de la capitalisation par l'employeur, ce qui n'est pas souvent pratique ou souhaitable.

Exemple :

Année	Âge	Dépôts annuels ($)	Retraits annuels ($)	Retrait minimum ($)	Croissance annuelle ($)	Rendement pondéré ($)	Valeur successorale ($)	Impôt reporté ($)
16	65	193 414	115 545	0	78 271	5 %	1 643 695	792 590
17	66	0	119 011	65 748	73 176	4,80%	1 597 860	770 488
18	67	0	122 582	66 577	70 818	4,80%	1 546 096	745 528
19	68	0	126 259	67 222	68 163	4,80%	1 488 000	717 514
20	69	0	130 047	67 636	65 195	4,80%	1 423 148	686 242
21	70	0	133 948	67 769	61 895	4,80%	1 351 094	651 498
22	71	0	137 967	67 555	58 243	4,80%	1 271 370	613 055
23	72	0	142 106	93 827	54 217	4,80%	1 183 481	570 675
24	73	0	146 369	88 524	49 792	4,80%	1 086 904	524 105
25	74	0	150 760	82 496	44 945	4,80%	981 089	473 081
26	75	0	155 283	75 642	39 647	4,80%	865 453	417 322
27	76	0	159 941	67 938	33 872	4,80%	739 384	356 531
28	77	0	164 740	59 077	27 589	4,80%	602 233	290 397
29	78	0	169 682	49 082	20 767	4,80%	453 317	218 590
30	79	0	174 772	37 761	13 373	4,80%	291 918	140 763
31	80	0	180 015	24 901	5 372	4,80%	117 275	56 550
32	81	0	117 275	10 262	0	0.00%	0	0

Si, comme dans la plupart des cas le régime est liquidé, un montant maximum de la valeur des droits du participant pourra être transféré à un régime enregistré[4]. Si le client prenait sa retraite avant l'âge de 65 ans, il pourrait, dans certains cas, étaler le montant imposable entre le moment de la retraite et l'âge de 65 ans. Le montant maximum pouvant être transféré est calculé de la façon suivante[5] : $A \times B$,

- où A est une rente payable par le régime si le participant a atteint l'âge de 65 ans à cette date;

- et B est un facteur qui est fonction de l'âge atteint à cette date. Ce facteur est de 12,4 à l'âge de 65 ans et il diminue par la suite.

---

4 *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), 5e supp., c. 1 et mod., par. 174.3(4).

5 *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., 1978, c. 945 et mod., par. 8517(1).

Ainsi, dans notre cas, à 65 ans le montant maximum à verser à un régime enregistré serait de 1 432 758 $. Le régime ayant une valeur projetée de 1 765 018 $, un montant « au comptant » serait versé dans l'année du transfert, soit 332 260 $. Évidemment, toute somme supplémentaire versée en raison d'une bonification du régime, notamment pour l'indexation d'une rente, viendrait augmenter la valeur « au comptant » à verser au moment de l'abandon du régime.

Reprenons notre cas au moment de la retraite. Donc, à 65 ans, M. X décide de terminer son régime sans le « bonifier » afin de ne pas augmenter la portion imposable entre ses mains. Il transfère donc le montant maximum, 1 432 758 $ dans un REÉR (non immobilisé, dans ce cas-ci) et recevra un montant forfaitaire imposable de 332 260 $. Par la suite, il retirera de ses REÉR le montant minimum et se versera des dividendes pour compléter ses besoins chiffrés à 200 000 $ indexés net d'impôts à partir de la 15^{e} année, soit à la retraite. Notons que les tableaux suivants et en annexes font état de retraits commençant à 65 ans. Les totaux seront donc différents pour la 16^{e} année par rapport aux tableaux précédents qui ne montraient pas de retrait à la 16^{e} année.

Les revenus provenant des régimes enregistrés sont projetés comme suit :

Année	Âge	Emploi Total ($)	REÉR/FERR ($)	Pension/RRI ($)
16	65	19 806	0	332 260
17	66	0	16 060	47 205
18	67	0	16 864	49 470
19	68	0	17 708	51 845
20	69	0	18 595	54 334
21	70	0	19 527	56 943
22	71	0	20 506	59 676
23	72	0	36 915	62 542
24	73	0	29 242	65 544
25	74	0	28 831	68 691
26	75	0	28 424	71 989
27	76	0	71 998	75 445
28	77	0	23 945	110 869
29	78	0	36,547	109 075
30	79	0	22,142	107 316
31	80	0	21 831	105 576
32	81	0	21 516	103 968
33	82	0	47 683	102 197
34	83	0	27 047	100 519
35	84	0	31 033	98 897
36	85	0	54 806	97 292
37	86	0	47 360	95 671
38	87	0	45 753	94 001
39	88	0	1 856	92 450
40	89	0	1 825	90 847
41	90	0	1 794	89 232
42	91	0	1 763	87 623
43	92	0	1 730	86 011
44	93	0	1 696	84 439

Le solde, permettant de compléter le besoin à la retraite de 200 000 $ après impôt est versé sous la forme de dividendes de la société de gestion. Selon nos hypothèses, une somme substantielle est accumulée au CDC et au IMRTD :

Année	Âge	Revenu non tiré d'entreprise ($)	Impôt remboursable ($)	Remb. d'impôt ($)	Dividende de placement ($)	Solde de l'IMRTD ($)	Dividende en capital ($)	Solde du CDC ($)
16	65	267 121	49 728	0	0	346 496	12 000	570 711
17	66	273 965	50 880	0	0	397 376	100 000	558 483
18	67	277 511	51 599	0	0	448 975	100 000	547 185
19	68	274 885	51 047	0	0	500 021	100 000	535 567
20	69	278 045	50 804	0	0	550,825	100 000	528 424
21	70	289 311	52 580	0	0	603 405	100 000	525 993
22	71	291 635	52 004	0	0	655 409	180 000	448 395
23	72	299 225	53 095	0	0	708 504	180 000	374 331
24	73	303 451	53 675	0	0	762 179	205,000	277 326
25	74	305 308	53 925	0	0	816 104	210 000	176 240
26	75	306 574	54 078	0	0	870 182	217 000	68 838
27	76	300 490	52 806	8 060	24 181	914 928	177 294	0
28	77	310 586	54 014	55 566	166 697	913 376	113 957	0
29	78	302 919	52 715	56 508	169 523	909 584	111 223	0
30	79	303 067	52 172	64 338	193 015	897 417	113 523	0
31	80	308 029	52 717	70 252	210 755	879 883	116 379	0
32	81	300 054	51 749	75 250	225 751	856 381	111 887	0
33	82	299 235	51 051	74 599	223 796	832 834	113 771	0
34	83	295 876	49 957	84 675	254 026	798 116	114 560	0
35	84	291 280	48 699	89 797	269 390	757 018	114 711	0
36	85	291 000	48 471	89 636	268 909	715 853	115 169	0
37	86	282 033	46 812	99 236	297 709	663 429	112 339	0
38	87	276 918	45 649	106 432	319 295	602 646	111 477	0
39	88	277 656	45 371	124 875	374 626	523 141	113 011	0
40	89	267 558	43 611	134 799	404 396	431 954	109 239	0
41	90	256 663	41 687	146 522	439 566	327 119	105 250	0
42	91	241 738	38 718	151 332	453 996	214 505	101 298	0
43	92	229 113	36 508	165 032	495 097	85 980	96 576	0
44	93	213 444	33 845	119 826	527 276	0	90 472	0

Selon les hypothèses, la valeur nette des actifs résiduels à l'âge de 90 ans avec une stratégie RRI serait de 3 259 378 $ tel qu'il est présenté au tableau ci-dessous :

Année	Âge	REÉR ($)	RRI ($)	Portefeuille gestion ($)	Placements non enreg. ($)	Total actif de retraite ($)	Impôts reportés ($)	Valeur nette des actifs ($)
16	65	401 500	1 416 145	5 053 206	443 525	7 314 376	2 388 263	4 926 113
17	66	404 731	1 434 641	5 138 134	388 798	7 366 304	2 445 475	4 920 829
18	67	407 288	1 451 663	5 226 532	324 736	7 410 219	2 501 373	4,908 846
19	68	409 096	1 467 020	5 322 301	250 706	7 449 123	2 555 623	4 893 499
20	69	410 072	1 480 509	5 426 547	166 023	7 483 150	2 607 886	4 875 264
21	70	410 128	1 491 912	5 533 383	69 939	7 505 362	2 658 658	4 846 704
22	71	409 168	1 500 998	5 565 451	51 011	7 526 628	2 711 593	4 815 035
23	72	390 936	1 507 519	5 597 269	30 750	7 526 474	2 755 131	4 771 343
24	73	379 856	1 511 205	5 603 355	30 200	7 524 615	2 801 958	4 722 658
25	74	368 660	1 511 771	5 604 015	28 025	7 512 471	2 847 132	4 665 339
26	75	357 337	1 508 907	5 597 006	26 194	7 489 444	2 890 548	4 598 896
27	76	299 687	1 502 284	5 617 847	2 287	7 422 105	2 900 305	4 521 800
28	77	289 614	1 458 219	5 601 227	4 107	7 353 167	2 869 132	4 484 035
29	78	265 805	1 413 918	5 587 642	0	7 267 364	2 829 778	4 437 586
30	79	255 933	1 369 332	5 556 093	0	7 181 358	2 788 836	4 392 522
31	80	245 896	1 324 431	5 505 712	1 845	7 077 884	2 741 377	4 336 507
32	81	235 690	1 279 059	5 447 497	0	6 962 245	2 688 238	4 274 007
33	82	197 487	1 233 364	5 387 846	0	6 818 697	2 621 284	4 197 413
34	83	179 039	1 187 233	5 305 207	0	6 671 480	2 552 618	4 118 862
35	84	155 477	1 140 589	5 209 959	0	6 506 025	2 475 031	4 030 994
36	85	105 754	1 093 386	5 109 328	0	6 308 469	2 383 855	3 924 614
37	86	61 345	1 045 616	4 988 559	0	6 095 519	2 284 239	3 811 280
38	87	16 379	997 303	4 848 600	0	5 862 282	2 175 607	3 686 675
39	88	15 258	948 295	4 658 953	1 434	5 623 940	2 067 868	3 556 072
40	89	14 113	898 615	4 443 727	5 202	5 361 657	1 948 125	3 413 533
41	90	12 943	848 242	4 198 014	14 555	5 073 753	1 814 376	**3 259 378**
42	91	11 746	797 136	3 938 356	15 181	4 762 419	1 672 897	3 089 523
43	92	10 523	745 267	3 642 466	23 656	4 421 911	1 514 989	2 906 922
44	93	9 274	692 555	3 261 057	32 470	3 995 356	1 343 298	2 652 057

5. À LA RETRAITE – REÉR ET SOCIÉTÉ DE GESTION

Dans la stratégie traditionnelle, le versement minimum du REÉR ainsi que le versement de dividendes de la société de gestion généreront les revenus suivants :

Année	Âge	Emploi total ($)	REÉR/FERR ($)	Pension/RRI
16	65	12 983	0	0
17	66	0	49 152	0
18	67	0	51 608	0
19	68	0	54 187	0
20	69	0	56 896	0
21	70	0	59 740	0
22	71	0	62 728	0
23	72	0	92 357	0
24	73	0	91 038	0
25	74	0	89 744	0
26	75	0	88 461	0
27	76	0	87 285	0
28	77	0	85 968	0
29	78	0	84 725	0
30	79	0	83 524	0
31	80	0	82 334	0
32	81	0	81 127	0
33	82	0	79 872	0
34	83	0	78 716	0
35	84	0	77 510	0
36	85	0	76 290	0
37	86	0	75 071	0
38	87	0	73 844	0
39	88	0	72 647	0
40	89	0	71 413	0
41	90	0	70 172	0
42	91	0	68 937	0
43	92	0	67 639	0
44	93	0	66 292	0

Année	Âge	Revenu non tiré d'entreprise ($)	Impôt remboursable ($)	Remb. d'impôt ($)	Dividende de placement ($)	Solde de l'IMRTD ($)	Dividende en capital ($)	Solde du CDC ($)
16	65	326 294	61 234	0	0	416 359	215 000	446 943
17	66	319 872	60 049	0	0	476 408	150 000	397 215
18	67	331 548	61 787	0	0	538 195	165 000	337 705
19	68	336 203	62 554	0	0	600 750	177 000	268 019
20	69	340 146	63 205	0	0	663 955	185 764	191 113
21	70	342 982	63 729	0	0	727 684	180 000	120 889
22	71	346 364	64 316	0	0	792 000	185 000	46 888
23	72	342 461	62 960	24 375	73 124	830 586	159 351	0
24	73	351 981	64 224	49 252	147 757	845 557	117 243	0
25	74	353 080	64 401	52 203	156 608	857 755	117 689	0
26	75	345 868	62 620	54 356	163 068	866 020	117 445	0
27	76	354 642	63 765	61 438	184 314	868 347	121 915	0
28	77	354 564	63 741	61 434	184 303	870 654	121 922	0
29	78	355 928	63 828	71 437	214 312	863 044	122 925	0
30	79	354 944	63 594	74 937	224 810	851 701	122 778	0
31	80	353 345	63 255	78 516	235 548	836 441	122 400	0
32	81	351 363	62 829	83 843	251 529	815 426	121 955	0
33	82	348 587	62 262	89 268	267 803	788 421	121 227	0
34	83	339 120	59 712	94 316	282 948	753 816	121 589	0
35	84	338 696	59 425	98 609	295 828	714 632	122 138	0
36	85	335 366	58 669	109 865	329 596	663 436	121 507	0
37	86	330 098	57 629	115 561	346 684	605 503	119 990	0
38	87	318 600	55 249	119 896	359 687	540 856	117 420	0
39	88	317 003	54 603	131 754	395 261	463 706	118 040	0
40	89	307 662	52 894	138 012	414 035	378 588	114 892	0
41	90	298 150	51 095	147 675	443 024	282 009	111 874	0
42	91	283 413	48 132	157 596	472 789	172 545	108 107	0
43	92	273 935	46 269	163 729	491 187	55 084	105 317	0
44	93	260 029	43 731	98 815	527 122	0	100 585	0

Selon ces hypothèses, les actifs accumulés net d'impôts, à l'âge de 90 ans, seraient de 3 773 926 $ avec une stratégie dite traditionnelle.

Année	Âge	REÉR ($)	Portefeuille gestion ($)	Placements non enregistrés ($)	Total actif de retraite ($)	Impôts reportés ($)	Valeur nette des actifs ($)
16	65	1 228 804	6 155 432	19 628	7 403 864	2 498 259	4 905 605
17	66	1 238 589	6 232 843	6 059	7 477 492	2 560 666	4 916 826
18	67	1 246 300	6 295 445	2 892	7 544 636	2 622 728	4 921 908
19	68	1 251 702	6 347 452	7 450	7 606 604	2 684 286	4 922 318
20	69	1 254 544	6 391 907	16 588	7 663 040	2 745 125	4 917 915
21	70	1 254 556	6 443 986	14 986	7 713 528	2 804 996	4 908 533
22	71	1 251 446	6 492 619	13 323	7 757 389	2 863 766	4 893 623
23	72	1 217 084	6 523 101	18 101	7 758 285	2 883 077	4 875,208
24	73	1 182 401	6 543 351	21 880	7 747 631	2 877 750	4 869 881
25	74	1 147 353	6 557 541	23 451	7 728 345	2 869 442	4 858 903
26	75	1 111 912	6 573 845	19 891	7 705 649	2 858 162	4 847 487
27	76	1 075 943	6 568 735	26 235	7 670 913	2 839 807	4 831 107
28	77	1 039 569	6 563 374	23 022	7 625 965	2 820 996	4 804 969
29	78	1 002 689	6 534 723	31 482	7 568 894	2 792 007	4 776 887
30	79	965 234	6 497 411	36 917	7 499 561	2 758 959	4 740 602
31	80	927 161	6 451 209	38 762	7 417 132	2 721 621	4 695 512
32	81	888 459	6 392 044	39 981	7 320 484	2 678 105	4 642 379
33	82	849 143	6 319 524	40 078	7 208 744	2 628 173	4 580 570
34	83	809 079	6 239 224	39 118	7 087 421	2 571 355	4 516 066
35	84	768 281	6 144 857	35 256	6 948 393	2 508 901	4 439 492
36	85	726 725	6 022 617	41 508	6 790 849	2 434 156	4 356 693
37	86	684 372	5 884 460	45 410	6 614 242	2 352 149	4 262 093
38	87	641 188	5 737 434	42 242	6 420 864	2 263 487	4 157 377
39	88	597 101	5 556 557	50 715	6 204 373	2 161 358	4 043 014
40	89	552 101	5 358 091	55 275	5 965 467	2 050 819	3 914 648
41	90	506 149	5 133 628	62 416	5 702 193	1 928 267	**3 773 926**
42	91	459 190	4 885 225	71 613	5 416 028	1 792 948	3 623 080
43	92	411 240	4 615 395	75 818	5 102 453	1 648 668	3 453 785
44	93	362 297	4 236 625	84 201	4 683 123	1 489 383	3 193 740

De façon surprenante, la stratégie REÉR permettrait donc, dans ce cas-ci, d'accumuler 514 548 $. Ce qui n'est pas substantiel sur une somme de plus de 3 M$; cela représente moins de 16 % sur une période de 40 ans.

Toutefois, cela peut permettre d'être plus prudent lorsqu'on recommande un RRI pour un propriétaire d'entreprise. Le cas « idéal » peut ne pas être aussi probant que cela. Les critères ou les circonstances auraient pu rendre ce cas tout à fait adapté à un RRI.

CONCLUSION

Cette simple analyse ne permet pas de conclure qu'une stratégie est meilleure que l'autre. Dans ce cas-ci, la stratégie dite traditionnelle semble avoir un léger avantage sur le RRI. Toutefois, tellement de facteurs entrent en ligne de compte que la morale de l'histoire est de ne pas être trop hâtif dans nos recommandations mais de bien évaluer les circonstances et les objectifs du client au préalable.

Certaines circonstances rendraient le RRI plus avantageux pour le client :

- Un taux d'imposition corporatif plus élevé rendrait la déduction supplémentaire permise par le RRI plus intéressante.

- De la même façon, dans le cas où le propriétaire d'entreprise se verse un boni élevé dans le but de ramener le profit de l'entreprise au-dessous du seuil permettant de profiter de la DPE, le fait d'avoir un RRI pourrait permettre de mettre à l'abri de l'impôt des sommes qui seraient autrement imposées à un taux élevé.

- Dans le cas d'un propriétaire qui transfère l'entreprise à ses enfants, le RRI peut permettre un transfert d'actif intergénérationnel très efficace. Cette situation peut aussi permettre de garder le régime « ouvert » et de ne pas avoir à verser une somme au comptant au moment de la retraite.

D'un autre côté, certains facteurs pourraient être invoqués en faveur de la stratégie traditionnelle :

- Le RRI étant un régime de retraite au sens de la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*[6], il est soumis aux règles de partage du patrimoine familial, ce qui n'est en général pas le cas dans des placements dans une compagnie de gestion.

---

6 L.R.Q., c. R-15.1.

- Dans le cas ou le/la conjoint/e n'a pas de revenu, le REÉR de conjoint peut permettre de fractionner le revenu au moment de la retraite, et ainsi diminuer le taux d'imposition global.

- Une multitude de stratégies existent pour différer l'impôt des sommes investies dans une société de gestion. Une fois dans le RRI, les sommes ont une charge fiscale qui ne peut être modifiée jusqu'au retrait. Dans l'exemple du présent texte, des placements fiscalement avantageux auraient été recommandés dans la société de gestion.

- À ce sujet, par exemple, un propriétaire d'entreprise avec des surplus aura intérêt à mettre en place une assurance vie aux fins de planification successorale. Lorsque des sommes sont destinées aux héritiers, l'assurance vie est un outil hors pair pour mettre des sommes à l'abri de l'impôt. Dans notre exemple, elle aurait permis un accroissement du patrimoine pour les héritiers.

Ainsi, le RRI est un outil de la planification financière qui doit être étudié pour chaque situation. La planification financière est un exercice complexe puisqu'elle implique une multitude d'activités, de transactions qui peuvent jouer un rôle bien différent en fonction du sujet. Malgré la tentation d'utiliser des « recettes » pour différents profils de clientèle, il n'existe pas deux clients ayant une situation identique.

ANNEXES

ANNEXE I – SCÉNARIO REÉR

Préparé pour :

Marc Tremblay (CAS FICTIF)

Préparé par :

NATHALIE FISETTE-CAZA

Disclaimer

This document has been prepared to assist in the analysis of your current financial position, thereby helping to identify potential problem areas. Although great care has been taken to ensure the accuracy of all aspects of the document, it should be kept in mind that the various projections are based on numerous assumptions, and as such it is unlikely that the future will unfold exactly as illustrated. The investment and/or life insurance values projected within this plan should not be construed as a prediction or guarantee of future performance. This document is designed to help you chart the appropriate courses of action, and should be reviewed and revised regularly to ensure its timeliness and relevance to your changing financial position.

Hypothèses

Hypothèses fiscales

Les calculs de l'impôt de la première année sont basés sur la déclaration T1/TP1 actuelle.

Les calculs de l'impôt allant au-delà de la première année des projections sont basés sur la déclaration T1/TP1 actuelle avec les hypothèses suivantes :

- les tranches d'imposition et autres seuils de revenu sont indexés selon l'inflation;
- les prestations du RPC/RRQ et de la SV sont indexées selon l'inflation moins 1.00% (lorsque incluses)

L'impôt successoral est calculé au 2e décès (sans impôt au 1er décès) au taux marginal le plus élevé de 48.22%

La croissance des placements non protégés est composée après impôt aux taux marginaux hypothétiques suivants :

Marc	45.00%
Détention conjointe	

Hypothèses sur l'index	Taux	Intérêts	Div.	Gain en capital	Gain réalisé
Inflation	3.00%				
Liquidités	4.00%				
Obligations : Canadiennes	5.00%	85.00%		15.00%	15.00%
Obligations : Étrangères	5.50%	80.00%		20.00%	15.00%
Actions : Canadiennes	6.00%		10.00%	90.00%	10.00%
Actions : Étrangères	6.50%		5.00%	95.00%	10.00%
Actions américaines	6.50%			100.00%	5.00%
Spécialisé	6.50%			100.00%	5.00%

Roulement du portefeuille	Non enregistrés	REER/FERR Can.	REER/FERR Étr.	LRSP/BFT Can.	LRSP/BFT Étr.
Marc	15.00%	50.00%	50.00%		
Détention conjointe					

Les rendements projetés pour les différents portefeuilles de placements sont calculés en vertu de la répartition annuelle des actifs et du rendement présumé pour chaque catégorie d'actifs. Tous les taux d'indexation indiqués, incluant les taux de roulement du portefeuille, sont utilisés pour la première année des projections. Les taux pris en considération utilisés avant la première année peuvent être différents. Veuillez vous référer aux documents Hypothèses de rendement pour plus de détails.

Économies de placements	Non enregistrés	REER/FERR	LRSP/BFT
Marc	Annual, First Day	Annual, First Day	
Détention conjointe			

Retraits de placements	Non enregistrés	REER/FERR	LRSP/BFT
Marc	Annual, First Day	Annual, First Day	
Détention conjointe			

Remarque : La fréquence et le moment hypothétiques des placements sont essentiels au calcul des résultats prévus.

REER / FERR

Projection de la valeur des placements

Préparé pour : **M. Marc Tremblay**
Préparé par : **NATHALIE FISETTE-CAZA**

Année	Âge	Dépôts annuels	Retraits annuels	Retrait minimum	Bénéfice annuel	Rendement pondéré	Solde de fin d'année	Impôt reporté
1	50	18 000	0	0	15 884	5.00%	333 884	160 999
2	51	19 000	0	0	17 627	5.00%	370 511	178 660
3	52	20 000	0	0	19 506	5.00%	410 017	197 710
4	53	21 000	0	0	21 529	5.00%	452 546	218 218
5	54	22 000	0	0	23 704	5.00%	498 250	240 256
6	55	22 550	0	0	26 014	5.00%	546 813	263 673
7	56	23 114	0	0	28 468	5.00%	598 395	288 546
8	57	23 692	0	0	31 073	5.00%	653 161	314 954
9	58	24 284	0	0	33 838	5.00%	711 283	342 981
10	59	24 891	0	0	36 772	5.00%	772 946	372 714
11	60	25 513	0	0	39 883	5.00%	838 342	404 248
12	61	26 151	0	0	43 181	5.00%	907 674	437 681
13	62	26 805	0	0	46 677	5.00%	981 157	473 114
14	63	27 475	0	0	50 381	5.00%	1 059 013	510 656
15	64	28 162	0	0	54 304	5.00%	1 141 479	550 421
16	65	28 866	0	0	58 459	5.00%	1 228 804	592 529
17	66	0	49 152	49 152	58 938	5.00%	1 238 589	597 248
18	67	0	51 608	51 608	59 318	5.00%	1 246 300	600 966
19	68	0	54 187	54 187	59 589	5.00%	1 251 702	603 571
20	69	0	56 896	56 896	59 738	5.00%	1 254 544	604 941
21	70	0	59 740	59 740	59 752	5.00%	1 254 556	604 947
22	71	0	62 728	62 728	59 618	5.00%	1 251 446	603 447
23	72	0	92 357	92 357	57 994	5.00%	1 217 084	586 878
24	73	0	91 038	91 038	56 355	5.00%	1 182 401	570 154
25	74	0	89 744	89 744	54 697	5.01%	1 147 353	553 254
26	75	0	88 461	88 461	53 020	5.01%	1 111 912	536 164
27	76	0	87 285	87 285	51 317	5.01%	1 075 943	518 820
28	77	0	85 968	85 968	49 593	5.01%	1 039 569	501 280
29	78	0	84 725	84 725	47 845	5.01%	1 002 689	483 497
30	79	0	83 524	83 524	46 069	5.01%	965 234	465 436
31	80	0	82 334	82 334	44 262	5.01%	927 161	447 077
32	81	0	81 127	81 127	42 424	5.01%	888 459	428 415
33	82	0	79 872	79 872	40 556	5.02%	849 143	409 457
34	83	0	78 716	78 716	38 652	5.02%	809 079	390 138
35	84	0	77 510	77 510	36 712	5.02%	768 281	370 465
36	85	0	76 290	76 290	34 734	5.02%	726 725	350 427
37	86	0	75 071	75 071	32 718	5.02%	684 372	330 004
38	87	0	73 844	73 844	30 660	5.02%	641 188	309 181
39	88	0	72 647	72 647	28 559	5.02%	597 101	287 922
40	89	0	71 413	71 413	26 413	5.02%	552 101	266 223
41	90	0	70 172	70 172	24 220	5.03%	506 149	244 065
42	91	0	68 937	68 937	21 979	5.03%	459 190	221 421
43	92	0	67 639	67 639	19 688	5.03%	411 240	198 300
44	93	0	66 292	66 292	17 349	5.03%	362 297	174 700

Régime à cotisations déterminées

Projection des valeurs de la pension

Préparé pour : **M. Marc Tremblay**
Préparé par : **NATHALIE FISETTE-CAZA**

Année	Âge	Dépôts annuels	Retraits annuels	Retrait minimum	Croissance annuelle	Rendement pondéré	Valeur successorale	Impôt reporté
1	50	0	0	0	0	0.00%	0	0
2	51	0	0	0	0	0.00%	0	0
3	52	0	0	0	0	0.00%	0	0
4	53	0	0	0	0	0.00%	0	0
5	54	0	0	0	0	0.00%	0	0
6	55	0	0	0	0	0.00%	0	0
7	56	0	0	0	0	0.00%	0	0
8	57	0	0	0	0	0.00%	0	0
9	58	0	0	0	0	0.00%	0	0
10	59	0	0	0	0	0.00%	0	0
11	60	0	0	0	0	0.00%	0	0
12	61	0	0	0	0	0.00%	0	0
13	62	0	0	0	0	0.00%	0	0
14	63	0	0	0	0	0.00%	0	0
15	64	0	0	0	0	0.00%	0	0
16	65	0	0	0	0	0.00%	0	0
17	66	0	0	0	0	0.00%	0	0
18	67	0	0	0	0	0.00%	0	0
19	68	0	0	0	0	0.00%	0	0
20	69	0	0	0	0	0.00%	0	0
21	70	0	0	0	0	0.00%	0	0
22	71	0	0	0	0	0.00%	0	0
23	72	0	0	0	0	0.00%	0	0
24	73	0	0	0	0	0.00%	0	0
25	74	0	0	0	0	0.00%	0	0
26	75	0	0	0	0	0.00%	0	0
27	76	0	0	0	0	0.00%	0	0
28	77	0	0	0	0	0.00%	0	0
29	78	0	0	0	0	0.00%	0	0
30	79	0	0	0	0	0.00%	0	0
31	80	0	0	0	0	0.00%	0	0
32	81	0	0	0	0	0.00%	0	0
33	82	0	0	0	0	0.00%	0	0
34	83	0	0	0	0	0.00%	0	0
35	84	0	0	0	0	0.00%	0	0
36	85	0	0	0	0	0.00%	0	0
37	86	0	0	0	0	0.00%	0	0
38	87	0	0	0	0	0.00%	0	0
39	88	0	0	0	0	0.00%	0	0
40	89	0	0	0	0	0.00%	0	0
41	90	0	0	0	0	0.00%	0	0
42	91	0	0	0	0	0.00%	0	0
43	92	0	0	0	0	0.00%	0	0
44	93	0	0	0	0	0.00%	0	0

Placements non enregistrés

Projection de la valeur des placements

Préparé pour : **M. Marc Tremblay**
Préparé par : **NATHALIE FISETTE-CAZA**

Année	Âge	Dépôts annuels	Retraits annuels	Croissance annuelle	Rendement pondéré	Provision pour impôt	Solde de fin d'année	Impôt reporté
1	50	0	0	0	0.00%	0	0	0
2	51	0	0	0	0.00%	0	0	0
3	52	0	0	0	0.00%	0	0	0
4	53	0	0	0	0.00%	0	0	0
5	54	0	0	0	0.00%	0	0	0
6	55	0	0	0	0.00%	0	0	0
7	56	0	0	0	0.00%	0	0	0
8	57	0	0	0	0.00%	0	0	0
9	58	0	0	0	0.00%	0	0	0
10	59	0	0	0	0.00%	0	0	0
11	60	0	0	0	0.00%	0	0	0
12	61	0	0	0	0.00%	0	0	0
13	62	0	0	0	0.00%	0	0	0
14	63	0	0	0	0.00%	0	0	0
15	64	0	0	0	0.00%	0	0	0
16	65	18 536	60	1 205	6.50%	52	19 628	235
17	66	0	13 770	382	6.50%	181	6 059	133
18	67	0	3 265	182	6.50%	84	2 892	87
19	68	4 155	23	458	6.50%	32	7 450	163
20	69	8 236	51	1 020	6.50%	67	16 588	337
21	70	0	2 401	925	6.50%	126	14 986	425
22	71	0	2 340	825	6.50%	148	13 323	465
23	72	3 832	56	1 115	6.50%	113	18 101	613
24	73	2 642	67	1 348	6.50%	144	21 880	783
25	74	369	72	1 446	6.50%	172	23 451	947
26	75	0	4 465	1 238	6.50%	332	19 891	890
27	76	5 001	81	1 618	6.50%	195	26 235	1 072
28	77	0	4 291	1 431	6.50%	353	23 022	1 038
29	78	6 844	97	1 941	6.50%	229	31 482	1 260
30	79	3 547	114	2 277	6.50%	275	36 917	1 515
31	80	0	228	2 393	6.50%	319	38 762	1 749
32	81	0	872	2 471	6.50%	380	39 981	1 938
33	82	0	1 934	2 481	6.50%	451	40 078	2 053
34	83	0	2 876	2 426	6.50%	509	39 118	2 092
35	84	0	5 435	2 197	6.50%	624	35 256	1 953
36	85	4 200	128	2 565	6.50%	384	41 508	2 160
37	86	1 660	140	2 806	6.50%	424	45 410	2 382
38	87	0	5 130	2 627	6.50%	664	42 242	2 303
39	88	5 955	157	3 133	6.50%	458	50 715	2 568
40	89	1 823	171	3 415	6.50%	507	55 275	2 848
41	90	4 043	193	3 856	6.50%	566	62 416	3 171
42	91	5 631	221	4 423	6.50%	635	71 613	3 557
43	92	456	234	4 684	6.50%	701	75 818	3 935
44	93	4 216	260	5 202	6.50%	776	84 201	4 358

Société de portefeuille no 1: Investissements

Projection de la valeur des placements

Préparé pour : **Marc Tremblay**
Préparé par : **NATHALIE FISETTE-CAZA**

Année	Âge	Dépôt annuel	Retrait annuel	Croissance annuelle	Rendement pondéré	Impôt à payer net du remb.	Solde de fin d'année	Impôt reporté
1	50	223 051	0	21 637	5.80%	3 662	391 026	2 923
2	51	229 776	0	36 006	5.80%	6 740	650 068	7 142
3	52	238 216	0	51 520	5.75%	10 383	929 421	12 440
4	53	246 991	0	67 644	5.75%	13 408	1 230 647	20 271
5	54	254 541	0	85 398	5.75%	20 630	1 549 957	26 455
6	55	262 728	0	104 229	5.75%	25 638	1 891 276	33 544
7	56	271 174	0	124 341	5.70%	31 085	2 255 707	41 500
8	57	279 888	0	144 529	5.70%	34 861	2 645 263	53 434
9	58	288 877	0	167 246	5.70%	46 525	3 054 860	61 058
10	59	298 151	0	191 122	5.70%	53 212	3 490 921	69 726
11	60	307 719	0	216 522	5.65%	60 415	3 954 747	79 414
12	61	317 589	0	241 387	5.65%	65 174	4 448 549	94 799
13	62	327 771	0	269 862	5.65%	81 615	4 964 568	103 246
14	63	338 275	0	299 611	5.60%	90 168	5 512 286	113 068
15	64	349 111	0	328 238	5.60%	95 878	6 093 757	130 062
16	65	56 987	215 000	332 402	5.62%	112 714	6 155 432	131 651
17	66	0	150 000	337 505	5.62%	110 094	6 232 843	136 239
18	67	0	165 000	341 013	5.62%	113 411	6 295 445	138 702
19	68	0	177 000	343 857	5.62%	114 849	6 347 452	140 693
20	69	0	185 764	346 287	5.62%	116 068	6 391 907	142 291
21	70	0	180 000	349 109	5.62%	117 031	6 443 986	143 885
22	71	0	185 000	351 755	5.65%	118 121	6 492 619	145 287
23	72	0	232 475	353 698	5.65%	90 742	6 523 101	148 211
24	73	0	265 000	353 583	5.65%	68 333	6 543 351	148 628
25	74	0	274 297	354 202	5.68%	65 714	6 557 541	148 920
26	75	0	280 513	356 535	5.68%	59 718	6 573 845	151 695
27	76	0	306 229	356 001	5.68%	54 882	6 568 735	152 049
28	77	0	306 225	355 711	5.68%	54 846	6 563 374	152 347
29	78	0	337 237	353 645	5.68%	45 058	6 534 723	151 753
30	79	0	347 588	351 429	5.68%	41 153	6 497 411	150 838
31	80	0	357 948	348 722	5.68%	36 975	6 451 209	149 635
32	81	0	373 484	345 215	5.68%	30 896	6 392 044	148 035
33	82	0	389 030	340 971	5.72%	24 462	6 319 524	146 054
34	83	0	404 537	338 337	5.72%	14 100	6 239 224	145 850
35	84	0	417 966	332 976	5.72%	9 377	6 144 857	144 362
36	85	0	451 103	325 683	5.72%	-3 181	6 022 617	141 843
37	86	0	466 674	317 800	5.74%	-10 717	5 884 460	138 643
38	87	0	477 107	310 382	5.74%	-19 699	5 737 434	136 505
39	88	0	513 301	299 865	5.74%	-32 558	5 556 557	132 046
40	89	0	528 927	288 586	5.74%	-41 875	5 358 091	127 083
41	90	0	554 898	275 703	5.76%	-54 732	5 133 628	121 242
42	91	0	580 896	262 237	5.76%	-70 256	4 885 225	115 733
43	92	0	596 504	247 030	5.76%	-79 644	4 615 395	108 733
44	93	0	627 707	229 691	5.76%	-19 246	4 236 625	100 839

Valeur nette projetée

Projection de la valeur nette et des valeurs successorales

Préparé pour : **Marc Tremblay**
Préparé par : **NATHALIE FISETTE-CAZA**

Année	Âge	REER	RRI	Portefeuille Gestion	Placements non-enregistrés	Total actif de retraite	Impôts reportés	Valeur nette des actifs
1	50	333 884	0	391 026	0	724 910	286 802	438 107
2	51	370 511	0	650 068	0	1 020 578	385 521	635 058
3	52	410 017	0	929 421	0	1 339 438	490 838	848 600
4	53	452 546	0	1 230 647	0	1 683 193	603 284	1 079 909
5	54	498 250	0	1 549 957	0	2 048 207	722 599	1 325 608
6	55	546 813	0	1 891 276	0	2 438 090	849 014	1 589 076
7	56	598 395	0	2 255 707	0	2 854 102	982 897	1 871 205
8	57	653 161	0	2 645 263	0	3 298 423	1 124 979	2 173 444
9	58	711 283	0	3 054 860	0	3 766 143	1 275 377	2 490 767
10	59	772 946	0	3 490 921	0	4 263 867	1 434 463	2 829 403
11	60	838 342	0	3 954 747	0	4 793 089	1 602 680	3 190 409
12	61	907 674	0	4 448 549	0	5 356 224	1 781 073	3 575 150
13	62	981 157	0	4 964 568	0	5 945 724	1 969 617	3 976 107
14	63	1 059 013	0	5 512 286	0	6 571 298	2 168 740	4 402 559
15	64	1 141 479	0	6 093 757	0	7 235 236	2 379 774	4 855 462
16	65	1 228 804	0	6 155 432	19 628	7 403 864	2 498 259	4 905 605
17	66	1 238 589	0	6 232 843	6 059	7 477 492	2 560 666	4 916 826
18	67	1 246 300	0	6 295 445	2 892	7 544 636	2 622 728	4 921 908
19	68	1 251 702	0	6 347 452	7 450	7 606 604	2 684 286	4 922 318
20	69	1 254 544	0	6 391 907	16 588	7 663 040	2 745 125	4 917 915
21	70	1 254 556	0	6 443 986	14 986	7 713 528	2 804 996	4 908 533
22	71	1 251 446	0	6 492 619	13 323	7 757 389	2 863 766	4 893 623
23	72	1 217 084	0	6 523 101	18 101	7 758 285	2 883 077	4 875 208
24	73	1 182 401	0	6 543 351	21 880	7 747 631	2 877 750	4 869 881
25	74	1 147 353	0	6 557 541	23 451	7 728 345	2 869 442	4 858 903
26	75	1 111 912	0	6 573 845	19 891	7 705 649	2 858 162	4 847 487
27	76	1 075 943	0	6 568 735	26 235	7 670 913	2 839 807	4 831 107
28	77	1 039 569	0	6 563 374	23 022	7 625 965	2 820 996	4 804 969
29	78	1 002 689	0	6 534 723	31 482	7 568 894	2 792 007	4 776 887
30	79	965 234	0	6 497 411	36 917	7 499 561	2 758 959	4 740 602
31	80	927 161	0	6 451 209	38 762	7 417 132	2 721 621	4 695 512
32	81	888 459	0	6 392 044	39 981	7 320 484	2 678 105	4 642 379
33	82	849 143	0	6 319 524	40 078	7 208 744	2 628 173	4 580 570
34	83	809 079	0	6 239 224	39 118	7 087 421	2 571 355	4 516 066
35	84	768 281	0	6 144 857	35 256	6 948 393	2 508 901	4 439 492
36	85	726 725	0	6 022 617	41 508	6 790 849	2 434 156	4 356 693
37	86	684 372	0	5 884 460	45 410	6 614 242	2 352 149	4 262 093
38	87	641 188	0	5 737 434	42 242	6 420 864	2 263 487	4 157 377
39	88	597 101	0	5 556 557	50 715	6 204 373	2 161 358	4 043 014
40	89	552 101	0	5 358 091	55 275	5 965 467	2 050 819	3 914 648
41	90	506 149	0	5 133 628	62 416	5 702 193	1 928 267	3 773 926
42	91	459 190	0	4 885 225	71 613	5 416 028	1 792 948	3 623 080
43	92	411 240	0	4 615 395	75 818	5 102 453	1 648 668	3 453 785
44	93	362 297	0	4 236 625	84 201	4 683 123	1 489 383	3 193 740

ANNEXE II

Plan financier personnel

Préparé pour :

Marc Tremblay

Préparé par :

NATHALIE FISETTE-CAZA

Disclaimer

This document has been prepared to assist in the analysis of your current financial position, thereby helping to identify potential problem areas. Although great care has been taken to ensure the accuracy of all aspects of the document, it should be kept in mind that the various projections are based on numerous assumptions, and as such it is unlikely that the future will unfold exactly as illustrated. The investment and/or life insurance values projected within this plan should not be construed as a prediction or guarantee of future performance. This document is designed to help you chart the appropriate courses of action, and should be reviewed and revised regularly to ensure its timeliness and relevance to your changing financial position.

Hypothèses

Hypothèses fiscales

Les calculs de l'impôt de la première année sont basés sur la déclaration T1/TP1 actuelle.

Les calculs de l'impôt allant au-delà de la première année des projections sont basés sur la déclaration T1/TP1 actuelle avec les hypothèses suivantes :

- les tranches d'imposition et autres seuils de revenu sont indexés selon l'inflation;
- les prestations du RPC/RRQ et de la SV sont indexées selon l'inflation moins 1.00% (lorsque incluses)

L'impôt successoral est calculé au 2e décès (sans impôt au 1er décès) au taux marginal le plus élevé de 48.22%

La croissance des placements non protégés est composée après impôt aux taux marginaux hypothétiques suivants :

Marc	45.00%
Détention conjointe	

Hypothèses sur l'Index	Taux	Intérêts	Div.	Gain en capital	Gain réalisé
Inflation	3.00%				
Liquidités	4.00%				
Obligations : Canadiennes	5.00%	85.00%		15.00%	15.00%
Obligations : Étrangères	5.50%	80.00%		20.00%	15.00%
Actions : Canadiennes	6.00%		10.00%	90.00%	10.00%
Actions : Étrangères	6.50%		5.00%	95.00%	10.00%
Actions américaines	6.50%			100.00%	5.00%
Spécialisé	6.50%			100.00%	5.00%

Roulement du portefeuille	Non enregistrés	REER/FERR Can.	REER/FERR Étr.	LRSP/BFT Can.	LRSP/BFT Étr.
Marc	15.00%	50.00%	50.00%	50.00%	50.00%
Détention conjointe					

Les rendements projetés pour les différents portefeuilles de placements sont calculés en vertu de la répartition annuelle des actifs et du rendement présumé pour chaque catégorie d'actifs. Tous les taux d'indexation indiqués, incluant les taux de roulement du portefeuille, sont utilisés pour la première année des projections. Les taux pris en considération utilisés avant la première année peuvent être différents. Veuillez vous référer aux documents Hypothèses de rendement pour plus de détails.

Économies de placements	Non enregistrés	REER/FERR	LRSP/BFT
Marc	Annual, First Day	Annual, First Day	Annual, First Day
Détention conjointe			

Retraits de placements	Non enregistrés	REER/FERR	LRSP/BFT
Marc	Annual, First Day	Annual, First Day	Annual, First Day
Détention conjointe			

Remarque : La fréquence et le moment hypothétiques des placements sont essentiels au calcul des résultats prévus.

REER / FERR

Projection de la valeur des placements

Préparé pour : **M. Marc Tremblay**
Préparé par : **NATHALIE FISETTE-CAZA**

Année	Âge	Dépôts annuels	Retraits annuels	Retrait minimum	Bénéfice annuel	Rendement pondéré	Solde de fin d'année	Impôt reporté
1	50	10 800	0	0	8 885	5.00%	186 585	89 971
2	51	600	0	0	9 359	5.00%	196 544	94 774
3	52	600	0	0	9 857	5.00%	207 001	99 816
4	53	600	0	0	10 380	5.00%	217 982	105 111
5	54	600	0	0	10 929	5.00%	229 511	110 670
6	55	600	0	0	11 506	5.00%	241 616	116 507
7	56	600	0	0	12 111	5.00%	254 327	122 636
8	57	600	0	0	12 746	5.00%	267 673	129 072
9	58	600	0	0	13 414	5.00%	281 687	135 829
10	59	600	0	0	14 114	5.00%	296 401	142 925
11	60	600	0	0	14 850	5.00%	311 851	150 375
12	61	600	0	0	15 623	5.00%	328 074	158 197
13	62	600	0	0	16 434	5.00%	345 108	166 411
14	63	600	0	0	17 285	5.00%	362 993	175 035
15	64	600	0	0	18 180	5.00%	381 773	184 091
16	65	600	0	0	19 128	5.00%	401 500	193 603
17	66	0	16 060	16 060	19 290	5.00%	404 731	195 161
18	67	0	16 864	16 864	19 421	5.01%	407 288	196 394
19	68	0	17 708	17 708	19 516	5.01%	409 096	197 266
20	69	0	18 595	18 595	19 572	5.01%	410 072	197 737
21	70	0	19 527	19 527	19 583	5.01%	410 128	197 764
22	71	0	20 506	20 506	19 546	5.02%	409 168	197 301
23	72	0	36 915	30 197	18 683	5.02%	390 936	188 509
24	73	0	29 242	29 242	18 162	5.02%	379 856	183 166
25	74	0	28 831	28 831	17 635	5.02%	368 660	177 768
26	75	0	28 424	28 424	17 101	5.03%	357 337	172 308
27	76	0	71 998	28 051	14 348	5.03%	299 687	144 509
28	77	0	23 945	23 945	13 872	5.03%	289 614	139 652
29	78	0	36 547	23 604	12 738	5.03%	265 805	128 171
30	79	0	22 142	22 142	12 270	5.04%	255 933	123 411
31	80	0	21 831	21 831	11 794	5.04%	245 896	118 571
32	81	0	21 516	21 516	11 310	5.04%	235 690	113 650
33	82	0	47 683	21 189	9 481	5.04%	197 487	95 228
34	83	0	27 047	18 307	8 599	5.05%	179 039	86 333
35	84	0	31 033	17 152	7 471	5.05%	155 477	74 971
36	85	0	54 806	15 439	5 084	5.05%	105 754	50 995
37	86	0	47 360	10 924	2 950	5.05%	61 345	29 580
38	87	0	45 753	6 619	788	5.05%	16 379	7 898
39	88	0	1 856	1 856	734	5.06%	15 258	7 357
40	89	0	1 825	1 825	680	5.06%	14 113	6 805
41	90	0	1 794	1 794	624	5.06%	12 943	6 241
42	91	0	1 763	1 763	566	5.06%	11 746	5 664
43	92	0	1 730	1 730	507	5.07%	10 523	5 074
44	93	0	1 696	1 696	447	5.07%	9 274	4 472

Régime à cotisations déterminées

Projection des valeurs de la pension

Préparé pour : **M. Marc Tremblay**
Préparé par : **NATHALIE FISETTE-CAZA**

Année	Âge	Dépôts annuels	Retraits annuels	Retrait minimum	Croissance annuelle	Rendement pondéré	Valeur successorale	Impôt reporté
1	50	75 363	0	0	10 423	5.00%	218 886	105 547
2	51	25 277	0	0	12 208	5.00%	256 371	123 622
3	52	27 173	0	0	14 177	5.00%	297 722	143 561
4	53	48 923	0	0	17 332	5.00%	363 977	175 510
5	54	31 402	0	0	19 769	5.00%	415 148	200 184
6	55	33 757	0	0	22 445	5.00%	471 350	227 285
7	56	68 211	0	0	26 978	5.00%	566 539	273 185
8	57	39 011	0	0	30 277	5.00%	635 827	306 596
9	58	41 937	0	0	33 888	5.00%	711 653	343 159
10	59	93 924	0	0	40 279	5.00%	845 856	407 872
11	60	48 463	0	0	44 716	5.00%	939 034	452 802
12	61	52 098	0	0	49 557	5.00%	1 040 689	501 820
13	62	128 276	0	0	58 448	5.00%	1 227 413	591 859
14	63	60 205	0	0	64 381	5.00%	1 351 999	651 934
15	64	64 720	0	0	70 836	5.00%	1 487 555	717 299
16	65	193 414	332 260	0	67 435	5.00%	1 416 145	682 865
17	66	0	47 205	47 205	65 701	4.80%	1 434 641	691 784
18	67	0	49 470	49 470	66 493	4.80%	1 451 663	699 992
19	68	0	51 845	51 845	67 202	4.80%	1 467 020	707 397
20	69	0	54 334	54 334	67 822	4.80%	1 480 509	713 901
21	70	0	56 943	56 943	68 346	4.80%	1 491 912	719 400
22	71	0	59 676	59 676	68 763	4.80%	1 500 998	723 781
23	72	0	62 542	62 542	69 062	4.80%	1 507 519	726 925
24	73	0	65 544	65 544	69 231	4.80%	1 511 205	728 703
25	74	0	68 691	68 691	69 257	4.80%	1 511 771	728 976
26	75	0	71 989	71 989	69 126	4.80%	1 508 907	727 595
27	76	0	75 445	75 445	68 822	4.80%	1 502 284	724 401
28	77	0	110 869	110 869	66 803	4.80%	1 458 219	703 153
29	78	0	109 075	109 075	64 774	4.80%	1 413 918	681 791
30	79	0	107 316	107 316	62 731	4.80%	1 369 332	660 292
31	80	0	105 576	105 576	60 674	4.80%	1 324 431	638 641
32	81	0	103 968	103 968	58 595	4.80%	1 279 059	616 762
33	82	0	102 197	102 197	56 502	4.80%	1 233 364	594 728
34	83	0	100 519	100 519	54 389	4.80%	1 187 233	572 484
35	84	0	98 897	98 897	52 252	4.80%	1 140 589	549 992
36	85	0	97 292	97 292	50 089	4.80%	1 093 386	527 231
37	86	0	95 671	95 671	47 901	4.80%	1 045 616	504 196
38	87	0	94 001	94 001	45 688	4.80%	997 303	480 899
39	88	0	92 450	92 450	43 443	4.80%	948 295	457 268
40	89	0	90 847	90 847	41 167	4.80%	898 615	433 312
41	90	0	89 232	89 232	38 859	4.80%	848 242	409 022
42	91	0	87 623	87 623	36 518	4.80%	797 136	384 379
43	92	0	86 011	86 011	34 142	4.80%	745 267	359 368
44	93	0	84 439	84 439	31 727	4.80%	692 555	333 950

Placements non enregistrés

Projection de la valeur des placements

Préparé pour : **M. Marc Tremblay**
Préparé par : **NATHALIE FISETTE-CAZA**

Année	Âge	Dépôts annuels	Retraits annuels	Croissance annuelle	Rendement pondéré	Provision pour impôt	Solde de fin d'année	Impôt reporté
1	50	2 878	0	187	6.50%	8	3 057	36
2	51	4 623	0	499	6.50%	27	8 152	128
3	52	6 505	0	953	6.50%	59	15 551	294
4	53	8 532	0	1 565	6.50%	109	25 539	555
5	54	10 713	0	2 356	6.50%	180	38 429	931
6	55	13 058	0	3 347	6.50%	275	54 558	1 442
7	56	15 578	0	4 559	6.50%	399	74 296	2 114
8	57	18 282	0	6 018	6.50%	557	98 039	2 968
9	58	21 183	0	7 749	6.50%	751	126 220	4 032
10	59	24 292	0	9 783	6.50%	988	159 307	5 332
11	60	27 622	0	12 150	6.50%	1 273	197 807	6 897
12	61	31 187	0	14 885	6.50%	1 610	242 269	8 761
13	62	35 001	0	18 023	6.50%	2 007	293 285	10 955
14	63	39 078	0	21 604	6.50%	2 469	351 498	13 518
15	64	43 436	0	25 671	6.50%	3 004	417 600	16 488
16	65	2 132	0	27 283	6.50%	3 490	443 525	19 326
17	66	0	72 606	24 188	6.50%	6 309	388 798	18 398
18	67	0	77 886	20 275	6.50%	6 452	324 736	16 373
19	68	0	83 357	15 741	6.50%	6 414	250 706	13 295
20	69	0	89 023	10 544	6.50%	6 204	166 023	9 190
21	70	0	94 888	4 639	6.50%	5 834	69 939	4 056
22	71	0	20 468	3 226	6.50%	1 687	51 011	3 027
23	72	0	20 709	1 976	6.50%	1 527	30 750	1 867
24	73	0	1 988	1 876	6.50%	438	30 200	1 849
25	74	0	3 417	1 747	6.50%	504	28 025	1 730
26	75	0	3 000	1 632	6.50%	463	26 194	1 627
27	76	0	22 719	227	6.50%	1 414	2 287	166
28	77	1 614	13	254	6.50%	34	4 107	190
29	78	0	4 107	0	0.00%	0	0	0
30	79	0	0	0	0.00%	0	0	0
31	80	1 743	6	113	6.50%	5	1 845	16
32	81	0	1 845	0	0.00%	0	0	0
33	82	0	0	0	0.00%	0	0	0
34	83	0	0	0	0.00%	0	0	0
35	84	0	0	0	0.00%	0	0	0
36	85	0	0	0	0.00%	0	0	0
37	86	0	0	0	0.00%	0	0	0
38	87	0	0	0	0.00%	0	0	0
39	88	1 354	4	88	6.50%	4	1 434	17
40	89	3 481	16	319	6.50%	16	5 202	77
41	90	8 553	45	894	6.50%	49	14 555	239
42	91	0	231	934	6.50%	76	15 181	383
43	92	7 209	73	1 455	6.50%	117	23 656	609
44	93	7 088	100	1 998	6.50%	172	32 470	906

Société de portefeuille no 1: Investissements

Projection de la valeur des placements

Préparé pour : **Marc Tremblay**
Préparé par : **NATHALIE FISETTE-CAZA**

Année	Âge	Dépôt annuel	Retrait annuel	Croissance annuelle	Rendement pondéré	Impôt à payer net du remb.	Solde de fin d'année	Impôt reporté
1	50	170 895	0	18 933	5.93%	2 629	337 199	2 779
2	51	216 872	0	32 856	5.90%	4 965	581 963	7 018
3	52	221 505	0	47 405	5.82%	7 421	843 451	13 137
4	53	210 110	0	61 317	5.82%	11 222	1 103 656	20 344
5	54	229 155	0	77 570	5.82%	17 586	1 392 795	26 073
6	55	232 099	0	94 569	5.75%	21 774	1 697 689	32 724
7	56	209 034	0	109 637	5.75%	23 745	1 992 615	43 403
8	57	237 510	0	128 232	5.72%	34 282	2 324 075	49 385
9	58	239 936	0	146 661	5.72%	38 296	2 672 377	57 997
10	59	202 584	0	164 448	5.72%	46 118	2 993 291	64 475
11	60	244 115	0	185 180	5.69%	51 746	3 370 839	71 956
12	61	245 816	0	205 788	5.68%	56 355	3 766 088	82 636
13	62	188 682	0	224 631	5.68%	65 616	4 113 785	90 640
14	63	248 300	0	247 766	5.60%	73 496	4 536 356	98 346
15	64	249 019	0	267 981	5.62%	75 929	4 977 427	114 567
16	65	0	106 665	273 737	5.62%	91 293	5 053 206	116 289
17	66	0	100 000	278 370	5.62%	93 442	5 138 134	117 435
18	67	0	100 000	283 143	5.64%	94 745	5 226 532	118 901
19	68	0	100 000	289 136	5.68%	93 368	5 322 301	122 609
20	69	0	100 000	296 627	5.68%	92 380	5 426 547	127 443
21	70	0	100 000	302 548	5.72%	95 712	5 533 383	130 887
22	71	0	180 000	306 214	5.72%	94 145	5 565 451	134 680
23	72	0	180 000	308 048	5.72%	96 230	5 597 269	136 976
24	73	0	205 000	308 438	5.72%	97 352	5 603 355	138 273
25	74	0	210 000	308 500	5.72%	97 839	5 604 015	139 104
26	75	0	217 000	308 137	5.74%	98 147	5 597 006	139 510
27	76	0	201 475	309 703	5.74%	87 387	5 617 847	141 908
28	77	0	280 654	306 355	5.75%	42 322	5 601 227	140 807
29	78	0	280 746	305 928	5.77%	38 766	5 587 642	141 590
30	79	0	306 538	304 720	5.77%	29 731	5 556 093	142 019
31	80	0	327 134	301 711	5.76%	24 958	5 505 712	140 376
32	81	0	337 638	297 681	5.78%	18 258	5 447 497	139 758
33	82	0	337 567	295 354	5.80%	17 438	5 387 846	138 748
34	83	0	368 586	291 117	5.82%	5 169	5 305 207	137 510
35	84	0	384 101	286 408	5.82%	-2 445	5 209 959	136 243
36	85	0	384 078	280 866	5.83%	-2 581	5 109 328	133 606
37	86	0	410 048	273 968	5.84%	-15 310	4 988 559	131 508
38	87	0	430 772	266 175	5.84%	-24 638	4 848 600	128 713
39	88	0	487 637	254 680	5.84%	-43 311	4 658 953	122 735
40	89	0	513 635	242 087	5.84%	-56 322	4 443 727	116 107
41	90	0	544 816	227 696	5.87%	-71 407	4 198 014	108 571
42	91	0	555 294	213 828	5.87%	-81 808	3 938 356	101 309
43	92	0	591 673	196 450	5.87%	-99 332	3 642 466	92 811
44	93	0	617 748	177 551	5.87%	-58 788	3 261 057	83 472

Valeur nette projetée

Projection de la valeur nette et des valeurs successorales

Préparé pour : **Marc Tremblay**
Préparé par : **NATHALIE FISETTE-CAZA**

Année	Âge	REER	RRI	Portefeuille Gestion	Placements non-enregistrés	Total actif de retraite	Impôts reportés	Valeur nette des actifs
1	50	186 585	218 886	337 199	3 057	745 727	303 682	442 046
2	51	196 544	256 371	581 963	8 152	1 043 031	402 667	640 364
3	52	207 001	297 722	843 451	15 551	1 363 725	507 605	856 121
4	53	217 982	363 977	1 103 656	25 539	1 711 154	623 605	1 087 549
5	54	229 511	415 148	1 392 795	38 429	2 075 882	741 494	1 334 388
6	55	241 616	471 350	1 697 689	54 558	2 465 214	865 840	1 599 373
7	56	254 327	566 539	1 992 615	74 296	2 887 777	1 004 793	1 882 984
8	57	267 673	635 827	2 324 075	98 039	3 325 615	1 144 085	2 181 530
9	58	281 687	711 653	2 672 377	126 220	3 791 937	1 291 162	2 500 776
10	59	296 401	845 856	2 993 291	159 307	4 294 855	1 457 614	2 837 242
11	60	311 851	939 034	3 370 839	197 807	4 819 532	1 621 919	3 197 613
12	61	328 074	1 040 689	3 766 088	242 269	5 377 120	1 795 383	3 581 737
13	62	345 108	1 227 413	4 113 785	293 285	5 979 591	1 995 141	3 984 450
14	63	362 993	1 351 999	4 536 356	351 498	6 602 845	2 189 129	4 413 717
15	64	381 773	1 487 555	4 977 427	417 600	7 264 355	2 394 534	4 869 820
16	65	401 500	1 416 145	5 053 206	443 525	7 314 376	2 388 263	4 926 113
17	66	404 731	1 434 641	5 138 134	388 798	7 366 304	2 445 475	4 920 829
18	67	407 288	1 451 663	5 226 532	324 736	7 410 219	2 501 373	4 908 846
19	68	409 096	1 467 020	5 322 301	250 706	7 449 123	2 555 623	4 893 499
20	69	410 072	1 480 509	5 426 547	166 023	7 483 150	2 607 886	4 875 264
21	70	410 128	1 491 912	5 533 383	69 939	7 505 362	2 658 658	4 846 704
22	71	409 168	1 500 998	5 565 451	51 011	7 526 628	2 711 593	4 815 035
23	72	390 936	1 507 519	5 597 269	30 750	7 526 474	2 755 131	4 771 343
24	73	379 856	1 511 205	5 603 355	30 200	7 524 615	2 801 958	4 722 658
25	74	368 660	1 511 771	5 604 015	28 025	7 512 471	2 847 132	4 665 339
26	75	357 337	1 508 907	5 597 006	26 194	7 489 444	2 890 548	4 598 896
27	76	299 687	1 502 284	5 617 847	2 287	7 422 105	2 900 305	4 521 800
28	77	289 614	1 458 219	5 601 227	4 107	7 353 167	2 869 132	4 484 035
29	78	265 805	1 413 918	5 587 642	0	7 267 364	2 829 778	4 437 586
30	79	255 933	1 369 332	5 556 093	0	7 181 358	2 788 836	4 392 522
31	80	245 896	1 324 431	5 505 712	1 845	7 077 884	2 741 377	4 336 507
32	81	235 690	1 279 059	5 447 497	0	6 962 245	2 688 238	4 274 007
33	82	197 487	1 233 364	5 387 846	0	6 818 697	2 621 284	4 197 413
34	83	179 039	1 187 233	5 305 207	0	6 671 480	2 552 618	4 118 862
35	84	155 477	1 140 589	5 209 959	0	6 506 025	2 475 031	4 030 994
36	85	105 754	1 093 386	5 109 328	0	6 308 469	2 383 855	3 924 614
37	86	61 345	1 045 616	4 988 559	0	6 095 519	2 284 239	3 811 280
38	87	16 379	997 303	4 848 600	0	5 862 282	2 175 607	3 686 675
39	88	15 258	948 295	4 658 953	1 434	5 623 940	2 067 868	3 556 072
40	89	14 113	898 615	4 443 727	5 202	5 361 657	1 948 125	3 413 533
41	90	12 943	848 242	4 198 014	14 555	5 073 753	1 814 376	3 259 378
42	91	11 746	797 136	3 938 356	15 181	4 762 419	1 672 897	3 089 523
43	92	10 523	745 267	3 642 466	23 656	4 421 911	1 514 989	2 906 922
44	93	9 274	692 555	3 261 057	32 470	3 995 356	1 343 298	2 652 057

ANNEXE III – ILLUSTRATION RRI

Name of Connected Person: Marc Tremblay
Date of Birth:January 10, 1956
Gender:Male

A. Client Data

Year	T4 Earnings	Credited Service (months)
2006 (expected)	105,556	12
2005	100,000	12
2004	100,000	12
2003	100,000	12
2002	85,000	12
2001	75,000	12
2000	75,000	12
1999	60,000	12
1998	60,000	12
1997	60,000	12
1996	60,000	12
1995	0	0
1994	0	0
1993	0	0
1992	0	0
1991	0	0
1990 Earned Income for RRSP Purposes	40,000	
RRSP Available for IPP Transfer	300,000	
RRSP Unused Contribution Room as at previous December 31st	0	

Westcoast Actuaries Inc.
Suite 113 - 3855 Henning Drive
Burnaby, BC V5C 6N3

Telephone: (604) 730-1898
Fax: (604) 730-1886
E-mail: queries@westcoast-actuaries.com

Name of Connected Person: Marc Tremblay
Date of Birth:January 10, 1956
Gender:Male

B. IPP Contribution Summary

Past Service Contributions

Past Service Liability *	**$184,949**
RRSP/RPP Transfer **	**133,100**
Unfunded Liability for Past Service	**$51,849**

Current Service Contributions*** Maxmium ($)

22.3% of actual 2006 T4 income	**$23,514**
22.3% of actual 2007 T4 income	**$25,278**
22.3% of actual 2008 T4 income	**$27,174**

Maximum 2006 Contributions By Sponsoring Company only if 2006 T4 income is at least $105,556

Current Service Contributions	**$23,514**
Unfunded Liability For Past Service	**51,849**
Total	**$75,363**

*** Past Service is available from January 1, 1996 to December 31, 2005 inclusive.**
**** Member must also eliminate $0 of unused RRSP Contribution Room through CRA Certification of a Provisional PSPA Application.**
***** Based on expected 2006 T4 earnings of $105,556, the expected 2006 current service contributions will be 22.3 % X $105,556 = $23,500 (rounded to the nearest $100).**

Note: IPP contributions are determined based on the data supplied to us and actuarial assumptions prescribed by income tax legislation. All IPP contributions must be approved, in writing, by Canada Revenue Agency ("CRA"). IPP contributions may change because of future changes in tax legislation or in CRA's policies and guidelines.

Westcoast Actuaries Inc.
Suite 113 - 3855 Henning Drive
Burnaby, BC V5C 6N3

Telephone: (604) 730-1898
Fax: (604) 730-1886
E-mail: queries@westcoast-actuaries.com

Name of Connected Person: Marc Tremblay
Date of Birth:January 10, 1956
Gender:Male

C. IPP/RRSP Comparion - Assumptions

- IPP contributions are determined based on the data supplied to us and actuarial assumptions prescribed by income tax legislation.
- All IPP contributions must be approved, in writing, by Canada Revenue Agency ("CRA").
- IPP contributions may change because of future changes in tax legislation or in CRA's policies and guidelines.
- IPP contributions in the first year include current service contributions and maximum past service contributions.
- IPP beginning balance under "With IPP" and RRSP beginning balance under "Without IPP" are the same (the Past Service Pension Adjustment (PSPA)) amount to be transferred from RRSP as a qualifying transfer if IPP is to be implemented).
- Maximum contribution is assumed to be made each year.
- 7.50% interest on beginning balance, half-year compound interest on contributions.
- RRSP dollar limit is assumed to increase by 5.5% per year after 2010 (same as wage index assumption used in calculating maximum pension limit after 2009).
- Estimated Annual Pension reflects Total With IPP and Total Without IPP accumulations converted into an annual pension using the IPP funding assumptions prescribed in the Income Tax Regulations.

Westcoast Actuaries Inc.
Suite 113 - 3855 Henning Drive
Burnaby, BC V5C 6N3

Telephone: (604) 730-1898
Fax: (604) 730-1886
E-mail: queries@westcoast-actuaries.com

Name of Connected Person: Marc Tremblay
Date of Birth:January 10, 1956
Gender:Male

D. IPP/RRSP Comparison - with IPP

		IPP				RRSP					
Year	Age	Beginning Balance	Contri-bution	Interest Income	Ending Balance	Beginning Balance	Contri-bution	Interest Income	Ending Balance	Total With IPP	Estimated Annual Pension
2006	50	133,100	75,363	12,758	221,221	0	10,800	398	11,198	232,419	12,652
2007	51	221,221	25,277	17,522	264,020	11,198	600	862	12,660	276,680	15,227
2008	52	264,020	27,173	20,802	311,995	12,660	600	972	14,232	326,227	18,164
2009	53	311,995	29,211	24,475	365,681	14,232	600	1,089	15,921	381,602	21,511
2010	54	365,681	31,402	28,582	425,665	15,921	600	1,216	17,737	443,402	25,308
2011	55	425,665	33,757	33,168	492,590	17,737	600	1,352	19,689	512,279	29,646
2012	56	492,590	36,289	38,280	567,159	19,689	600	1,499	21,788	588,947	34,542
2013	57	567,159	39,011	43,973	650,143	21,788	600	1,656	24,044	674,187	40,130
2014	58	650,143	41,937	50,305	742,385	24,044	600	1,825	26,469	768,854	46,485
2015	59	742,385	45,082	57,339	844,806	26,469	600	2,007	29,076	873,882	53,678
2016	60	844,806	48,463	65,145	958,414	29,076	600	2,203	31,879	990,293	61,855
2017	61	958,414	52,098	73,799	1,084,311	31,879	600	2,413	34,892	1,119,203	71,196
2018	62	1,084,311	56,005	83,386	1,223,702	34,892	600	2,639	38,131	1,261,833	81,725
2019	63	1,223,702	60,205	93,995	1,377,902	38,131	600	2,882	41,613	1,419,515	93,759
2020	64	1,377,902	64,720	105,726	1,548,348	41,613	600	3,143	45,356	1,593,704	107,392
2021	65	1,548,348	69,574	118,688	1,736,610	45,356	600	3,424	49,380	1,785,990	122,917
2022	66	1,736,610	74,792	133,000	1,944,402	49,380	600	3,726	53,706	1,998,108	140,613
2023	67	1,944,402	80,401	148,791	2,173,594	53,706	600	4,050	58,356	2,231,950	160,688
2024	68	2,173,594	86,431	166,202	2,426,227	58,356	600	4,399	63,355	2,489,582	183,597
2025	69	2,426,227	92,913	185,388	2,704,528	63,355	600	4,774	68,729	2,773,257	209,619

Westcoast Actuaries Inc.
Suite 113 - 3855 Henning Drive
Burnaby, BC V5C 6N3

Telephone: (604) 730-1898
Fax: (604) 730-1886
E-mail: queries@westcoast-actuaries.com

Name of Connected Person: Marc Tremblay
Date of Birth:January 10, 1956
Gender:Male

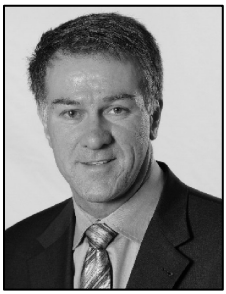
E. IPP/RRSP Comparison - without IPP

		IPP				RRSP				Total	Estimated
Year	Age	Beginning Balance	Contri-bution	Interest Income	Ending Balance	Beginning Balance	Contri-bution	Interest Income	Ending Balance	Without IPP	Annual Pension
2006	50	0	0	0	0	133,100	18,000	10,645	161,745	161,745	8,805
2007	51	0	0	0	0	161,745	19,000	12,830	193,575	193,575	10,654
2008	52	0	0	0	0	193,575	20,000	15,255	228,830	228,830	12,741
2009	53	0	0	0	0	228,830	21,000	17,936	267,766	267,766	15,094
2010	54	0	0	0	0	267,766	22,000	20,893	310,659	310,659	17,732
2011	55	0	0	0	0	310,659	23,210	24,154	358,023	358,023	20,719
2012	56	0	0	0	0	358,023	24,487	27,753	410,263	410,263	24,062
2013	57	0	0	0	0	410,263	25,833	31,721	467,817	467,817	27,846
2014	58	0	0	0	0	467,817	27,254	36,090	531,161	531,161	32,114
2015	59	0	0	0	0	531,161	28,753	40,896	600,810	600,810	36,905
2016	60	0	0	0	0	600,810	30,335	46,178	677,323	677,323	42,306
2017	61	0	0	0	0	677,323	32,003	51,978	761,304	761,304	48,429
2018	62	0	0	0	0	761,304	33,763	58,341	853,408	853,408	55,273
2019	63	0	0	0	0	853,408	35,620	65,317	954,345	954,345	63,035
2020	64	0	0	0	0	954,345	37,579	72,960	1,064,884	1,064,884	71,758
2021	65	0	0	0	0	1,064,884	39,646	81,326	1,185,856	1,185,856	81,614
2022	66	0	0	0	0	1,185,856	41,827	90,479	1,318,162	1,318,162	92,763
2023	67	0	0	0	0	1,318,162	44,127	100,487	1,462,776	1,462,776	105,311
2024	68	0	0	0	0	1,462,776	46,554	111,422	1,620,752	1,620,752	119,524
2025	69	0	0	0	0	1,620,752	49,114	123,365	1,793,231	1,793,231	135,543

Westcoast Actuaries Inc.
Suite 113 - 3855 Henning Drive
Burnaby, BC V5C 6N3

Telephone: (604) 730-1898
Fax: (604) 730-1886
E-mail: queries@westcoast-actuaries.com

ACQUISITION DE CONTRÔLE



Richard Gagné
Associé, CA, M. Fisc.
Raymond Chabot Grant Thornton s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 7:3

1. NOTION DE « CONTRÔLE » 7:3

1.1. CONTRÔLE *DE JURE* (DE DROIT) 7:5
1.1.1. Origine 7:5
1.1.2. Consécration et précision 7:8
1.1.3. Acquisition de contrôle par un groupe de personnes 7:11
1.2. CONTRÔLE À LONG TERME : ARRÊT *DONALD APPLICATORS LTD. ET AUTRES* C. *MRN* 7:13
1.3. DROIT D'ÉLIRE ET NON DE CHOISIR 7:15

2. SOCIÉTÉS CONTRÔLÉES PAR UNE FIDUCIE 7:16

3. MOMENT DE L'ACQUISITION DE CONTRÔLE 7:19

3.1. PRINCIPES GÉNÉRAUX 7:19

3.2. DÉCISION *LA SURVIVANCE* C. *LA REINE* 7:21

4. EFFETS DE L'ACQUISITION DE CONTRÔLE SUR LE STATUT FISCAL DES SOCIÉTÉS 7:22

4.1. CONSÉQUENCES DE L'ACQUISITION DE CONTRÔLE SUR UNE SOCIÉTÉ 7:22
4.1.1. Statut de société privée 7:23
4.1.2. Statut de société privée sous contrôle canadien 7:24
4.2. AUTRES EFFETS DE L'ACQUISITION DE CONTRÔLE 7:26

CONCLUSION 7:27

INTRODUCTION*

Depuis quelques années, l'évolution de la complexité des planifications fiscales a entraîné la multiplication des relations fiscalement « indésirables » pouvant survenir entre deux ou plusieurs entreprises. Les spécialistes ont ainsi rédigé de nombreux textes traitant en profondeur des notions telles que « lien de dépendance », « personnes liées », « personnes associées », « personnes affiliées » ou « personnes rattachées ». Toutes ces relations se trouvent également définies dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*[1]. Toutefois, bien que cette loi contienne plusieurs dizaines de fois les expressions « contrôle » et « acquisition de contrôle », le législateur a choisi de ne pas les définir, laissant ainsi le contribuable aux prises avec la jurisprudence et les interprétations disponibles.

Bien que le but du présent texte soit de traiter du contexte dans lequel peut survenir l'acquisition de contrôle et qu'il ne soit pas dans notre intention de revoir chacune des définitions contenues dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, il importe de comprendre ces notions puisque l'expression « contrôle » prend une signification différente en fonction des fins auxquelles elle est utilisée. Il sera donc utile de bien distinguer les notions de contrôle *de jure* (de droit) et de contrôle *de facto* (de fait) et de déterminer les fins auxquelles elles se rapportent.

1. NOTION DE « CONTRÔLE »

Depuis les amendements apportés à la *Loi de l'impôt sur le revenu*, lorsqu'une personne ou un groupe de personnes a une influence directe ou indirecte dont l'exercice entraînerait le contrôle de fait (*de facto*) de la société, cette personne ou ce groupe de personnes est réputé contrôler cette société dans les faits[2]. Ainsi, selon l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») :

> « Le contrôle de fait va au-delà du contrôle de droit et comporte la capacité de contrôler "de fait" en exerçant une influence directe ou indirecte. On peut détenir le contrôle de fait sans même posséder d'actions. Le contrôle de fait peut se traduire, par exemple, par le pouvoir que possède une personne de changer le

---

* L'auteur tient à remercier M^me^ Valérie Trottier, LL.M. fisc., de Raymond Chabot Grant Thornton s.e.n.c.r.l. de son excellente collaboration.

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

2 Par. 256(5.1) L.I.R.

> conseil d'administration ou de revenir sur les décisions de celui-ci, de prendre d'autres décisions concernant les actions de la société à court, à moyen ou à long terme, de mettre fin directement ou indirectement à la société ou à son entreprise ou de s'en approprier les bénéfices ou les biens. Même si elle n'est pas exercée effectivement, l'existence d'une telle influence serait suffisante pour conférer le contrôle de fait[3]. »

Ce sont les faits se rapportant à chaque situation qui permettent de déterminer si une personne ou un groupe de personnes a le contrôle de fait d'une société même si, légalement, ces personnes ne détiennent pas plus de 50 % des actions de la société avec droit de vote. Cette nouvelle notion aurait pu avoir des conséquences néfastes, surtout si elle avait été considérée sous l'angle de l'acquisition de contrôle potentielle.

Cependant, une analyse des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* où l'expression « contrôler, directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit » est employée est révélatrice de l'intention du législateur de ne pas voir appliquer ce concept élargi du contrôle d'une société aux fins des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui traitent de l'acquisition de contrôle.

Le ministère des Finances a d'ailleurs fait part de ses motivations lors de la modification de la loi en 1988 :

> « The more difficult question is why does the new test not apply in other circumstances, for example the change of control rules? Perhaps it should, but I'm sure you can appreciate that such provisions might quickly become unmanageable in view of the fact that the new rule will lead to more frequent situations of dual control and shifting control. In light of the complexities that would result from a universal application of the new rule, and considering the fact that we are not at this time aware of any substantial abuses in areas where the new rule does not apply, subsection 256(5.1) has been made applicable to a limited number of provisions of the Act[4]. »

Ainsi, aux fins des règles fiscales traitant de l'acquisition de contrôle d'une société, cette dernière s'évalue toujours essentiellement en fonction des aspects légaux (*de jure*) de cette notion. L'analyse de la jurisprudence sur la notion de contrôle *de jure* exposée ci-dessous devient donc essentielle à l'analyse du concept d'« acquisition de contrôle ». Toutefois, la

---

[3] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-64R4 (consolidé), « Sociétés : Association et contrôle », 13 octobre 2004, par. 21.

[4] *Tax Topics*, n° 881, Don Mills, Ont., CCH Canadian, 27 janvier 1988, p. 12.

démarcation entre la notion de contrôle *de jure* et celle de contrôle *de facto* ne s'avère pas toujours claire.

1.1. CONTRÔLE *DE JURE* (DE DROIT)

1.1.1. Origine

Tel qu'il a été mentionné ci-dessus, la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne définit pas le mot « contrôle » aux fins de déterminer ce que constitue une « acquisition de contrôle ». À défaut de repères législatifs, il convient de se référer aux décisions successives des tribunaux afin de bien cerner ce concept.

L'analyse du mot « contrôle » commence d'abord par l'arrêt *British American Tobacco Co., Ltd.* v. *Inland Revenue Commissioners*[5] rendu par la Chambre des lords, en Angleterre en 1943.

Dans cette affaire, il était question du sens de l'expression « participation majoritaire », qui apparaissait dans une loi de finances. Interprétant l'expression, Lord Simon a déduit que l'objectif du législateur dans ce texte était de considérer comme un seul groupe toutes les sociétés qui se trouvaient dans une relation particulière les unes par rapport aux autres. Selon le juge, cette relation se définit par le contrôle qui est exercé sur les affaires internes et les activités de la société. Selon lui, il importe donc de se demander qui exerce le contrôle ultime. D'après Lord Simon, il ne fait aucun doute que ce sont les actionnaires de la société qui exercent un tel contrôle, puisque eux-mêmes contrôlent ses administrateurs :

> [TRADUCTION] « Il m'est impossible de faire mienne l'idée selon laquelle une personne qui (parce qu'elle détient les droits de vote requis dans une société soumise à sa volonté et à son commandement) peut décider en dernier ressort de l'endroit et de la manière dont les activités de la société seront conduites et qui a donc le contrôle de fait des affaires de la société, est une personne dont on pourrait dire qu'elle n'a pas une participation de contrôle dans la société[6]. »

Cette interprétation fut suivie au Canada par celle du président Jackett, de la Cour de l'Échiquier, dans l'arrêt *Buckerfield's Ltd. et autres* c. *MRN*[7].

---

5 [1943] A.C. 335 (H.L.) (ci-après « *British American Tobacco* »).

6 *Id*., 339.

7 64 D.T.C. 5301 (C. de l'É.) (ci-après « *Buckerfield's* »).

Dans cette affaire, il s'agissait de déterminer si certaines sociétés étaient contrôlées par la même personne ou le même groupe de personnes au point de devenir des sociétés associées. Arrivant à la conclusion que tel était le cas, le président Jackett affirme que le mot « contrôle » signifie un contrôle *de jure* et qu'on doit l'évaluer en fonction du registre des actionnaires :

> [TRADUCTION] « On pourrait sans doute adopter de nombreuses méthodes pour la définition du mot "contrôle" figurant dans un texte tel que la Loi de l'impôt sur le revenu. Il pourrait par exemple s'agir du contrôle exercé par les "dirigeants", lorsque les dirigeants et le conseil d'administration sont distincts, ou, il pourrait s'agir du contrôle exercé par le conseil d'administration. Le genre de contrôle exercé par les dirigeants ou par le conseil d'administration n'est cependant manifestement pas celui que vise l'article 39 lorsqu'il parle du contrôle exercé sur une corporation par une autre, ou du contrôle exercé sur une corporation par des personnes physiques (voir le paragraphe 39(6)). Le mot contrôle" pourrait peut-être s'entendre du contrôle de fait exercé par un ou plusieurs actionnaires, qu'ils détiennent ou non la majorité des actions. Je suis d'avis cependant que, à l'article 39 de la Loi de l'impôt sur le revenu, le mot "contrôlées" évoque le droit *de contrôle* auquel donne lieu le fait de détenir un nombre d'actions tel qu'il confère la majorité des voix à leur titulaire dans l'élection du conseil d'administration[8]. » (Notre soulignement)

Cette définition du président Jackett a par la suite été confirmée par plusieurs décisions de la Cour suprême du Canada (entre autres dans les arrêts *MRN* c. *Dworkin Furs (Pembroke) Ltd. et autres*[9] et *Vina-Rug (Canada) Ltd*. c. *MRN*[10]) et est ainsi devenue la pierre de touche de la jurisprudence canadienne lorsqu'il s'agit de déterminer où se situe le contrôle.

Ainsi, pour nos tribunaux, l'essence du contrôle d'une société consiste dans le contrôle juridique ultime exercé sur les administrateurs. Bien que le contrôle juridique exercé sur ces derniers par les actionnaires soit en fait un contrôle indirect exercé sur la société, il demeure « le contrôle véritable des affaires et des destinées de la société ».

Toutefois, compte tenu de l'évolution des structures d'actionnariat, le test dégagé de l'arrêt *Buckerfield's* est rapidement apparu incomplet pour

---

8 *Id*., 5303; voir également *British American Tobacco*, précité, note 5, où Lord Simon s'exprime ainsi à la page 15 : « The owners of the majority of the voting power in a company are the persons who are in effective control of its affairs and fortunes. »

9 67 D.T.C. 5035 (C.S.C.).

10 68 D.T.C. 5021 (C.S.C.).

régler certaines situations particulières. À juste titre, le juge Bell de la Cour canadienne de l'impôt faisait remarquer ce qui suit :

> « […] Jackett, P., having regard to the straightforward factual situation was able to dispose of the matter by having regard simply to "ownwership of… a number of shares". As fact situations become more complicated, so does it become more difficult to accept the applicability of this test. The less limiting words of Viscount Simon, L.C. are of assistance to this end[11]. »

Par exemple, dans l'arrêt *Oakfield Developments (Toronto) Ltd.* c. *MRN*[12], la Cour suprême du Canada avait à examiner la situation où les droits de vote étaient répartis également entre deux groupes et deux catégories d'actions. L'un des groupes, appelé « groupe des dirigeants », détenait toutes les actions ordinaires et 50 % des droits de vote. L'autre groupe détenait pour sa part toutes les actions privilégiées assorties de l'autre moitié des droits de vote. Selon le seul critère énoncé dans l'affaire *Buckerfield's*, aucun des deux groupes ne pouvait donc prétendre détenir un contrôle majoritaire.

Le juge Judson, suivant une décision unanime de la Cour, a pourtant estimé que l'un des groupes détenait bel et bien le contrôle de la société :

> « The inside group controlled 50 per cent of the voting power through their ownership of the common shares. They were entitled to all the surplus profits on a distribution by way of dividend after the payment of the fixed cumulative dividend to the preferred shareholders. On a winding up of Polestar, they were entitled to all of the surplus after return of capital and the payment of a 10 per cent premium to the preferred shareholders. Their voting power was sufficient to authorize the surrender of the company's letters patent. In my opinion, these circumstances are sufficient to vest control in the group when the owners of non-participating preferred shares hold the remaining 50 per cent of the voting power[13]. » (Notre soulignement)

Dans cet arrêt, la Cour n'a pas accordé la même importance qu'auparavant au contrôle exercé sur l'élection des administrateurs. Elle s'est plutôt concentrée sur le droit de dissoudre la société. À ce sujet, la Cour a laissé entendre que le pouvoir de dissolution doit être davantage qu'un simple pouvoir de dissoudre une société. Il doit s'agir d'un pouvoir assorti d'un certain degré de contrainte ou de persuasion, un pouvoir dont l'exercice

---

11 *Alteco Inc*. c. *La Reine* (procédure informelle), [1993] 2 C.T.C. 2087, 2097 (C.C.I.).

12 71 D.T.C. 5175 (C.S.C.).

13 *Id*., 5177-5178.

concerne la structure de capital de la société et, plus précisément, la capacité de désintéresser les actionnaires.

1.1.2. Consécration et précision

La plus récente analyse de fond sur le sens de l'expression « contrôle *de jure* » se trouve dans l'arrêt *Duha Printers (Western) Ltd*. c. *Canada*[14] rendu par la Cour suprême du Canada en 1998.

Dans cette affaire, il était question de déterminer si la société Duha Printers pouvait déduire les pertes fiscales subies par une société qu'elle avait acquise, compte tenu des conditions prévues au paragraphe 111(5) L.I.R. À cet égard, il fallait déterminer si un contribuable, la société Marr's Leisure Holding Inc. (ci-après « Marr's »), avait acquis ou non le contrôle de la société Duha Printers à la suite de l'émission par cette dernière d'actions privilégiées votantes à Marr's, une société contrôlée par M. Marr et son épouse.

La société Marr's contrôlait à ce moment la société Outdoor Leisureland of Manitoba Ltd. (ci-après « PertesCo ») (laquelle avait des pertes autres qu'en capital que Duha Printers souhaitait utiliser). Le 8 février 1984, la société Duha Printers (contrôlée par la famille Duha) modifiait ses statuts en créant des actions privilégiées de catégorie « C ». Ces actions privilégiées étaient votantes et pouvaient être rachetées avec ou sans le consentement de l'actionnaire pour une contrepartie égale à leur capital versé. Durant cette même journée, Marr's souscrit à 2 000 actions privilégiées de catégorie « C » en contrepartie d'un montant de 2 000 $. Cette souscription d'actions permettait à Marr's d'acquérir le contrôle *de jure* de Duha Printers (55,71 % des votes). Le même jour, une convention était établie entre tous les actionnaires de Duha Printers stipulant que la société serait dirigée par un conseil d'administration élu par les actionnaires et composé de trois personnes choisies parmi M. Duha, M^{me} Duha, M. Marr et M. Quinton (un ami proche de MM. Duha et Marr). La convention mentionnait également qu'aucun transfert d'action ne pourrait être effectué sans le consentement de la majorité des administrateurs. La convention stipulait qu'un actionnaire ne pouvait vendre, assigner, transférer ou autrement hypothéquer ses actions de quelque manière que ce soit. De plus, elle autorisait l'émission de nouvelles actions seulement sur le consentement unanime des actionnaires.

---

[14] [1998] 1 R.C.S. 795 (ci-après « *Duha Printers* »).

Le 9 février 1984, Duha Printers achetait toutes les actions de PertesCo pour 1 $ et procédait dès le lendemain à une fusion avec PertesCo. Cette série d'opérations permettait ainsi à la nouvelle Duha Printers d'utiliser les pertes de PertesCo à l'encontre de son revenu imposable de l'exercice de 1985. Le 4 janvier 1985, avec le consentement de Marr's, Duha Printers rachetait les 2 000 actions privilégiées de catégorie « C » détenues par Marr's pour un montant de 2 000 $.

L'ARC a rejeté cette déduction sous le prétexte que Marr's ne détenait pas le contrôle de Duha Printers avant sa fusion avec PertesCo et que, par conséquent, Duha Printers avait acquis le contrôle de PertesCo le 9 février, perdant ainsi la possibilité d'utiliser ses pertes préacquisition[15]. L'argument principal de l'ARC était que, même si Marr's détenait la majorité des actions votantes, la convention unanime des actionnaires limitait le droit de Marr's d'élire une majorité de son choix du conseil d'administration. Selon l'ARC, Marr's ne contrôlait pas Duha Printers avant sa fusion avec PertesCo et les transactions préalables à la fusion étaient artificielles et n'étaient qu'un simulacre.

La Cour suprême devait déterminer si Duha Printers pouvait, en vertu du paragraphe 111(5) L.I.R., déduire les pertes subies par PertesCo au cours des exercices antérieurs. Pour répondre à cette question, il s'agissait de déterminer si des documents autres que les documents constitutifs pouvaient être considérés dans la détermination du contrôle *de jure* d'une société aux fins des paragraphes 111(5) et 251(2) L.I.R., et si une convention unanime des actionnaires jouissait d'un statut spécial à cet égard.

D'entrée de jeu, le juge Iacobucci de la Cour suprême a précisé que le contrôle *de jure* pouvait avoir un caractère plus subtil que le test préalablement développé dans l'arrêt *Buckerfield's* :

> « Thus, *de jure* control has emerged as the Canadian standard, with the test for such control generally accepted to be whether the controlling party enjoys, by virtue of its shareholdings, the ability to elect the majority of the board of directors. However, it must be recognized at the outset that this test is really an attempt to ascertain who is in effective control of the affairs and fortunes of the corporation. That is, although the directors generally have, by operation of the corporate law statute governing the corporation, the formal right to direct management of the corporation, the majority shareholder enjoys the indirect exercise of this control through his or her ability to elect the board of directors. Thus, it is in reality the majority shareholder, not the directors *per se*, who is in effective control of the corporation. This was expressly recognized by Jackett,

[15] Pertes refusées compte tenu de l'application du paragraphe 111(5) L.I.R.

> P. when setting out the test in *Buckerfield's*. Indeed, the very authority cited for the test was the following dictum of Viscount Simon, L.C., in *British American Tobacco Co. v. Inland Revenue Commissioners*, [1943] 1 All E.R. 13, at p. 15:
>
> > The owners of the majority of the voting power in a company are the persons who are in effective control of its affairs and fortunes. [Emphasis added]
>
> Viewed in this light, it becomes apparent that to apply formalistically a test like that set out in *Buckerfield's*, without paying appropriate heed to the reason for the test, can lead to an unfortunately artificial result. The task before this Court, then, is to determine whether, just prior to the amalgamation, Marr's was in effective control of the affairs and fortunes of Duha No. 2 by virtue of its majority shareholdings.
>
> There is no real dispute between the parties that the *de jure* control test is applicable in the present circumstances. Rather, the dispute is as to which factors may be considered in assessing *de jure* control[16]. » (Notre soulignement)

Le juge Iacobucci a ensuite examiné si l'on devait étudier des documents externes aux documents constitutifs dans le cadre de l'analyse du contrôle *de jure*. Selon le juge, ces documents externes ne doivent pas être considérés dans le cadre de cette analyse :

> « While this Court has occasionally been willing to examine factors other than the share register of the company, its assessment has been restricted only to the constating documents, not external agreements. The only exception to this rule has been in cases like *Consolidated Holding*, where the shareholders' very capacity to act has been limited by external documents, but this has to date been manifested only in cases where the shares are held by trustees. Thus, I would conclude that, as a general rule, external agreements are not to be taken into account as determinants of *de jure* control[17]. »

Contrairement à d'autres documents légaux externes (telle une convention entre des actionnaires « ordinaires »), une convention unanime entre des actionnaires doit cependant être examinée pour déterminer si un actionnaire a le contrôle *de jure* d'une société. En effet, une telle convention a pour effet de dépouiller les administrateurs de certains ou de l'ensemble de leurs pouvoirs. De plus, selon le juge, une convention unanime des actionnaires fait partie intégrante des statuts constitutifs d'une société comme en font foi certaines dispositions de la *Loi canadienne sur les*

---

16 *Duha Printers*, précité, note 14, par. 36-37.

17 *Id*., par. 50.

sociétés par actions[18]. Ainsi, le juge arrive à la conclusion qu'on ne peut analyser le contrôle *de jure* en faisant abstraction de la convention unanime des actionnaires :

> « Unlike an "ordinary" shareholder agreement, which cannot interfere with the exercise of the directors' powers, a USA can and must do so. Moreover, as we have seen, a USA can in fact incorporate provisions that would otherwise be contained in the articles. Viewed in this light, I fail to see how the USA can be ignored as a vital determinant of *de jure* control[19]. »

Par conséquent, dans l'arrêt *Duha Printers*, pour déterminer si Marr's avait perdu le contrôle *de jure* compte tenu de la présence d'une convention unanime des actionnaires, il fallait se demander si cette convention permettait à l'actionnaire majoritaire, en l'occurrence Marr's, d'exercer un contrôle effectif sur les affaires de Duha Printers d'une manière analogue ou équivalente au pouvoir d'élire la majorité des membres du conseil d'administration. Le juge a conclu que les dispositions de la convention unanime des actionnaires en cause n'avaient pas pour effet de lui retirer son contrôle *de jure*.

1.1.3. Acquisition de contrôle par un groupe de personnes

L'arrêt *Crystal Beach Park Limited* c. *La Reine*[20], une cause très récente, est également digne d'intérêt lorsqu'on cherche à décortiquer la notion de contrôle et plus particulièrement la notion de groupe de contrôle.

À l'origine, Crystal Beach était une société détenue en parts égales par trois actionnaires sans lien de dépendance, qui exploitait un parc d'attractions à perte. En 1989, M. Biondolillo, un des trois actionnaires, décide d'approcher M. Tiburzi, un entrepreneur immobilier bien connu qui s'intéresse au projet de développer le parc d'attractions en y ajoutant un ensemble résidentiel.

Le 22 novembre 1989, M. Tiburzi et deux autres actionnaires sans lien de dépendance soit M. Gelder (une relation d'affaires de M. Tiburzi depuis

---

[18] Le juge a cité entre autres les dispositions suivantes de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* (L.R.C. (1985), c. C-44 et mod.) : paragraphes 20(1), 97(1), 25(1), 98(1) et alinéa 207(1)b).

[19] *Duha Printers*, précité, note 14, par. 71.

[20] 2006 D.T.C. 2845 (C.C.I.).

des années) et 425243 Ontario Ltd. (ci-après « 425 Ontario ») se sont portés acquéreurs de la société.

Le partage des actions s'effectua de la manière suivante : M. Tiburzi et M. Gelder étaient chacun détenteur de 7 500 actions ordinaires votantes et de 15 000 actions privilégiées sans droit de vote et convertibles en actions ordinaires. Quant à 425 Ontario, elle détenait pour sa part 15 000 actions ordinaires. Dans le registre des procès-verbaux de l'appelante, les actions ordinaires de 425 Ontario étaient cependant enregistrées au nom de M. Tiburzi et M. Gelder « in trust » pour le bénéfice de 425 Ontario.

Dans ses déclarations de revenus des années 1993 et 1994, Crystal Beach réclama des pertes autres qu'en capital provenant de l'année 1989. L'ARC cotisa l'appelante pour les années 1993 et 1994 en refusant la déduction pour pertes en capital sous prétexte que MM. Tiburzi et Gelder constituaient, en vertu du paragraphe 111(5) L.I.R., un « groupe de personnes » qui avait acquis le contrôle de Crystal Beach, et que Crystal Beach a commencé à exploiter une entreprise de développement immobilier alors qu'elle exploitait un parc d'attractions avant l'acquisition de contrôle. Pour soutenir son point de vue, l'ARC affirmait que MM. Tiburzi et Gelder avaient acquis 100 % des actions de Crystal Beach, ignorant ainsi les 15 000 actions détenues en fiducie pour 425 Ontario. La Cour a rapidement rejeté cette affirmation :

> [TRADUCTION] « Prises dans l'ensemble, les preuves m'ont convaincu que M. Tiburzi et M. Gelder détenaient 50 % des 30 000 actions ordinaires en fiducie au nom de 425 Ontario inc. Chacun était le bénéficiaire et propriétaire légal de 7 500 des 15 000 actions ordinaires restantes. Comme ils n'ont pas acquis plus de 50 % (individuellement ou ensemble) des actions avec droit de vote de Crystal Beach Ltd., ils n'avaient pas le *contrôle de jure* de cette compagnie selon 111(5) L.I.R.[21] »

L'ARC a toutefois tenté de répliquer à cela en prétendant que MM. Tiburzi et Gelder avaient le pouvoir comme « groupe de personnes » de convertir leurs actions privilégiées en actions ordinaires votantes, donc d'obtenir les deux tiers des votes et ainsi contrôler Crystal Beach. L'existence d'une relation d'affaires de longue durée entre MM. Tiburzi et Gelder, leur respect mutuel et leur intérêt d'affaires commun permettait de considérer qu'ils formaient un groupe contrôlant l'appelante.

---

[21] *Id*., par. 22.

Le juge a alors rappelé que dans une situation où aucun actionnaire ne détient la majorité des actions votantes d'une société, la question de savoir si un « groupe de personnes » en détient le contrôle de droit est une question de fait. Le juge a rappelé à cet effet la cause *Silicon Graphics Ltd.* c. *La Reine*[22] où il a été établi que l'existence d'un lien commun suffisamment étroit entre les personnes doit être démontrée pour conclure à l'existence d'un groupe détenant le contrôle de droit. L'existence d'un tel lien peut être établie, entre autres, selon quelques éléments déterminants comme une entente relative à l'exercice des votes rattachés aux actions, une entente entre les personnes afin d'agir de concert, les relations d'affaires ou les liens familiaux.

Dans la situation présente, le juge a tranché en affirmant qu'il n'y avait pas d'entente relative aux votes, que des relations d'affaires soutenues n'entraînaient pas la possibilité d'imposer sa volonté à l'autre et que bien qu'ils aient un intérêt commercial commun dans la poursuite des affaires de Crystal Beach, chacun y travaillait pour son propre intérêt personnel.

Cette cause a donc servi à rappeler aux autorités fiscales que le simple fait d'avoir une relation d'affaires, même de longue durée, n'est pas suffisante pour conclure qu'il y a agissements de concert et donc qu'il existe un groupe de contrôle.

1.2. CONTRÔLE À LONG TERME : ARRÊT *DONALD APPLICATORS LTD. ET AUTRES* C. *MRN*[23]

Bien qu'il ait été démontré plus haut que le critère *de jure* est celui retenu par les tribunaux pour déterminer qui détient le contrôle d'une société, il importe de faire connaître quelques précisions apportées par la Cour. Ainsi, le contrôle de droit ou *de jure* incombe à l'actionnaire ou aux actionnaires qui répondent aux critères de l'arrêt *Buckerfield's* mais à « long terme ». Cette nuance a été établie par le juge Thurlow dans l'arrêt *Donald Applicators* rendu par la Cour de l'Échiquier, et confirmée plus récemment par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Duha Printers* susmentionné.

L'affaire *Donald Applicators* traitait d'une structure d'actionnariat complexe élaborée dans le but avoué d'éviter le statut de sociétés associées. Le schéma adopté consistait à séparer les pouvoirs de vote entre deux catégories d'actions avec pour résultat que l'un des actionnaires, Saje

---

22 2002 D.T.C. 7112 (C.A.F.).

23 69 D.T.C. 5122 (C. de l'É.) (ci-après « *Donald Applicators* »).

Management Ltd., détenait à l'égard de chacune des sociétés du groupe toutes les actions de catégorie « B ». Ces actions, bien qu'elles n'aient pas comporté de droit de vote pour l'élection du conseil d'administration, conféraient les voix suffisantes pour faire passer pratiquement toute autre résolution.

Ainsi, dans le cas de chacune des 10 sociétés, Saje Management Ltd., à titre de détenteur de 498 actions de catégorie « B », détenait le pouvoir de faire adopter ou de défaire toute résolution ordinaire (autre que celle de l'élection des administrateurs), spéciale ou extraordinaire qui pourrait être proposée. Saje Management Ltd. détenait ainsi un pouvoir de vote suffisant pour modifier les statuts de la société. Le juge Thurlow s'est exprimé ainsi :

> [TRADUCTION] « À mon avis, (l'actionnaire) avait le pouvoir d'abroger l'article 55 et tout autre article conférant aux administrateurs le pouvoir de lier la société, et ainsi de réduire les administrateurs au statut d'exécutants, tout en réservant tout le pouvoir de décision qui n'est pas spécifiquement conféré aux administrateurs par les statuts ou l'acte constitutif pour l'ensemble des actionnaires, ou les détenteurs d'actions de catégorie B seulement, à l'assemblée générale. Il avait le pouvoir, en exerçant son droit de vote, de relever les administrateurs de leurs fonctions. De plus, il avait le pouvoir de voter une résolution spéciale afin d'éliminer la nécessité du consentement unanime de tous les actionnaires pour émettre des actions additionnelles et de s'investir du pouvoir des détenteurs d'actions de catégorie B, soit d'émettre un nombre suffisant des actions de catégorie A additionnelles pour mettre en minorité les deux actions détenues par les résidents de Nassau…
>
> Un actionnaire qui, bien qu'il n'ait pas le pouvoir de vote immédiat d'élire des administrateurs, mais détient un pouvoir de vote suffisant pour faire adopter toute résolution ordinaire qui peut être soumise à l'assemblée des actionnaires, et faire également adopter une résolution spéciale grâce à laquelle il peut retirer leurs pouvoirs aux administrateurs et réserver les décisions à sa catégorie d'actionnaires, démettre les administrateurs de leurs fonctions et en fin de compte, obtenir même le droit d'élire les administrateurs, est une personne dont je ne pense pas qu'on puisse dire avec exactitude qu'elle ne détient pas le contrôle à long terme de la société[24]. » (Notre soulignement)

Le juge Thurlow concluait ainsi qu'il fallait tenir compte des droits conférés à l'actionnaire par les statuts. Ce qui signifiait dans ce cas précis qu'il ne fallait pas s'arrêter au pouvoir d'élire les administrateurs, mais plutôt à la capacité légale de mettre en œuvre une mesure intermédiaire qui lui permettrait de le faire (ou d'empêcher les administrateurs d'agir ou de démettre ceux-ci de leurs fonctions). Il s'agit là d'un type de contrôle

---

[24] *Id*., 5126.

indirect à long terme. En exerçant les pouvoirs dont il est investi conformément aux actes constitutifs de la société, un actionnaire qui peut obtenir le contrôle effectif selon le critère de l'arrêt *Buckerfield's* doit être considéré comme étant déjà le possesseur de ce droit.

Il faut bien faire la nuance entre le contrôle à long terme et le contrôle de fait. Il est évident que lorsqu'on examine la situation, Saje Management Ltd. était probablement en mesure d'user de son influence pour diriger l'élection du conseil d'administration et ainsi faire ce qu'elle voulait des 10 sociétés. Toutefois, comme il est observé dans l'arrêt *Duha Printers*, sa position de contrôle de droit ne découlait pas d'une telle influence, mais des droits légaux conférés par la charte de la société. Le contrôle à long terme est une éventualité juridique et non factuelle. Ce raisonnement n'est pas tant une évolution qu'une reformulation de l'arrêt *Buckerfield's*. L'expression « contrôle à long terme » nous permet de nous rappeler que le contrôle de droit n'est pas toujours celui que nous croyons à première vue. Une analyse plus poussée des droits conférés par les statuts peut nous amener à des conclusions différentes.

1.3. DROIT D'ÉLIRE ET NON DE CHOISIR

Il est important de remarquer que bien que l'arrêt *Buckerfield's* considère le droit de voter, il n'est pas fait mention du choix des candidats. Il n'est pourtant pas rare que les actes constitutifs des sociétés ou que les conventions d'actionnaires (unanimes ou pas) restreignent le choix des candidats possibles au poste d'administrateur à une personne précise, souvent un des actionnaires (ou son candidat). Qu'arriverait-il, par exemple, si l'actionnaire majoritaire d'une société avait la majorité des droits de vote pour l'élection des membres d'un conseil d'administration mais que simultanément un des actionnaires minoritaires ait le droit exclusif de choisir les candidats? Qui aurait alors le contrôle effectif de la société?

Cet élément du contrôle a été discuté dans l'arrêt *Duha Printers* :

> [TRADUCTION] « De toute façon, cependant, le critère du contrôle de droit est principalement axé sur la question de savoir quel actionnaire ou quels actionnaires ont les droits de vote requis pour élire la majorité des administrateurs. Ce critère n'exige pas et ne permet pas non plus d'examiner si un administrateur donné est le candidat d'un actionnaire, ou encore s'il existe un lien ou une allégeance entre les administrateurs et les actionnaires[25]. »

---

[25] *Duha Printers*, précité, note 14, par. 54.

Il était alors question d'une restriction inscrite dans une convention unanime entre actionnaires mais la doctrine de l'arrêt *Duha Printers* semble dicter qu'il en irait de même de toute autre convention. Il ressort donc de l'arrêt *Duha Printers* que la Cour suprême du Canada a décidé qu'un choix restreint de candidats conformément aux dispositions de la convention unanime des actionnaires en particulier ne permettait pas de douter de la détermination du contrôle de droit en raison de l'identité précise des administrateurs autorisés.

En pratique, il y a de nombreuses variations, et il est loin d'être clair dans quels cas (s'il en est) les pouvoirs de nomination, des listes fixes ou autres restrictions sur la liberté effective de voter pour des administrateurs pourrait être pertinente au contrôle de droit.

2. SOCIÉTÉS CONTRÔLÉES PAR UNE FIDUCIE

Les références aux fiducies dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* laissent en suspens la question du contrôle dans le cas où les actions d'une société font partie de la masse des biens détenus par une fiducie. Est-ce le fiduciaire, à titre de détenteur inscrit des actions, qui en a le contrôle au sens de l'arrêt *Buckerfield's*? Ou est-ce plutôt les bénéficiaires des biens de la fiducie? Si toutefois on arrête le choix aux fiduciaires, à cause du droit de vote qu'ils sont en pouvoir d'exercer, un nouveau problème émerge : celui de mettre à jour la relation qui existe entre les fiduciaires en matière de vote.

L'arrêt *MRN* c. *Consolidated Holding Co. Ltd.*[26], rendu par la Cour suprême du Canada en 1971, est toujours le plus explicite sur la question. Dans cette affaire, il s'agissait de déterminer si deux sociétés étaient contrôlées par le même « groupe de personnes » aux fins de règles d'association. La société Consolidated était détenue en part égales par les deux frères Gavin. Une autre société, Martin & Robinson Ltd. (ci-après « M & R »), était détenue à 44 % par Consolidated et à 46 % par une fiducie testamentaire ayant pour fiduciaires les deux cousins Gavin et la Banque de Montréal. De plus, une clause de l'acte de fiducie stipulait qu'une décision prise par deux des fiduciaires liait le troisième et donc qu'une majorité simple suffisait lorsqu'il serait question d'exercer le vote sur les actions de M & R.

Dans cette situation, l'ARC maintenait que Consolidated et M & R étaient associées puisque les cousins Gavin contrôlaient Consolidated et

[26] 72 D.T.C.6007 (C.S.C.) (ci-après « *Consolidated Holding* »).

qu'ainsi non seulement ils avaient le contrôle du vote sur les 44 % de M & R détenus par Consolidated mais également la capacité de contrôler le vote des actions détenues par la fiducie dont ils étaient fiduciaires.

De son côté, le répondant arguait que lorsqu'il est question de déterminer le contrôle d'une société, on ne doit pas regarder plus loin que le registre des actionnaires. Ainsi, lorsqu'un des actionnaires est une fiducie, on ne devrait pas s'inquiéter de l'identité des bénéficiaires ou encore des fiduciaires.

La Cour n'a pas accordé le contrôle aux fiduciaires, mais a insisté sur la nécessité de vérifier le registre des actionnaires jusqu'aux modalités de la fiducie afin de déterminer la façon dont le contrôle pourrait être exercé :

> « In determining whether a group of persons controls a company, it is not sufficient in the case of trustees who are registered as shareholders to stop the inquiry at the register of shareholders and Articles of Association. It is necessary to look to the trust instrument to ascertain whether one or more of the trustees have been put in a position where they can at law direct their co-trustees as to the manner in which the voting rights attaching to the shares are to be exercised[27]. »

La Cour a tenu à mentionner que du point de vue de la société, les actionnaires fiduciaires doivent voter en tant qu'unité. Dans le cas où les fiduciaires ne seraient pas unanimes, les actions ne pourraient conférer le droit de vote. Dans un tel cas, le contrôle serait accordé par défaut à Consolidated dont les deux actionnaires sont également fiduciaires. Il est donc évident, selon la Cour, qu'un simple examen du registre des actionnaires est insuffisant lorsqu'il s'agit de contrôle.

De plus, le juge Thurlow mentionne qu'une clause selon laquelle une société n'est pas tenue de considérer l'application des actes des fiducies auxquelles ses actions sont assujetties ou selon laquelle le vote du premier fiduciaire désigné dans le registre des actionnaires peut suffire ne pourra être prise en considération pour établir le contrôle de la société. En effet, il ne s'agit là que de dispositions de protection pour la société qui ne regardent en rien la question de contrôle. Le juge conclut donc ce qui suit :

> « Here, if one looks at the fact as a whole, one finds that the two Gavins, by combining, can control the vote of the estate shares. They already control the voting of "Consolidated". In this case, therefore, both corporations are

---

[27] *Id*., 6007.

> controlled by the same group of persons, namely the two Gavins. They are, in the words of Abbott J. in *Vina Rug (Canada) Ltd. v. Minister of National Revenue* (1968) S.C.R., 193 at 197 (68 DTC 5021 at 5023):
>
> > in a position to control at least a majority of votes to be cast at a general meeting of shareholders[28]. »

La démarche visant à déterminer qui contrôle une société lorsque les actions de celle-ci sont détenues en fiducie nécessite donc deux étapes :

- l'examen du registre des actionnaires pour constater la présence d'une fiducie; et, s'il y a lieu

- l'examen de l'acte de fiducie pour évaluer le mécanisme de prise de décisions.

Comme les actes de fiducie ne sont pas des documents constitutifs d'une société, il est légitime de s'interroger sur la validité de cette démarche après que l'arrêt *Duha Printers* eut « déclassé » les documents « externes » comme éléments déterminants lors de l'évaluation du contrôle.

En fait, l'arrêt *Duha Printers* n'a pas contesté la décision *Consolidated Holding*. La Cour suprême a plutôt distingué les actes de fiducie des autres documents externes :

> « Equally distinguishable, in my view, are *Consolidated Holding*, […], and *The Queen v. Lusita Holdings Ltd.*, 84 D.T.C. 6346 (F.C.A.), two cases in which the courts considered documents other than the constating documents only because the majority of the shares in the companies in question were held by trustees. It was therefore necessary to examine the trust instruments in order to determine what, if any, limitations existed on the trustees' powers to vote the shares. As it happened, in both cases, the trustees could be constrained in their voting of the shares by the actions of their co-trustees: in *Consolidated Holding*, the will of the deceased shareholder provided that "the views, discretion or direction of any two of my trustees shall be binding upon the other of my trustees" (p. 422), while in *Lusita Holdings* it was found as a fact by Stone, J.A. that "[t]he right to control the voting rights resided in the co-trustees and not in either of them" (p. 6348).
>
> These factors, in my view, clearly demonstrate the distinction between a trust instrument and other external documents for the purposes of assessing *de jure* control. A trust imposes upon the trustee a fiduciary obligation to act within the terms of the trust instrument and for the benefit of the beneficiary. That is, the trustee is not free to act other than in accordance with the trust document, and if

[28] *Id*., 6008.

> the trust document imposes limitations upon the capacity of the trustee to vote the shares then these must accordingly be taken into account in the *de jure* control analysis. By contrast, any limitations which might be imposed by an outside agreement are limitations freely agreed to by the shareholders, and not at all inconsistent with their *de jure* power to control the company. In other words, limitations on the voting powers of trustees must be seen as limitations on their capacity as free actors in the circumstances. No such limitations encumber the ordinary shareholder in his or her exercise of *de jure* control, even if an outside agreement exists to limit actual or *de facto* control[29]. » (Notre soulignement)

La règle établie il y a plus de 35 ans dans l'arrêt *Consolidated Holding* subsiste. Les conséquences d'une telle position pourraient être d'importance. Par exemple, dans le cas où la majorité des actions votantes d'une société serait détenue en fiducie, le simple remplacement d'un fiduciaire pourrait constituer une acquisition de contrôle. C'est d'ailleurs l'opinion exprimée par l'ARC dans une interprétation technique publiée en 2005[30] et reprise dans le bulletin *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques* numéro 34[31]. Cette interprétation traite particulièrement de la question de savoir s'il y a acquisition de contrôle d'une société lorsqu'un ou plusieurs des trois fiduciaires d'une fiducie entre vifs détenant une majorité des actions avec droit de vote de la société sont remplacés. L'ARC a clairement indiqué qu'un changement de tout fiduciaire de la fiducie entraînerait généralement un nouveau groupe de personnes qui contrôle la société, de sorte que les règles relatives à l'acquisition de contrôle prévues à la loi s'appliqueraient, sauf si la disposition d'exception de l'alinéa 256(7)a) L.I.R. s'applique.

3. MOMENT DE L'ACQUISITION DE CONTRÔLE

3.1. PRINCIPES GÉNÉRAUX

Généralement, l'acquisition de contrôle se produit au moment où une personne ou un groupe de personnes acquiert la majorité des actions votantes d'une société cible. Le moment particulier où l'acquisition de contrôle a lieu est la date où la propriété effective (*beneficial ownership*) d'un nombre suffisant d'actions passe du vendeur à l'acheteur, de sorte que l'acheteur peut alors contrôler la société cible. Ce moment aura généralement lieu à la

---

29 *Duha Printers*, précité, note 14, par. 48-49.

30 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2004-0087761E5, 24 mai 2005.

31 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 34, 27 avril 2006.

date de clôture de la vente et l'achat des actions de la société cible ou lors de la signature du contrat de vente[32].

En de rares circonstances, l'acquisition de contrôle pourrait avoir lieu au moment de la signature de la lettre d'intention. Cependant, il est peu probable que cette situation se présente compte tenu du fait qu'à ce moment, il n'y a généralement aucun transfert de propriété effective. D'ailleurs, le paragraphe 248(1) L.I.R. définit une « disposition » comme toute opération ou tout événement donnant droit pour le contribuable au produit de disposition d'un bien. La signature d'une lettre d'intention ne confère généralement pas ce droit au cédant. On mentionne également au paragraphe e) de la définition que, de façon générale, tout transfert de bien qui n'a pas pour objet de changer la propriété effective du bien ne constitue pas une disposition. Le *Bulletin d'interprétation* IT-170R précise la position de l'ARC concernant la détermination de la vente d'un bien dont, entre autres, la vente d'actions aux fins de déterminer quand le prix de vente doit être inclus dans le calcul du revenu du vendeur :

> « 12. Un actionnaire qui dépose une action chez un dépositaire conformément à une "offre d'acquisition" (selon la définition et les règles des législations provinciales et fédérale) a droit au produit de la vente à la première des deux dates suivantes :
>
> a) la date où l'offrant prend livraison des actions, et
>
> b) la date à laquelle toutes les conditions de l'offre ont été respectées ou abandonnées.
>
> 13. Les actions sont considérées comme ayant été "livrées" à la date du paiement s'il a lieu avant que la période d'acceptation soit expirée et s'il n'y a aucune indication que l'offrant a acquis les droits de propriété habituels avant cette date. Bien que l'offrant se réserve habituellement une courte période après la date d'expiration de l'offre pour effectuer le paiement d'actions livrées, un actionnaire a néanmoins droit au paiement à la date où l'obligation de payer de l'offrant est inconditionnelle[33]. »

---

[32] *Tax Window Files*, dans *Tax Works* (CD-ROM), Don Mills, Ont., CCH Canadian, interprétation technique 9812255, 17 septembre 1998.

[33] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-170R, « Vente de biens – Quand elle doit être incluse dans le calcul du revenu », 25 août 1980.

3.2. DÉCISION *LA SURVIVANCE* C. *LA REINE*[34]

Récemment, la Cour d'appel fédérale a eu à se pencher sur le moment où a eu lieu l'acquisition de contrôle dans le contexte du paragraphe 256(9) L.I.R. Dans l'arrêt *La Survivance*, le contribuable, une société d'assurance vie, était une société publique[35] (ci-après « La Survivance ») qui détenait la majorité des actions du capital-actions de Les Clairvoyants, Compagnie d'Assurance Générale Inc. (ci-après « Les Clairvoyants »), une société œuvrant en assurance dommages. En mai 1994, une société privée, Société Nationale d'Assurance Inc. (ci-après « Nationale »), offre, dans le cadre d'une offre publique d'achat (ci-après « OPA »), d'acheter les actions détenues par La Survivance dans le capital-actions de Les Clairvoyants. Le 16 juin 1994, l'appelante déposa la totalité des actions qu'elle détenait dans le capital-actions de Les Clairvoyants conformément à l'OPA. Cette dernière prévoyait que si toutes les conditions de cette offre étaient remplies le 30 juin 1994, Nationale prendrait livraison de toutes les actions et paierait celles-ci au plus tard le 11 juillet 1994. Toutes les conditions furent effectivement remplies et durant la journée du 5 juillet 1994, Nationale prit livraison contre paiement des actions. La vente par La Survivance des actions de Les Clairvoyants à Nationale, une société privée, faisait en sorte que Les Clairvoyants devenait une société privée sous contrôle canadien (ci-après « SPCC ») une fois qu'elle était contrôlée par Nationale. En vertu de la règle prévue au paragraphe 256(9) L.I.R., Les Clairvoyants est devenue une SPCC au début de la journée de la vente des actions. Les Clairvoyants a subi une perte lors de la vente des actions de Les Clairvoyants et a réclamé une perte au titre d'un placement d'entreprise (ci-après « PTPE »). La Cour canadienne de l'impôt a refusé le traitement recherché par le contribuable et a conclu que la perte en capital n'était pas une PTPE.

Selon la Cour canadienne de l'impôt, la disposition des actions a eu lieu lorsque le vendeur a eu droit au prix de vente, soit durant la journée du 5 juillet 1994. Le moment pertinent pour déterminer si la société Les Clairvoyants est une SPCC est le moment précis du transfert des actions et non le début de la journée de ce transfert. Selon le juge Dussault, le paragraphe 256(9) L.I.R. n'a d'effet que pour l'acquéreur. De plus, rien n'interdit la coexistence d'un contrôle réel (celui exercé par le cédant) et d'un contrôle réputé (celui exercé par le cessionnaire) d'une même société au même moment. Pour ces motifs, la Cour canadienne de l'impôt a refusé le droit à la PTPE réclamée par Les Clairvoyants.

---

[34] 2006 D.T.C. 6288 (C.A.F.) (ci-après « *La Survivance* »).

[35] Par l'effet du paragraphe 141(2) L.I.R.

La Cour d'appel fédérale a établi que la vente des actions a eu lieu le 5 juillet, soit la date où le droit de propriété est transmis. Le paragraphe 256(9) L.I.R. fait reculer dans le temps l'événement déclencheur de l'acquisition de contrôle, et ce, « pour l'application de la présente loi ». Aucune disposition de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne vient spécifier que le cédant peut se soustraire à l'application du paragraphe 256(9) L.I.R. D'ailleurs, les alinéas 249(4)a) et b) L.I.R. viennent préciser que la déclaration produite par le cédant doit couvrir la période qui se termine immédiatement avant l'acquisition de contrôle. Selon la Cour d'appel fédérale, il ne peut y avoir une acquisition de contrôle sans qu'il y ait de façon concomitante un abandon de contrôle. Pour ces raisons, la Cour a conclu que ce n'était pas le cédant qui contrôlait Les Clairvoyants au moment où le cédant a disposé des actions mais le cessionnaire, en l'occurrence Société Nationale, une société privée. Pour ces raisons, la PTPE a été allouée.

Cette décision vient confirmer que le moment de l'acquisition de contrôle est bel et bien le moment où il y a transfert du droit de propriété des actions. Cependant, dans des circonstances limitées, une disposition de la *Loi de l'impôt sur le revenu* tel le paragraphe 256(9) peut faire ombrage à cette règle générale en créant une présomption aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui a préséance sur la règle générale.

4. EFFETS DE L'ACQUISITION DE CONTRÔLE SUR LE STATUT FISCAL DES SOCIÉTÉS

La présente section traite des avantages fiscaux qui pourraient être perdus lorsqu'une société fait l'objet d'une acquisition de contrôle par une autre société. Le présent texte met surtout l'accent sur la perte du statut de société privée et de SPCC.

4.1. CONSÉQUENCES DE L'ACQUISITION DE CONTRÔLE SUR UNE SOCIÉTÉ

Selon le type d'acquéreur, il est possible que la société qui fait l'objet d'une acquisition de contrôle change de statut fiscal. Ainsi, nous nous intéresserons aux conséquences fiscales pouvant découler de la perte du statut de société privée ou de SPCC. L'acquisition d'une participation importante dans une société canadienne par une société publique ou par une société non résidente provoquera généralement une acquisition de contrôle.

4.1.1. Statut de société privée

La *Loi de l'impôt sur le revenu* définit une société privée de la manière suivante :

> « À un moment donné, société qui à ce moment, réside au Canada, n'est pas une société publique et n'est pas contrôlée par une ou plusieurs société publiques (sauf les sociétés à capital de risques visées par règlement) ou société d'État visées par règlement, ou par l'une et l'autre de celles-ci […]. » (Notre soulignement)

Une société qui serait acquise par une société publique ou une société d'État visée par règlement ne pourrait plus être qualifiée de société privée et ainsi perdrait les avantages propres à ces dernières, notamment :

- la possibilité de verser un dividende de son compte de dividendes en capital (ci-après « CDC »)[36];

- la possibilité de recevoir un remboursement d'impôt au titre de dividende (ci-après « RTD ») provenant de son compte d'impôt en main remboursable au titre de dividendes (ci-après « IMRTD »)[37];

- la possibilité de bénéficier d'une réduction de capital versé (ci-après « CV ») sans impact fiscal si la société est par la suite inscrite à une Bourse de valeurs[38].

Une société qui prévoit perdre son statut de société privée devrait verser un dividende en capital afin de vider son compte préalablement à la perte du statut. Dans l'éventualité où la société ne dispose pas des liquidités suffisantes pour verser un tel dividende, elle pourrait plutôt procéder à une augmentation du CV sans contrepartie pour une somme équivalant au CDC. Cela permettrait à l'actionnaire d'augmenter le prix de base rajusté de ses actions.

La société aura généralement avantage à verser des dividendes imposables de manière à vider son compte d'IMRTD préalablement à

---

[36] Par. 83(2) L.I.R.

[37] Par. 129(1) L.I.R.

[38] Par. 84(4) L.I.R. Si une société publique procède à la réduction du CV, toute somme qu'elle a payée est imposable comme dividende pour l'actionnaire qui le reçoit en vertu du paragraphe 84(4.1) L.I.R.

l'acquisition de contrôle. Aux fins du RTD, on doit s'assurer que le dividende imposable permettant de récupérer l'IMRTD est versé au moment où la société est une société privée[39]. Une planification devra être envisagée afin de pouvoir récupérer l'accumulation du compte d'IMRTD à l'égard du revenu de bien réalisé au cours de l'année où il y a acquisition de contrôle[40].

Lorsqu'il est prévu que la société cible deviendra une société publique, il pourrait être opportun d'effectuer une diminution de CV avant le changement de statut. En effet, l'incidence du paragraphe 84(4.1) L.I.R. fait en sorte que la somme payée par une compagnie publique au titre d'une réduction de CV est considérée comme un dividende.

4.1.2. Statut de société privée sous contrôle canadien

Selon la *Loi de l'impôt sur le revenu*, une SPCC peut être décrite, brièvement, comme une société privée qui n'est pas contrôlée, directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit, par une ou plusieurs personnes non résidentes ou par une ou plusieurs sociétés publiques (sauf une société à capital de risque visée par règlement)[41]. De plus, pour déterminer si le contrôle a été acquis, la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit que toutes les actions détenues par des entités étrangères ou des sociétés publiques doivent être présumées attribuées à une personne donnée. La société perd ainsi son statut de SPCC lorsque cette personne acquiert le contrôle de la société.

Il faudra également prendre en compte l'alinéa 251(5)b) L.I.R. qui s'applique à la définition de SPCC. L'effet de cet alinéa est de placer la personne qui aurait le droit d'acquérir le contrôle d'une société dans cette position de contrôle dès que ce droit est accordé même s'il n'est jamais exercé dans les faits.

Les conséquences fiscales de l'acquisition d'une SPCC par une société publique ou étrangère sont les suivantes :

---

[39] L'alinéa 129(1)a) L.I.R. prévoit que le RTD d'une société est le moindre du tiers des dividendes versés au cours de l'année et **à un moment où elle était une société privée** et de son IMRTD à la fin de l'année.

[40] En effet, le paragraphe 129(3) L.I.R. prévoit qu'une société qui n'est pas une SPCC tout au long de l'année d'imposition ne peut récupérer que l'IMRTD qu'elle détenait à la fin de son année d'imposition précédente alors qu'elle était une société privée.

[41] Par. 125(7) « société sous contrôle canadien » L.I.R.

- perte du CDC lors de l'acquisition par une société publique;

- perte de la déduction accordée aux petites entreprises (ci-après « DPE ») au taux de 16 % applicable sur les 300 000 premiers dollars de revenu d'entreprise exploitée activement (ci-après « REEA »)[42];

- réduction du taux de crédit de recherche scientifique et développement expérimental :

  - pour un exercice financier terminé le 31 décembre 2006, une **SPCC** a droit à un **crédit d'impôt bonifié à l'investissement de 35 %**[43] **remboursable** sur les deux premiers millions de dollars de dépenses admissibles (au Québec, de 37,5 % sur les deux premiers millions de dollars de dépenses admissibles; le taux du crédit décroît ensuite selon la taille de l'actif de la société et de ses sociétés associées pour atteindre 17,5 % pour une valeur d'actif de 50 M$[44]),

  - une société qui **n'est pas une SPCC** aura droit au crédit d'impôt à l'investissement fédéral **non remboursable** de 20 % (17,5 % au Québec),

  - augmentation possible des taux de cotisation au Fonds des services de santé. Cette augmentation n'est pas fonction de la perte du statut de SPCC mais plutôt de l'augmentation de la masse salariale applicable à l'ensemble des sociétés associées. Le taux varie en fonction de la masse salariale totale calculée sur une base d'année civile, il est de 2,7 % si la masse salariale est inférieure à 1 M$, il augmente progressivement entre 1 et 5 M$ pour atteindre 4,26 % au-delà de 5 M$. La masse totale étant elle-même calculée sur une base mondiale, une société qui serait acquise par une multinationale au milieu de l'année sera tenue de rajuster rétroactivement le taux de sa cotisation pour l'année,

---

42 Par. 125(1) L.I.R. Au Québec, la DPE est de 1,9 % sur les 400 000 premiers dollars de REEA.

43 Par. 127(10.1) L.I.R.

44 *Loi sur les impôts*, L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »), art. 1029.7 « recherches scientifiques et développement expérimental effectués au Québec ». Au Québec, une société n'a pas besoin d'être une SPCC pour avoir droit au crédit majoré. Par contre, selon l'article 1029.7.2 L.I., elle perd la majoration de son crédit (de 20 % à 37,5 %) si elle devient contrôlée par un acheteur non résident.

- perte de la possibilité de payer le solde des impôts le troisième mois suivant la fin de l'année plutôt que le deuxième mois suivant la fin de l'année pour ce qui est de l'impôt fédéral. Cette possibilité n'est admissible que pour les sociétés dont les revenus sont inférieurs à 300 000 $ (notion de société associée) et n'a pas d'équivalent au Québec,

- perte pour les détenteurs d'options d'achat d'actions de la possibilité de reporter de façon non limitative[45], jusqu'à la disposition ou jusqu'à l'échange de l'action, l'avantage imposable obtenu au moment de la levée de l'option[46],

- lorsqu'une société cesse d'être une SPCC, elle n'aura plus de compte de revenu au taux général aux fins du calcul du montant pouvant être désigné à titre de dividende déterminé[47]. Cependant, la société devra déterminer si un solde doit être ajouté à son compte de revenu à taux réduit.

4.2. AUTRES EFFETS DE L'ACQUISITION DE CONTRÔLE

Le but du présent texte ne consiste pas à passer en revue l'ensemble des conséquences sur les divers attributs fiscaux de la société à la suite de l'acquisition de contrôle. Cependant, il convient de préciser qu'une acquisition de contrôle peut amener des conséquences majeures en ce qui concerne certains attributs fiscaux inhérents à la société acquise (fin d'année réputée, pertes fiscales, dévaluation de certains éléments d'actif, choix fiscaux à effectuer, etc.)[48]. Il importe donc de bien planifier une telle

---

[45] Aucune limite de report n'est prévue relativement aux options d'achat accordées aux employés d'une SPCC. Cependant, pour les employés d'une société publique, le report de l'inclusion dans leur revenu de l'avantage qui découle de la levée d'une option d'achat d'actions cotées en Bourse jusqu'au moment où ils disposent des actions est assujetti à un plafond annuel de 100 000 $.

[46] Par. 7(1.1) L.I.R. Le droit de reporter l'avantage n'est pas perdu lorsque la convention d'option a été signée avant la perte du statut.

[47] Tel qu'il est défini dans la *Loi numéro 2 portant exécution de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 2 mai 2006*, Projet de loi C-28, 16 octobre 2006, par. 47(1).

[48] Voir François AUGER, « Impacts des règles d'acquisition de contrôle », dans *Colloque – Achat/Vente d'une PME – Planification fiscale pour l'acheteur et le vendeur*, 103, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2001, pp. 4:1-49.

acquisition de contrôle afin de maximiser la position fiscale de la société acquise et d'éviter des conséquences fiscales fâcheuses inattendues.

CONCLUSION

La notion d'acquisition de contrôle est un sujet fort complexe. Une attention particulière doit être apportée aux relations juridiques entre les actionnaires d'une société pour déterminer si l'on est en présence d'une acquisition de contrôle. Lorsque survient une acquisition de contrôle, les conséquences fiscales sur le statut de la société acquise ainsi que sur ses attributs fiscaux peuvent être importantes. Il convient donc d'être vigilant lors des transactions d'achat/de vente d'actions ou lors de la rédaction des documents légaux pouvant altérer la capacité des administrateurs à exercer leurs pouvoirs.

LES CLAUSES DE NON-CONCURRENCE DANS UN CONTEXTE DE VENTE D'ENTREPRISE

Jean-François Pelland
Avocat, DESS fisc.
McMillan Binch Mendelsohn s.e.n.c.r.l., s.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 8:3

1. CONSIDÉRATIONS FISCALES 8:4

1.1. SITUATION ANTÉRIEURE 8:4
1.2. ÉVOLUTION JURISPRUDENTIELLE 8:6
1.2.1. L'arrêt *Fortino* 8:6
1.2.2. L'arrêt *Manrell* 8:10
1.3. LA RÉPONSE DU LÉGISLATEUR 8:12
1.3.1. Annonce d'un avant-projet de loi et rétroactivité de son application 8:12
1.3.2. Analyse de la législation proposée 8:13
1.4. IMPLICATIONS PRATIQUES 8:27

2. CONSIDÉRATIONS LÉGALES 8:29

2.1. INTERPRÉTATION DES CLAUSES DE NON-CONCURRENCE 8:29
2.1.1. Principes généraux d'interprétation des clauses restrictives et importance du choix du véhicule légal 8:29
2.2. CONTENU DES CLAUSES DE NON-CONCURRENCE ET DISPOSITIONS CONNEXES 8:33
2.2.1. Conditions obligatoires 8:34

CONCLUSION 8:38

INTRODUCTION*

Le présent texte[1] se veut une mise à jour destinée au praticien quant à l'utilisation de clauses de non-concurrence dans un contexte de vente d'entreprise, rendue notamment nécessaire par l'adoption de nouvelles dispositions législatives fiscales par le législateur fédéral visant à répondre à une série de décisions des tribunaux en pareille matière. Le présent texte ne prétend aucunement constituer un ouvrage doctrinal approfondi ni l'outil ultime de rédaction ou de négociation basé sur une revue exhaustive de l'ensemble des décisions jurisprudentielles applicables en pareille matière, chaque cas demeurant de toute manière un cas d'espèce avec ses faits propres, qui demande l'intervention de juristes chevronnés, mais tente plutôt de rappeler aux fiscalistes et généralistes impliqués dans le cadre d'une vente d'entreprise certains principes de base généralement applicables dans ce contexte tant sur le plan fiscal que légal.

Pour ce faire, nous ferons dans un premier temps l'analyse de l'évolution jurisprudentielle et législative sur le plan fiscal quant aux clauses de non-concurrence dans un contexte de vente d'entreprise. En effet, à la suite des arrêts *Fortino* c. *La Reine*[2] et *Manrell* c. *La Reine*[3] qui ont établi que certains paiements relatifs à une clause de non-concurrence n'étaient tout simplement pas imposables dans certains cas quand ils étaient liés à la vente d'actions d'une société détenue par un particulier, le ministre a proposé des modifications afin de s'assurer que les sommes payées en

---

* L'auteur du présent texte tient à remercier M^e^ Sarah Lafleur de sa précieuse collaboration à la recherche et à la rédaction du présent texte.

1 Aux fins du présent texte, les documents suivants ont notamment été étudiés : Franco GADOURY, « Vente d'entreprise/nouvelle dynamique », dans *Congrès 2000*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2001, pp. 39:1-42; Pierre FLEURY, « Achat/vente d'entreprise : considérations pour le vendeur et l'acheteur », dans *Colloque – Fiscalité de la PME*, 134, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2003, pp. 2:1-88; Jacques CÔTÉ, « Jurisprudence récente – Partie C », dans *Congrès 2003*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2004, pp. 48:1-158, aux pages 48:88-90; Julie A. COLDEN, « Restrictive Covenant Update », (2005) vol. 15, n^o^ 11 *Canadian Current Tax* 97-103; Hugues LACHANCE, « Le nouvel article 56.4 L.I.R. : imposition des clauses restrictives », dans *Congrès 2005*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2006, pp. 21:1-34.

2 2000 D.T.C. 6060 (C.A.F.) (ci-après « *Fortino* »); 97 D.T.C. 55 (C.C.I.).

3 2003 D.C.T. 5225 (C.A.F.) (ci-après « *Manrell* »); 2002 D.T.C. 1222 (C.C.I.) (ci-après « *Manrell C.C.I.* »).

contrepartie d'un engagement de non-concurrence seraient dorénavant imposées. Une fois adoptées, les modifications s'appliqueront à toutes les sommes reçues ou à recevoir après le 7 octobre 2003, exception faite des sommes reçues avant 2005 aux termes d'un contrat écrit conclu au plus tard le 7 octobre 2003 par des parties sans lien de dépendance.

Après avoir complété notre analyse sur le plan fiscal, nous ferons un bref survol de l'interprétation de ces clauses sur le plan légal, incluant une revue sommaire des conditions de forme et de fond et des clauses connexes les plus souvent rencontrées en pratique.

1. CONSIDÉRATIONS FISCALES

1.1. SITUATION ANTÉRIEURE

Préalablement aux décisions jurisprudentielles analysées ci-après, les autorités fiscales tenaient en général pour acquis que tout montant obtenu par une personne en vertu d'une clause de non-concurrence dans un contexte de vente d'entreprise était de nature imposable en vertu de l'une ou l'autre des dispositions fiscales pertinentes selon les faits propres à chaque transaction, la Couronne devant évidemment prouver que les sommes versées en vertu d'une telle entente étaient imposables en vertu d'une disposition spécifique de la loi[4]. Tel que l'écrit un auteur :

> « Les sommes reçues en contrepartie d'une clause restrictive en raison de l'emploi d'une personne étaient généralement imposées selon le paragraphe 6(3) L.I.R. Ce paragraphe précise qu'un paiement fait par un employeur à un employé faisait partie de la rémunération versée à un employé et était imposable en vertu de l'article 5 L.I.R. Le paragraphe 6(3) L.I.R. s'appliquait à un paiement reçu par une personne :
>
> "[…]
>
> a) pendant une période alors que le bénéficiaire faisait partie des cadres du payeur ou était employé par ce dernier, ou
>
> b) au titre ou en paiement intégral ou partiel d'une obligation découlant d'une entente intervenue entre le payeur et le bénéficiaire immédiatement avant, pendant ou immédiatement après une période

[4] *Fries* c. *MRN*, [1990] 2 C.T.C. 439.

> où ce bénéficiaire faisait partie des cadres du payeur ou était employé par ce dernier"[5]. » (Notre soulignement)

Enfin, selon le même auteur :

> « […] le paragraphe 6(3) L.I.R. ne s'appliquait pas à un paiement s'il était raisonnable de conclure que la somme n'avait pas été reçue :
>
> " c) à titre de contrepartie totale ou partielle de l'acceptation de la charge ou de la conclusion du contrat d'emploi,
>
> d) à titre de rémunération totale ou partielle des services rendus comme cadre ou conformément au contrat d'emploi, ou
>
> e) à titre de contrepartie totale ou partielle d'un engagement prévoyant ce que le cadre ou l'employé doit faire ou ne doit pas faire avant ou après la cessation de l'emploi […]"[6]. »

À défaut de pouvoir imposer la contrepartie reçue dans certains cas où le vendeur ne demeurait pas au service de la société vendue :

> « Avant la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Manrell*, l'ARC s'est prononcée sur le traitement fiscal applicable à un bénéficiaire d'un paiement de non-concurrence dans le cadre d'une vente d'entreprise et elle était d'avis qu'une clause de non-concurrence pourrait constituer l'un des éléments de l'achalandage pour le bénéficiaire. Donc, à cette époque, on pouvait en déduire qu'un paiement pour clause de non-concurrence constituait une disposition d'une immobilisation admissible et donnerait ainsi lieu à une inclusion dans le revenu du bénéficiaire par l'application de l'article 14 L.I.R.[7] »

L'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») était d'avis que l'article 42 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[8] pouvait également s'appliquer à un montant reçu relativement à une clause de non-concurrence reçu autrement que dans le cadre d'une vente d'actions en ce que les paiements de concurrence représentent le produit de disposition d'un bien distinct, à savoir le droit de faire concurrence.

---

5 H. LACHANCE, *loc. cit.*, note 1, 21:5.

6 *Id.*, 21:6.

7 *Id.*, 21:7.

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

Ainsi, que le montant ou la prime versée ou attribuée à l'obligation de non-concurrence soit prévue dans le cadre, intervienne concurremment à ou soit contractée à l'occasion d'une série de transactions impliquant la disposition d'actions ou d'actifs par une personne, les autorités fiscales considéraient que le paiement se rattachant au respect de telle obligation faisait généralement en fait partie du produit de disposition de tels actions ou actifs et, partant, devait être traité au plan fiscal comme faisant partie intégrante de tel produit de disposition, générant ainsi tantôt un gain en capital, tantôt une récupération d'amortissement, selon les faits particuliers à chaque transaction.

Dans la mesure où l'obligation de non-concurrence ne pouvait être directement rattachée à une transaction impliquant l'obtention d'un produit de disposition, comme à titre d'exemple dans le cas où le paiement y rattaché était effectué non pas par l'acquéreur mais plutôt par l'entreprise acquise, comme c'est souvent le cas lorsque l'obligation de non-concurrence est insérée non pas à la convention de vente d'actions ou d'actifs mais plutôt à une convention d'emploi ou de services intervenant concurremment à la transaction de vente, les autorités fiscales considéraient alors que ledit paiement était reçu à titre de prestation de services et était en conséquence pleinement imposable comme revenu d'emploi ou d'entreprise, selon le cas.

Or, bien que résultant de faits particuliers, les décisions jurisprudentielles dont nous faisons immédiatement l'analyse ont remis en question ces interprétations de base et ont notamment amené certains contribuables bien conseillés à procéder à certains exercices de planification visant à ce que les paiements reçus en contrepartie du respect d'une obligation de non-concurrence ne soient **aucunement imposables** car ne se rattachant directement ni à une disposition d'actions ou d'actifs ni à une obligation de faire prévue dans une convention de vente d'actions ou d'actifs ou dans une convention d'emploi ou de services mais plutôt à une obligation de ne pas faire prévue par une convention distincte, difficilement compatible avec la qualification traditionnelle de la contrepartie reçue à titre de produit de disposition ou à titre de revenu d'une source spécifiquement visée par les dispositions fiscales pertinentes.

1.2. ÉVOLUTION JURISPRUDENTIELLE

1.2.1. L'arrêt *Fortino*

La décision de la Cour canadienne de l'impôt rendue le 5 novembre 1996 confirmée par la Cour d'appel fédérale le 14 décembre 1999 dans le cadre de l'arrêt *Fortino* a certes créé un certain remous ainsi qu'une certaine

ébullition créatrice en matière de planification relative au traitement fiscal d'un paiement reçu en contrepartie du respect d'une obligation de non-concurrence et il importe de faire une analyse de cette décision qui a « mis le feu aux poudres ».

1.2.1.1. Faits pertinents

Dans l'affaire *Fortino*, plusieurs membres d'une même famille étaient actionnaires de la société Fortino's Supermarket Ltd. (ci-après « Fortino's ») qui exploitait une chaîne de supermarchés à Hamilton, en Ontario. En 1988, toutes les actions ordinaires émises et en circulation de Fortino's ont été vendues à Loblaws, une chaîne concurrente, pour un prix de vente d'environ 8,5 M$.

Certains contribuables ont conclu des ententes de consultation avec Loblaws, pour rémunération pour services futurs. Huit des vendeurs (ci-après « maris ») qui possédaient la totalité des actions ordinaires émises et en circulation de Fortino's ont transféré celles-ci à leurs épouses immédiatement avant la vente à Loblaws, en faisant un choix de l'article 73 L.I.R. pour une partie des actions. Ces épouses ont donc disposé des actions de Fortino's à Loblaws.

Le même jour, chacun des maris et épouses a signé individuellement un engagement de non-concurrence en contrepartie d'une somme forfaitaire. Ces paiements liés à l'engagement de non-concurrence totalisaient environ 4,7 M$, chaque mari recevant environ 390 000 $ et chaque épouse environ 195 000 $. Les vendeurs n'ont pas inclus ces paiements de non-concurrence dans leurs revenus, comme ils ont soutenu que les sommes versées en vertu de l'engagement de non-concurrence étaient un gain fortuit ou *windfall*, donc de nature non imposable.

Or, l'ARC considérait que ces paiements reçus à l'égard de l'engagement de non-concurrence étaient imposables. Ainsi, lors d'une première cotisation, l'ARC a inclus les trois quarts des montants reçus dans le revenu imposable des maris et des épouses, pour le motif que ces montants devaient être inclus dans le revenu conformément au paragraphe 14(1) L.I.R. discuté ci-dessus. L'ARC s'est ensuite ravisée et a émis un nouvel avis de cotisation à l'égard des maris, afin d'inclure la totalité des paiements liés à l'engagement de non-concurrence dans le produit de disposition des actions, ce qui augmentait ainsi leurs gains en capital imposables. Dans ses remarques préliminaires au procès, le ministre a concédé que les sommes versées en vertu des engagements de non-concurrence n'auraient pas dû être incluses dans le produit de disposition des actions de Fortino's en faveur de

Loblaws. Le ministre reconnaît également que si les sommes versées en vertu des engagements de non-concurrence sont imposables, les maris ne devraient pas être imposés à l'égard des sommes versées à leurs épouses en vertu des engagements de non-concurrence.

1.2.1.2. Question en litige

La Cour canadienne de l'impôt devait trancher quatre questions principales, soit : i) les paiements liés à l'engagement de non-concurrence constituaient-ils un revenu tiré d'une source au sens de l'article 3 L.I.R.; ii) les paiements liés à l'engagement de non-concurrence se rapportaient-ils à la disposition d'immobilisations admissibles selon l'article 14 L.I.R.; iii) les paiements liés à l'engagement de non-concurrence constituaient-ils un gain en capital selon les articles 38 et 39 L.I.R.; finalement iv) les paiements liés à l'engagement de non-concurrence sont-ils considérés comme une contrepartie reçue pour les actions de Fortino's en vertu de l'article 43 L.I.R.?

1.2.1.3. Décision

Il a été décidé dans l'affaire *Fortino* que les sommes reçues par le contribuable dans le cas à l'étude au moment de la vente d'actions pour ne pas concurrencer l'entreprise vendue ne constituaient pas un revenu aux fins de l'impôt, puisque ces paiements ne provenaient pas d'une « source de revenus ».

Dans un premier temps, quant à la prétention du Ministère selon laquelle les paiements de non-concurrence représentaient un revenu tiré d'une source au sens de l'article 3 L.I.R., la Cour a conclu que les montants versés en vertu d'une entente de non-concurrence ne constituaient pas un revenu tiré d'une source pour les bénéficiaires mais étaient davantage de la nature d'un élément de capital. Ces sommes représentaient donc des montants versés pour la perte d'un actif producteur de revenu et non pour la perte d'un revenu, en conséquence elles ne pouvaient être visées par l'article 3 L.I.R. dont la partie pertinente se lit comme suit :

> « 3. Pour déterminer le revenu d'un contribuable pour une année d'imposition, pour l'application de la présente partie, les calculs suivants sont à effectuer :
>
> a) le calcul du total des sommes qui constituent chacune le revenu du contribuable pour l'année (autre qu'un gain en capital imposable résultant de la disposition d'un bien) dont <u>la source</u> se situe au Canada ou à l'étranger, y compris, sans que soit limitée la portée générale de ce qui

> précède, le revenu tiré de chaque charge, emploi, entreprise et bien; […]. » (Notre soulignement)

Dans un deuxième temps, la Cour s'est penchée sur la question de déterminer si les paiements de non-concurrence représentaient un montant en immobilisations admissibles selon l'article 14 L.I.R. Selon la Cour, pour qu'un montant versé en vertu d'une entente de non-concurrence constitue un montant en immobilisations admissibles pour le bénéficiaire, les trois conditions d'application de l'article 14 L.I.R. doivent être respectées. Dans le cas de l'arrêt *Fortino*, l'article 14 L.I.R. ne pouvait s'appliquer aux paiements de non-concurrence versés à des actionnaires qui n'exploitait pas personnellement une entreprise ni ne pouvaient en conséquence être visés par l'article 14 L.I.R. dont la partie pertinente se lit comme suit :

> « 14. (1) Lorsque, à la fin d'une année d'imposition, le total des montants représentant chacun la valeur, déterminée relativement à une entreprise d'un contribuable, de l'élément E de la formule applicable figurant à la définition de "montant cumulatif des immobilisations admissibles" au paragraphe (5) (appelé "montant en immobilisations admissible" au présent article) ou de l'élément F de cette formule excède le total des valeurs des éléments A à D de cette formule relativement à l'entreprise, la somme des montants ci-après est à inclure dans le calcul du revenu du contribuable tiré de l'entreprise pour l'année : […]. » (Notre soulignement)

En troisième lieu, concernant la question selon laquelle les paiements liés à l'engagement de non-concurrence constituait un gain en capital, la Cour a conclu que la Couronne n'avait pas fait la preuve que les paiements liés à l'engagement de non-concurrence constituaient le produit de disposition d'un bien et que les contribuables avaient disposé d'un « droit » en vertu des articles 38 et 39 L.I.R.

Finalement, la Cour a jugé que les paiements de non-concurrence ne faisaient pas partie du produit de disposition des actions en vertu de l'article 42 L.I.R., dont la partie pertinente se lit ainsi :

> « 42. Dans le calcul, pour l'application de la présente sous-section [sous-section de la Loi qui traite des gains en capital imposables], du produit de disposition d'un bien pour un contribuable, doit être inclus le total des sommes reçues ou à recevoir par celui-ci en contrepartie de garanties qu'il a données ou de promesses ou autres obligations conditionnelles qu'il a contractées relativement à la disposition; […]. »

Comme les paiements de non-concurrence n'étaient pas assujettis à l'impôt en vertu de dispositions spécifiques de la loi, la Cour canadienne de l'impôt a établi qu'ils étaient en fait des montants de nature de capital non imposables.

La Cour d'appel fédérale a par la suite rejeté l'appel du ministre car elle ne pouvait conclure qu'une erreur avait été commise par la Cour de première instance.

1.2.2. L'arrêt *Manrell*

La décision de la Cour canadienne de l'impôt rendue le 25 octobre 2001 renversée par la Cour d'appel fédérale le 11 mars 2003 dans le cadre de l'arrêt a confirmé les craintes du législateur et a activé le processus d'adoption de dispositions modificatives afin de remplir le vide juridique apparent confirmé par l'arrêt *Manrell*.

1.2.2.1. Les faits

En 1995, M. Manrell ainsi que les autres actionnaires de trois entreprises spécialisées dans la fabrication de produits de plastique ont vendu leur actions dans les entreprises pour environ 15 M$. L'une des conditions de la convention d'achat d'actions exigeait que l'acheteur effectue des paiements s'élevant à environ 4 M$ en contrepartie de la remise et de l'exécution d'« ententes de non-concurrence » dont les conditions étaient énoncées dans une annexe jointe à la convention d'achat d'actions. De cette somme, un montant d'environ 1 M$ revenait à M. Manrell. Ce dernier a inscrit les sommes reçues dans sa déclaration de revenus (les produits de la vente ainsi que le paiement reçu en contrepartie du respect de son engagement de non-concurrence) à titre de produit de disposition des actions dans le calcul de son gain en capital imposable pour les années 1995, 1996 et 1997.

Lorsque, par la suite, le contribuable a appris que la Cour canadienne de l'impôt avait jugé dans l'affaire *Fortino* que le paiement reçu en contrepartie du respect d'une obligation de non-concurrence n'était pas imposable, M. Manrell a présenté un avis d'opposition pour ces années afin d'annuler le gain en capital déclaré précédemment.

Malgré la décision rendue dans l'arrêt *Fortino*, dans laquelle la Cour a déclaré que les sommes reçues à titre d'une entente de non-concurrence ne constituaient pas un revenu puisqu'ils ne constituaient pas une « source de revenus », l'ARC a rejeté l'opposition de M. Manrell. Ce dernier a donc fourni à l'ARC l'occasion de soumettre un autre cas à l'appréciation des tribunaux, interjetant appel en Cour canadienne de l'impôt. L'appel de M. Manrell a alors été rejeté par la Cour canadienne de l'impôt, qui devait déterminer si le droit de faire concurrence était un « bien », donc susceptible d'entraîner un gain en capital s'il était cédé à titre onéreux. Le juge de la Cour canadienne de l'impôt a fait remarquer que M. Manrell avait cédé à

titre onéreux le droit d'exercer une activité particulière et s'était de plus engagé à ne pas se servir de ses contacts et savoir-faire relatifs à cette activité. Le juge McArthur en est venu à la conclusion que ce à quoi M. Manrell avait renoncé était un bien, et ses propos sont les suivants : « Je décrète que l'appelant a aliéné un bien au sens des articles 38 et 39 [L.I.R.], et que les versements sont des gains en capital imposables[9]. »

M. Manrell est allé en appel de cette décision devant la Cour d'appel fédérale, cette dernière lui donnant gain de cause et renversant la décision rendue contre le contribuable en première instance.

1.2.2.2. Question en litige

L'affaire se résumait à une seule question : le « droit de faire concurrence » est-il un « droit de quelque nature que ce soit » et, partant, un « bien » au sens du paragraphe 248(1) L.I.R.?

1.2.2.3. Décision

La Cour d'appel fédérale en est venue à la conclusion qu'un bien n'est pas une chose, mais un droit ou un ensemble de droits qu'il est possible de faire respecter par autrui. Le droit général de faire une chose que n'importe qui peut faire, ou un droit possédé par tous, n'est pas le « bien » de qui que ce soit. Le juge Sharlow a tenu les propos suivants :

> « En fait, dans la jurisprudence canadienne en matière fiscale, qui comporte des douzaines de décisions où la définition législative du mot "biens" a été examinée, il n'a été statué dans aucune décision que le mot "biens" comprend un droit qui ne comporte pas ou n'entraîne pas une demande exclusive légalement exécutoire, cela ne prouve pas que l'argument de la Couronne est erroné, mais à mon avis cela laisse planer un doute sérieux à ce sujet[10]. »

Le tribunal a jugé que les sommes reçues de l'acquéreur de la société par l'actionnaire de celle-ci, en contrepartie de l'engagement de non-concurrence, n'étaient pas imposables parce que l'engagement n'entraînait pas un droit exclusif légalement exécutoire. Le droit de mener des activités commerciales est un droit qui appartient à tout le monde et n'est donc pas un bien que l'on peut vendre. Pour qu'un droit constitue un bien, il doit comporter quelque droit exclusif de présenter une demande contre quelqu'un

---

9 *Manrell C.C.I.*, précité, note 3, par. 24.

10 *Manrell*, précité, note 3, par. 53.

d'autre. Le droit général de faire quelque chose que n'importe qui peut faire ou un droit qui appartient à tous et chacun ne constitue pas un bien.

À la suite de ce jugement, tout actionnaire d'une entreprise qui exerçait une activité commerciale pouvait, en théorie, recevoir un montant d'argent de l'acquéreur de l'entreprise dans le cadre d'une convention de non-concurrence, cette somme n'étant pas imposable. Se répandit donc une pratique visant, lors d'une transaction de vente d'entreprise, à isoler l'obligation de non-concurrence et à lui attribuer une valeur afin de réduire le fardeau fiscal du vendeur… La suite est assez prévisible.

1.3. LA RÉPONSE DU LÉGISLATEUR

1.3.1. Annonce d'un avant-projet de loi et rétroactivité de son application

En réaction aux décisions rendues par la Cour d'appel fédérale dans les arrêts *Fortino* et *Manrell*, le ministère des Finances du Canada a annoncé, par un communiqué de presse émis le 7 octobre 2003, son intention d'imposer les clauses de non-concurrence présentes dans les conventions de vente d'entreprise ou intervenant concurremment à celles-ci[11]. Il convient de noter que cette intention du gouvernement n'était pas incluse au budget fédéral de février 2003. Ces modifications faisaient donc directement suite à la confirmation par la Cour d'appel fédérale, en mars 2003, que les paiements reçus en contrepartie du respect d'une clause de non-concurrence pouvaient ne pas être imposables en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Signalons que ces dispositions seront en vigueur pour toute transaction impliquant une clause de non-concurrence conclue après le 7 octobre 2003.

Il semble par ailleurs que cette façon de légiférer par communiqué de presse avec texte « à suivre » soit en voie de devenir une pratique courante du législateur, qui peut ainsi prendre tout son temps afin de concocter ses exigences au détriment du droit des contribuables de se prévaloir du sacro-saint principe maintes fois reconnu par la Cour suprême du Canada en matière fiscale permettant aux « payeurs de taxes » de structurer leurs transactions et leurs affaires de la façon qui leur soit la plus fiscalement avantageuse dans le respect de la lettre de la loi. Si le législateur s'octroie sans cesse le droit de réécrire la lettre de la loi et de faire appliquer sa

[11] CANADA, ministère des Finances, *Communiqué* 2003-049, « Le ministre Manley propose des modifications au traitement fiscal rattaché aux clauses de non-concurrence », 7 octobre 2003.

version « finale » de la législation à des situations contractuelles antérieures, ne devrait-il pas octroyer un droit similaire aux contribuables, soit celui de pouvoir modifier les ententes contractuelles conclues durant cette période de révision législative afin de pouvoir optimiser leur situation fiscale tout en respectant le texte final de la loi?

Ceci étant dit, le ministère des Finances publiait en février 2004 les nouvelles dispositions s'appliquant aux contreparties obtenues par un contribuable afin de respecter une obligation prévue par une clause restrictive[12]. En juillet 2005[13], le ministère des Finances a rendu publiques des modifications à ses dispositions de février 2004. Comme l'indique Mme Julie Colden :

> « [TRADUCTION] Les dispositions de 2005 rendent encore plus complexes les règles proposées gouvernant l'imposition de paiements reçus en contrepartie du respect de clauses de non-concurrence et continuent à créer de l'incertitude pour les contribuables participant à des transactions commerciales ordinaires[14]. »

Quoi qu'il en soit, il est important de spécifier que les nouvelles dispositions proposées ne sont toujours pas en vigueur, leur mise en application requérant la sanction du Parlement du Canada.

Les modifications législatives de 2005 contiennent des modifications aux règles proposées ayant trait à l'imposition des montants reçus ou recevables. La plupart de ces modifications législatives apparaissent être de nature corrective. Généralement, la portée de la définition de « clause de non-concurrence » (*restrictive covenant*) n'a pas été réduite par rapport à celle de 2004, elle a simplement été modifiée pour être conforme au texte anglais et fait maintenant référence à une « clause restrictive ».

1.3.2. Analyse de la législation proposée

Que ce soit dans sa version originale de 2004 ou dans la version révisée de 2005, le principe général du projet de loi vise à ce que les sommes versées en contrepartie du respect d'une clause restrictive soient imposées comme tout autre revenu (donc en entier au taux marginal du contribuable), le

---

12 CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives et avant-projets de règlement concernant l'impôt sur le revenu*, 27 février 2004.

13 CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives concernant l'impôt sur le revenu*, 18 juillet 2005.

14 J. COLDEN, *loc. cit.*, note 1, 102.

gouvernement permettant toutefois aux parties de faire un choix en complétant le formulaire prescrit afin de qualifier les montants payés par rapport à la clause restrictive à titre d'immobilisation admissible afin de permettre au vendeur d'actions ou d'actifs de bénéficier d'un certain répit fiscal.

Les dispositions législatives proposées afin d'atteindre l'objectif du législateur portent sur le revenu ordinaire aux paragraphes 56.4(2) L.I.R. ayant trait au revenu ordinaire, 56.4(3) L.I.R. se rapportant aux exceptions, à l'article 68 L.I.R. ayant trait à la réallocation de sommes et au paragraphe 56.4(9) L.I.R. portant sur le choix conjoint à être exercé par le vendeur et l'acheteur.

1.3.2.1. Revenu ordinaire

La règle générale selon laquelle les montants reçus ou recevables en vertu d'une clause de non-concurrence soient imposés en tant que revenu ordinaire est contenue dans la disposition habilitante du paragraphe 56.4(2) L.I.R. proposé des dispositions de 2004, qui se lit comme suit :

> « 56.4(2). Est à inclure dans le calcul du revenu d'un contribuable pour une année d'imposition le total des sommes dont chacune a trait à une clause restrictive du contribuable et est reçue ou à recevoir au cours de l'année par le contribuable ou par une personne avec laquelle il a un lien de dépendance, à l'exception de toute somme qui a été incluse soit dans le calcul du revenu du contribuable par l'effet du présent paragraphe pour une année d'imposition antérieure, soit dans le revenu de la société admissible du contribuable par l'effet du présent paragraphe pour l'année ou pour une année d'imposition antérieure. » (Notre soulignement)

Une « société admissible » du contribuable est définie en termes généraux comme la société canadienne imposable dont le contribuable détient au moins 90 % du capital-actions, en valeur et en droit de vote, tel qu'il est décrit au paragraphe 56.4(1) L.I.R. :

> « "société admissible" Est une société admissible d'un contribuable à un moment donné, la société canadienne imposable dont le contribuable détient, à ce moment, au moins 90 % du capital-actions, émis et en circulation, comportant plein droit de vote en toutes circonstances et ayant une juste valeur marchande égale à au moins 90 % de celle de l'ensemble des actions émises et en circulation du capital-actions de la société. »

Un auteur mentionne ce qui suit :

> « Ce concept [de société admissible] sert à préciser la portée du paragraphe 56.4(2) L.I.R. Il prévoit que le montant reçu ou à recevoir relatif à une clause restrictive par le contribuable ou par une personne avec laquelle il a un lien de dépendance ne devra pas être inclus dans le revenu du contribuable à titre d'autres revenus, même s'il lui est attribuable selon le nouvel alinéa 68c) L.I.R., dans la mesure où il a déjà été inclus dans le revenu de la société admissible. En plus de ne viser que les sociétés détenues à plus de 90 % par la même personne (excluant ainsi les sociétés dont l'actionnariat est partagé), ce changement ne règle pas le problème qui se pose lorsque le particulier actionnaire signe une clause restrictive et ne reçoit rien en contrepartie mais qu'il doit inclure un montant dans son revenu en vertu du paragraphe 56.4(2) L.I.R., car une partie du montant, payée pour la clause restrictive, est raisonnablement attribuable au contribuable[15]. »

Le ministre propose donc que les sommes qu'un contribuable reçoit au titre d'une clause restrictive (ou de non-concurrence) dans le contexte de la vente d'une entreprise soient imposables comme s'il s'agissait d'un revenu ordinaire. Toutefois, d'importantes exceptions à cette règle sont prévues qui permettent aux contribuables de bénéficier d'un traitement fiscal plus avantageux.

1.3.2.2. Exceptions

Le nouveau paragraphe 56.4(3) L.I.R. crée certaines exceptions à la qualification des sommes reçues en contrepartie du respect d'une clause restrictive intervenant dans le cadre d'une vente d'entreprise. Ce paragraphe prévoit notamment ce qui suit :

> « 56.4(3). Le paragraphe (2) ne s'applique pas à a la somme reçue ou à recevoir par un contribuable au cours d'une année d'imposition au titre d'une clause restrictive qu'il a accordée à une personne avec laquelle il n'a aucun lien de dépendance (appelée "acheteur" au présent paragraphe et au paragraphe (4)) si l'un des faits suivants se vérifie :
>
> a) la somme a été incluse, en application des articles 5 ou 6, dans le calcul du revenu du contribuable pour l'année, ou l'aurait été si elle avait été reçue au cours de cette année;
>
> b) la somme serait, en l'absence du présent article, à inclure, selon l'élément E de la formule applicable figurant à la définition de "montant cumulatif des immobilisations admissibles" au paragraphe 14(5), dans le calcul du montant cumulatif des immobilisations admissibles du contribuable

[15] Gaétan BISSON, « Structures d'acquisition d'entreprise », dans *Congrès 2005*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2006, pp. 14:1-64, à la page 14:17.

relativement à l'entreprise à laquelle la clause restrictive se rapporte, et le contribuable et l'acheteur font, sur le formulaire prescrit, le choix conjoint de se prévaloir du présent alinéa relativement à la somme;

c) la somme se rapporte directement à la disposition, par le contribuable, d'un bien qui est, au moment de la disposition, soit une participation admissible dans la société de personnes ou la société qui exploite l'entreprise à laquelle la clause restrictive se rapporte, soit une participation admissible dans la société de personnes ou la société qui exploite l'entreprise à laquelle la clause restrictive se rapporte, soit une participation admissible par l'effet de l'alinéa c) de la définition de " participation admissible" lorsque l'entreprise à laquelle la clause restrictive se rapporte est exploitée par l'autre société visée à cet alinéa, et, à la fois :

(i) la disposition est effectuée en faveur de l'acheteur ou une personne qui lui est liée,

(ii) la somme représente tout ou partie de la contrepartie pour l'engagement du contribuable de ne pas fournir des biens ou des services sous un régime de concurrence avec les biens ou services fournis ou à fournir par l'acheteur ou par une personne qui lui est liée,

(iii) la somme n'excède pas le montant obtenu par la formule suivante

(A-B)

où :

A représente le montant qui représenterait la juste valeur marchande de la participation admissible du contribuable qui fait l'objet de la disposition, si l'ensemble des clauses restrictives qu'il est raisonnable de considérer comme se rapportant à la disposition d'une participation dans l'entreprise par un contribuable étaient accordées à titre gratuit.

B le montant qui représenterait la juste valeur marchande de la participation admissible du contribuable qui fait l'objet de la disposition, si aucun des contribuables détenteurs d'une participation dans l'entreprise n'accordait de clause,

(iv) le paragraphe 84(3) ne s'applique pas à la disposition,

(v) la somme est ajoutée au produit de disposition, au sens de l'article 54, du contribuable pour ce qui est de l'application de la présente loi à la disposition de la participation admissible du contribuable,

(vi) le contribuable et l'acheteur font, sur le formulaire prescrit, le choix conjoint de se prévaloir du présent alinéa relativement à la somme. » (Notre soulignement)

Le paragraphe 56.4(2) L.I.R. proposé contient donc trois exceptions, énumérées au paragraphe 56.4(3) proposé. **Toutes ces exceptions sont soumises à la condition que la clause restrictive soit accordée à une personne avec laquelle le contribuable n'a aucun lien de dépendance.** On peut se questionner sur la pertinence de cette exigence, notamment en considération d'un contexte familial où les clauses restrictives entre collatéraux ou ascendants font régulièrement l'objet de la chronique judiciaire… Chacune des exceptions fait de plus l'objet de règles spécifiques élaborées dans l'éventuel paragraphe 56.4(4) L.I.R. afin de prévoir le traitement fiscal du vendeur en vertu de la clause restrictive.

La première exception contenue à l'alinéa 56.4(3)a) L.I.R. proposé concerne le revenu d'emploi et fait référence à l'inquiétude de double imposition en excluant les montants ayant déjà été inclus à titre de revenu en vertu des articles 5 et 6 L.I.R. : « Cet alinéa vise donc particulièrement les versements effectués par un employeur à un employé pour ne pas concurrencer l'entreprise de l'employeur[16]. »

La deuxième exception fait référence au capital admissible cumulatif et vise aussi à empêcher qu'un contribuable subisse une double imposition. L'alinéa 56.4(3)b) L.I.R. de 2004 visait en général les ventes d'actifs dans la mesure où un montant reçu en matière d'une clause restrictive ne ferait pas l'objet d'un traitement en tant que revenu en vertu du paragraphe proposé 56.4(2) L.I.R. dans les circonstances selon lesquelles le montant réduisait le capital admissible cumulatif du vendeur et que les parties en avaient fait le choix conjoint. Ce paragraphe a été reformulé en 2005, mais son application demeure inchangée. Les dispositions de 2005 contiennent aussi le paragraphe 14(5.1) L.I.R. proposé, lequel prévoit que lorsqu'un montant fait l'objet d'une inclusion au revenu en vertu du paragraphe 56.4(2) L.I.R. proposé, il ne réduira pas en plus le capital admissible cumulatif du contribuable :

> « 14(5.1) L'élément E de la formule applicable figurant à la définition de "montant cumulatif des immobilisations admissibles" au paragraphe (5) ne s'applique pas à la somme, reçue ou à recevoir par un contribuable au cours d'une année d'imposition, qui est à inclure dans son revenu par l'effet du paragraphe 56.4(2). »

Les dispositions de 2005 ont vu restreindre la rédaction de l'exception de l'alinéa 56.4(3)b) L.I.R. Un changement important dans les dispositions de 2005 est l'inclusion de la définition de « participation admissible »

---

[16] *Id*., 14:15.

d'actions du capital-actions d'une société dont au moins 90 % de la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») est attribuable à des participations admissibles dans une autre société[17].

> « "Participation admissible" Immobilisation d'un contribuable qui est :
>
> a) une participation dans une société de personnes qui exploite une entreprise;
>
> b) une action du capital-actions d'une société qui exploite une entreprise;
>
> c) une action du capital-actions d'une société dont au moins 90 % de la juste valeur marchande est attribuable à des participations admissibles dans une autre société[18]. »

La troisième exception contenue aux dispositions de 2004 concernait donc la disposition d'une participation admissible. Elle s'applique lorsque le montant applicable est reçu ou recevable ayant trait à une clause restrictive directement reliée au produit d'une disposition d'une participation admissible en contrepartie pour la clause restrictive résultant de l'alinéa proposé 56.4(3)c) L.I.R. Pour ce faire, une participation admissible est définie comme une immobilisation d'un contribuable qui est une participation dans une société de personnes qui exploite une entreprise ou une action du capital-actions d'une société qui exploite une entreprise. La disposition de la participation admissible devait être à la personne à qui la clause restrictive était accordée, ou une personne liée. Le montant applicable devait être en considération de l'engagement par le contribuable de ne pas fournir des biens ou services en compétition avec les biens ou services à être fournis par l'acheteur (donc seulement applicable dans le cas d'une clause de non-concurrence). De plus, le montant pertinent faisait l'objet du maximum de la différence entre la JVM de la participation admissible si toutes les clauses restrictives étaient accordées sans considération supérieure à sa JVM si aucune clause restrictive n'avait été accordée. Tout surplus serait l'objet d'un traitement de revenu en vertu du paragraphe proposé 56.4(2) L.I.R. Le sous-alinéa proposé 56.4(3)b)(iv) L.I.R. des dispositions de 2004 exigeait que le montant pertinent soit inclus dans le produit de disposition de l'intérêt admissible. Finalement, pour appliquer l'alinéa 56.4(3)b) L.I.R. proposé, les parties devaient faire un choix conjoint. Donc, lorsque l'exception trouvait application, le montant reçu en contrepartie de l'engagement de non-concurrence était inclus dans le produit de disposition du bénéficiaire et,

---

17 Par. 56.4(2) « participation admissible », al. c) L.I.R. [proposé].

18 Par. 56.4(1) L.I.R.

du point de vue de l'acheteur, le montant était traité en tant que coût d'acquisition.

L'application de l'alinéa proposé 56.4(3)c) L.I.R. a été étendue par les modifications de 2005 pour s'appliquer également à la disposition d'actions d'une société de portefeuille. De plus, le paragraphe 84(3) L.I.R. ne s'applique pas à la disposition de participation admissible. Ce paragraphe se lit comme suit :

> « 84(3). Lorsque, à un moment donné après le 31 décembre 1977, une société résidant au Canada a racheté, acquis ou annulé de quelque façon que ce soit (autrement que par une opération visée au paragraphe (2)) toute action d'une catégorie quelconque de son capital-actions :
>
> a) La société est réputée avoir versé au moment donné un dividende sur une catégorie distincte d'actions constituée des actions ainsi rachetées, acquises ou annulées, égal à l'excédent éventuel de la somme payée par la société lors du rachat, de l'acquisition ou de l'annulation, selon le cas, de ces actions sur le capital versé relatif à ces actions, existant immédiatement avant ce moment;
>
> b) Chacune des personnes qui détenaient au moment donné une ou plusieurs actions de cette catégorie distincte est réputée avoir reçu à ce moment un dividende égal à la fraction de l'excédent déterminé en vertu de l'alinéa a) représentée par le rapport existant entre le nombre de ces actions que détenait cette personne immédiatement avant ce moment et le nombre total des actions de cette catégorie distincte que la société a rachetées, acquises ou annulées, à ce moment. »

Le choix conjoint peut être disponible lorsque le paiement de non-concurrence est effectué envers un actionnaire vendant des actions d'une société de portefeuille détenant des actions de la compagnie opérante.

Premièrement, le propriétaire d'une entreprise qui vend **l'actif et le fonds commercial** de celle-ci aura généralement le droit d'inclure dans le produit de disposition du fonds commercial toute somme à recevoir au titre d'une clause restrictive consentie relativement à cette entreprise. Deuxièmement, le contribuable qui, à la suite d'une disposition sans lien de dépendance **des actions** d'une société, reçoit une somme du fait qu'il a consenti à une clause restrictive relativement à l'entreprise exploitée par la société en question peut inclure une fraction de cette somme dans le produit de disposition des actions de sorte que cette fraction soit imposable au même titre que le produit de disposition, générant donc un gain en capital imposable (pouvant par exemple être assujetti à la déduction de 500 000 $ relative à la disposition d'actions admissibles de petite entreprise) plutôt qu'un revenu. La fraction du paiement pouvant être assimilée au produit de

disposition se limite à la hausse que connaîtrait la valeur des actions vendues par le contribuable si la clause restrictive avait été accordée sans contrepartie. Le reste de la somme que le contribuable a reçue au titre d'une clause restrictive sera imposable comme s'il s'agissait d'un revenu ordinaire. De beaux débats en perspective pour les juricomptables…

1.3.2.3. Exemple

« Jacques et Isabelle possèdent chacun 50 des 100 actions ordinaires de X ltée, qui exploite une entreprise. Le prix de base rajusté (ci-après «PBR») de leurs actions est égal à zéro. En 2004, une personne avec laquelle ils n'ont aucun lien de dépendance, Y ltée, propose d'acquérir la totalité des actions de X ltée pour la somme de 2 M$, à la condition que Jacques (qui a joué un rôle beaucoup plus actif dans l'administration et les activités de X ltée) convienne de ne pas faire concurrence à l'entreprise exploitée par Y ltée et X ltée après la vente.

Si aucune clause restrictive n'est accordée, Y ltée versera 1,8 M$. Jacques et Isabelle décident d'accepter l'offre d'acheter X ltée, le produit de disposition étant égal à 1,8 M$ pour les actions (18 000 $ l'action), plus 200 000 $ au titre de la clause restrictive prévoyant que Jacques ne fera pas concurrence à l'entreprise après la vente.

Jacques recevra donc 1,1 M$ (900 000 $ pour les actions et 200 000 $ pour la clause restrictive) et Isabelle, 900 000 $.

Voici l'application des règles proposées.

Isabelle

Aucune somme n'étant à recevoir par Isabelle au titre d'une clause restrictive concernant l'entreprise de X ltée, la part de 900 000 $ du produit de disposition qui lui revient a uniquement trait à la disposition de ses actions de X ltée.

1) Gain en capital = 900 000 $ (produit de disposition de 900 000 $, moins le PBR qui est égal à zéro);

2) Revenu ordinaire au titre de la clause restrictive = zéro.

Jacques

Jacques recevra 200 000 $ au titre de la clause restrictive, et il peut ajouter une fraction de cette somme au produit de 900 000 $ provenant de la disposition de ses actions de X ltée. La fraction admissible de 200 000 $ est égale à la hausse de valeur qu'auraient connue ses actions dans l'éventualité où la clause restrictive avait été accordée sans contrepartie (comparativement à la valeur des actions en l'absence de clause restrictive).

1) Gain en capital = 1 M$ (produit de disposition de 1 M$ moins PBR égal à zéro);

   Produit de disposition : 900 000 $ à titre de produit de disposition des actions de X ltée, plus 100 000 $ du produit rattaché à la clause restrictive (pouvant être additionné au produit de la disposition des actions), c'est-à-dire :

   • le moins élevé des montants suivants :

     i) 200 000 $ (somme à recevoir);

     ii) 100 000 $ (hausse de la valeur des actions de X ltée que possède Jacques dans l'éventualité où la clause restrictive était accordée sans contrepartie par rapport au produit de vente sans clause restrictive), selon le calcul suivant :

     - dans la mesure où :

       1 M$ (50 % de 2 M$ si l'on suppose que la clause restrictive est accordée sans contrepartie) excède 900 000 $ (50 % de 1,8 M$ si aucune clause restrictive n'est accordée);

2) Revenu ordinaire = 100 000 $ (200 000 $ moins 100 000 $ attribué au produit de disposition des actions).

On remarque que Jacques doit inclure un revenu de 100 000 $ selon les dispositions du paragraphe 56.4(2) L.I.R. Il ne peut faire le choix offert à l'alinéa 56.4(3)c) L.I.R. sur la totalité de la somme reçue relativement à la clause restrictive[19]. »

1.3.2.4. Choix conjoint

« 56.4(9). Pour l'application des alinéas (3)b) et (7)f), le choix conjoint présenté sur le formulaire prescrit aux termes de ces dispositions doit être accompagné d'une copie de la clause restrictive et être produit selon les modalités suivantes :

a) si la personne ayant accordé la clause restrictive réside au Canada au moment où la clause est accordée, le choix est présenté par la personne au ministère au plus tard à la date d'échéance de production qui lui est applicable pour l'année d'imposition qui comprend le jour où la clause a été accordée;

---

[19] H. LACHANCE, *loc. cit.*, note 1, 21:21-23.

b) dans les autres cas, le choix est présenté au ministre au plus tard le jour qui suit de six mis le jour où la clause restrictive est accordée. »

Le paragraphe proposé 56.4(9) L.I.R. des dispositions de 2005 fait référence à la production du formulaire prescrit aux fins des alinéas proposés 56.4(3)b) et c) et 56.4(7)f) L.I.R. Ce formulaire doit être accompagné d'une copie de la clause restrictive et être produit selon les modalités prescrites.

Dans le cas d'une vente d'actifs :

> « [l]e choix conjoint devra avoir été produit selon les modalités prévues au paragraphe 56.4(9) L.I.R. Celles-ci exigent que si la personne ayant accordé la clause restrictive réside au Canada au moment où la clause est accordée, le choix soit présenté par cette personne au ministre du Revenu national au plus tard à la date d'échéance de production qui lui est applicable pour l'année d'imposition qui comprend le jour où la clause a été accordée. Dans les autres cas, le choix doit être présenté au ministre du Revenu national au plus tard le jour qui suit de six mois le jour où la clause restrictive est accordée. Le choix sera réputé avoir été produit dans le délai imparti s'il est produit au plus tard le jour qui suit de 180 jours la date de sanction de l'article 56.4 L.I.R.
>
> Les ventes d'actifs sont pénalisantes pour les actionnaires d'une société qui auraient vendu ses actifs et qui reçoivent un paiement en vertu d'une clause restrictive relativement à l'entreprise dont les actifs sont vendus. En effet, ces actionnaires ne peuvent inclure la somme reçue dans leur montant en immobilisations admissibles puisque ce n'était pas eux mais la société dont ils étaient actionnaires qui possédait les actifs qui ont été vendus. Ils doivent donc s'imposer sur la totalité de la somme reçue comme s'il s'agissait du revenu ordinaire. Il n'est pas possible pour l'instant de produire un choix tardif […][20]. »

Par contre, le choix conjoint n'est pas disponible lorsqu'il y a des sociétés de portefeuille à plusieurs niveaux ou si la société de portefeuille n'obtient pas 90 % de sa valeur des actions de la compagnie opérante.

1.3.2.5. Réallocation de sommes

Les dispositions de 2004 proposaient par ailleurs une modification à l'article 68 L.I.R. afin de permettre qu'un montant soit alloué à une clause restrictive. En particulier, si un montant pouvait raisonnablement être considéré comme étant en partie une considération pour l'aliénation de biens, la fourniture de services ou une clause restrictive, alors le montant pouvant raisonnablement être considéré comme étant en considération de la clause restrictive était réputé être reçu ou recevable en matière de celle-ci,

---

[20] *Id*., 21:18.

indépendamment de la forme ou de l'effet légal. Les dispositions de 2004 apparaissaient donc s'étendre en dehors du principe auquel elles étaient dirigées. Il ne paraît pas y avoir de problème si les parties choisissent de ne pas allouer de sommes aux clauses restrictives typiquement présentes dans une entente commerciale. L'article 68 L.I.R. proposé se lit comme suit :

> « 68. Dans le cas où il est raisonnable de considérer que le montant reçu ou à recevoir d'une personne représente en partie la contrepartie de la disposition d'un bien d'un contribuable, la contrepartie de la prestation de services par un contribuable ou la contrepartie d'une clause restrictive, au sens du paragraphe 56.4(1), accordée par un contribuable, les règles suivantes s'appliquent :
>
> a) la partie du montant qu'il est raisonnable de considérer comme la contrepartie de cette disposition est réputée être le produit de disposition du bien quels que soient la forme et les effets juridiques du contrat ou de la convention, et la personne qui a acquis le bien à la suite de cette disposition est réputée l'acquérir pour un montant égal à cette partie;
>
> b) la partie du montant qu'il est raisonnable de considérer comme la contrepartie de la prestation de services est réputée être un montant reçu ou à recevoir par le contribuable pour ces services, quels que soient la forme et les effets juridiques du contrat ou de la convention, et être un montant payé ou payable au contribuable par la personne à qui ces services ont été rendus;
>
> c) la partie du montant qu'il est raisonnable de considérer comme la contrepartie de la clause restrictive est réputée être à la fois une somme reçue ou à recevoir par le contribuable au titre de la clause, quels que soient la forme et les effets juridiques du contrat ou de la convention, et une somme payée ou payable au contribuable par la personne à laquelle la clause a été accordée. » (Notre soulignement)

« Le nouvel alinéa 68c) L.I.R. s'applique dans le cas où il est raisonnable de considérer que la contrepartie reçue ou à recevoir représente en partie une somme ayant trait à une clause restrictive accordée par un contribuable. Dans une telle situation, la partie de la somme ayant trait à une clause restrictive sera réputée être une somme reçue ou à recevoir au titre de la clause, et ce, quels que soient la forme et les effets juridiques du contrat ou de la convention. Parallèlement, la somme payée ou payable par l'acheteur ou l'employeur sera réputée être une somme ayant trait à une clause restrictive. Il est désormais plus pertinent que jamais de se questionner sur la valeur d'une clause restrictive incluant l'engagement de non-concurrence. Il faut réaliser par exemple que la présence de telles clauses, exigées par un acheteur visent, entre autres, à protéger la valeur d'un investissement. Le nouveau paragraphe 56.4(3) L.I.R. fait référence à la valeur d'un engagement de non-concurrence pour l'application du nouveau paragraphe 56.4(2) L.I.R. de la façon suivante :

> "L'excédent de A sur B :

> A représente le montant qui représenterait la juste valeur marchande de la participation admissible du contribuable qui fait l'objet de la disposition, si l'ensemble des clauses restrictives qu'il est raisonnable de considérer comme se rapportant à la disposition d'une participation dans l'entreprise par un contribuable étaient accordées à titre gratuit.
>
> B le montant qui représenterait la juste valeur marchande de la participation admissible du contribuable qui fait l'objet de la disposition, si aucun des contribuables détenteurs d'une participation dans l'entreprise n'accordait de clause."

> Bien que la question de l'évaluation d'une clause restrictive reste pertinente, on peut se demander si l'ARC pourra réussir à redresser la partie d'une contrepartie ayant trait à une clause restrictive lorsque les ententes commerciales entre deux personnes sans lien de dépendance n'alloueront pas de sommes à une telle clause. Il pourrait être prudent de produire un choix selon l'alinéa 56.4(3)b) ou c) L.I.R. à une somme nominale de un dollar, encore faudrait-il déterminer si un choix tardif serait permis dans l'éventualité d'un redressement ultérieur par les autorités fiscales. Présentement un choix tardif ou modifié n'est pas possible; cependant, l'ARC revoit cette question afin de déterminer si elle inclura les choix des alinéas 56.4(3)b) ou c) et 56.4(7)f) L.I.R. à l'article 600 du *Règlement de l'impôt sur le revenu*[21]. »

Cette disposition a créé de l'incertitude pour les contribuables effectuant des transactions commerciales ordinaires, comme les modifications à l'article 68 L.I.R. semblent permettre l'analyse des conventions contenues dans une entente commerciale typique comme base de redéfinition des revenus d'une disposition en revenu ordinaire. Les dispositions de 2005 introduisent deux exceptions empêchant l'application de l'article 68 L.I.R. amendé, mais ne limitent pas autrement son application potentielle par rapport aux ententes commerciales ordinaires. Les nouveaux paragraphes 56.4(5), 56.4(6) et 56.4(7) L.I.R. visent à préciser les circonstances où l'alinéa 68c) L.I.R. proposé ne trouve pas application et ne répute pas un montant reçu par un contribuable en vertu d'une clause restrictive qui est différente de celle indiquée au contrat.

La première exception introduite par les dispositions de 2005 concerne les employés, et dicte que l'article 68 L.I.R. ne sera pas applicable par rapport à une clause restrictive accordée par un employé, à condition que certains préalables soient satisfaits :

> « 56.4(6). Le paragraphe (5) s'applique à une clause restrictive si les conditions suivantes sont réunies :

---

[21] *Id*., 21:26-27.

a) la clause restrictive est accordée par un particulier à une personne (appelée "acheteur" au présent paragraphe) avec laquelle il n'a aucun lien de dépendance;

b) la clause restrictive se rapporte directement à l'acquisition par l'acheteur d'une ou de plusieurs autres personnes (appelées "vendeurs" au présent paragraphe et au paragraphe (8)) d'une participation dans l'employeur du particulier, dans une société liée à cet employeur ou dans une entreprise exploitée par cet employeur;

c) le particulier n'a pas de lien de dépendance ni avec l'employeur, ni avec les vendeurs;

d) la clause restrictive est un engagement du particulier de ne pas fournir des biens ou des services sous un régime de concurrence avec les biens ou services fournis ou à fournir par l'acheteur, ou par une personne qui lui est liée, dans le cadre de l'exploitation de l'entreprise à laquelle la clause restrictive se rapporte;

e) aucun produit n'est reçu ou à recevoir par le particulier pour avoir accordé la clause restrictive;

f) la somme qu'il est raisonnable de considérer comme tout ou partie de la contrepartie de la clause restrictive n'est reçue ou n'est à recevoir que par les vendeurs[22]. »

Cette exclusion a un champ d'application très restreint, ce qui signifie ce qui suit :

> « Le paragraphe 56.4(5) L.I.R. empêche l'article 68 de réputer qu'une contrepartie soit réputée reçue ou à recevoir par un employé qui octroie un engagement de non-concurrence à une autre personne.
>
> […]
>
> [T]outes les autres clauses restrictives qu'un employé peut octroyer telles que des engagements de non-divulgation de l'information et de non-sollicitation de la clientèle sont exclues de l'application du paragraphe 56.4(6) L.I.R.[23] »

La clause restrictive doit être accordée par un individu à une personne sans lien de dépendance et doit être en rapport avec l'acquisition d'un intérêt dans l'employeur de l'individu par l'acheteur. L'individu ne doit donc pas

---

22 Paragraphe 56.4(6) L.I.R. proposé des dispositions de 2005.

23 H. LACHANCE, *loc. cit*., note 1, 21:27-28.

avoir de lien de dépendance avec son employeur et avec le vendeur de l'intérêt dans l'employeur. Cette clause restrictive doit être un engagement de non-concurrence, et aucun montant ne peut être recevable par l'individu en contrepartie de l'octroi de l'engagement de non-concurrence. Ce montant doit être recevable seulement par les vendeurs[24].

La deuxième exception est applicable au montant pour l'achalandage et dicte que l'article 68 L.I.R. ne sera pas applicable par rapport au vendeur accordant une clause restrictive directement en lien avec un transfert d'achalandage.

> « 56.4(7). Le paragraphe (5) s'applique à une clause restrictive si les conditions suivantes sont réunies :
>
> a) la clause restrictive est accordée par un particulier à une personne (appelée "acheteur" au présent paragraphe) avec laquelle il n'a aucun lien de dépendance;
>
> b) la clause restrictive se rapporte directement à l'acquisition par l'acheteur d'une ou de plusieurs autres personnes (appelées "vendeurs" au présent paragraphe et au paragraphe (8)) d'une participation dans l'employeur du particulier, dans une société liée à cet employeur ou dans une entreprise exploitée par cet employeur;
>
> c) le particulier n'a pas de lien de dépendance ni avec l'employeur, ni avec les vendeurs;
>
> d) la clause restrictive est un engagement du particulier de ne pas fournir des biens ou des services sous un régime de concurrence avec les biens ou services fournis ou à fournir par l'acheteur, ou par une personne qui lui est liée, dans le cadre de l'exploitation de l'entreprise à laquelle la clause restrictive se rapporte;
>
> e) aucun produit n'est reçu ou à recevoir par le particulier pour avoir accordé la clause restrictive;
>
> f) la somme qu'il est raisonnable de considérer comme tout ou en partie de la contrepartie de la clause restrictive n'est reçue ou n'est à recevoir que par les vendeurs[25]. »

Le montant pour achalandage est défini comme la somme reçue par un contribuable en contrepartie de la disposition par lui d'achalandage. Cette

---

[24] Alinéas 56.4(6)e) et f) L.I.R. proposés des dispositions de 2005.

[25] Paragraphe 56.4(7) L.I.R. proposé des dispositions de 2005.

exception a une portée étroite, et ne s'applique que dans le cas où un engagement de non-concurrence a été octroyé dans le cadre d'une vente d'actifs. La clause restrictive doit être un engagement de non-concurrence accordé à une personne sans lien de dépendance, et aucune somme ne peut être reçue par le vendeur pour l'octroi de la clause restrictive. Ce montant doit être inclus par le vendeur dans le calcul du montant pour l'achalandage, ou recevable par une société admissible du vendeur et incluse dans le calcul d'un montant d'achalandage de la société admissible par rapport à l'entreprise à laquelle la clause restrictive fait allusion. La clause restrictive doit raisonnablement être considérée avoir été octroyée pour maintenir la valeur de l'achalandage acquis par l'acheteur du vendeur ou de la société[26]. Finalement, les parties doivent faire un choix conjoint de l'application de la disposition visée[27].

> « […] [S]i un vendeur conclut un engagement de non-concurrence dans le cadre de la vente de son achalandage, l'article 68 L.I.R. ne pourra réputer une somme reçue ou à recevoir par le vendeur pour avoir conclu un tel engagement, et ce, à condition que la somme soit considérée comme incluse dans le montant pour achalandage du vendeur. Cette exception s'applique aussi si l'achalandage qui a été transféré est celui d'une société admissible du vendeur[28]. »

Selon nous, il peut néanmoins être argumenté que dans une vente d'actifs, aucun montant ne peut raisonnablement être considéré comme une contrepartie distincte du paiement de non-concurrence et, par conséquent, l'alinéa 68c) L.I.R. ne devrait pas s'appliquer de toute façon.

1.4. IMPLICATIONS PRATIQUES

Lors de la vente d'une entreprise par le propriétaire,

> « […] la somme à recevoir par celui-ci au titre du fonds commercial de l'entreprise (immobilisation admissible) sera généralement imposable à titre de gain en capital. Il en sera habituellement ainsi, entre autres, dans les situations où une clause de non-concurrence est consentie sans contrepartie par le vendeur de manière que la valeur du fonds commercial ne soit pas touchée par les mesures que ce même vendeur prendra subséquemment.
>
> Le traitement du gain en capital pourra s'appliquer si le contribuable vend des actions d'une société ou une participation dans une société de personnes à une

---

26 Alinéa 56.4(7)e) L.I.R. proposé des dispositions de 2005.

27 Alinéa 56.4(7)f) L.I.R. proposé des dispositions de 2005.

28 H. LACHANCE, *loc. cit*., note 1, 21:29.

> partie avec laquelle il n'a aucun lien de dépendance et qu'une somme est à recevoir par le contribuable du fait qu'il ait consenti une clause de non-concurrence […] relativement à une entreprise exploitée par la société ou la société de personnes. La somme sera imposable au titre du capital en fonction de la hausse que connaîtrait la valeur des actions ou de la participation vendues par le contribuable si la clause de non-concurrence était accordée sans contrepartie en comparant à une vente où le contribuable ne consentirait pas de clause de non-concurrence. La somme sera alors réputée s'ajouter au produit de disposition des actions ou de la participation.
>
> Lorsqu'une somme est versée au titre d'une clause de non-concurrence conjointement avec l'acquisition d'une entreprise, ou l'acquisition d'une action ou d'une participation dans une société de personnes, l'acheteur pourra inclure le montant versé dans le coût de la dépense en capital admissible ou de l'action ou de la participation dans la société de personnes[29]. »
>
> « Dans le cadre d'une vente d'actifs, la société qui recevra une somme au titre d'une clause restrictive devra s'imposer sur celle-ci comme s'il s'agissait d'un revenu ordinaire en vertu du paragraphe 56.4(2) L.I.R. Toutefois, si les conditions sont respectées et si le vendeur, c'est-à-dire la société, et l'acheteur en font le choix conjoint, l'alinéa 56.4(3)b) L.I.R. exclura de l'application du paragraphe 56.4(2) L.I.R. la somme reçue dans le cadre de la transaction.
>
> Le vendeur inclura cette somme dans son montant en immobilisations admissibles […].
>
> Cette somme sera imposée à un taux avantageux par l'effet de l'alinéa 14(1)b) L.I.R. [Dans le cas de l'acheteur,] [L]'alinéa 56.4(3)b) L.I.R. prévoit que cette somme sera considérée comme une dépense en capital admissible si cette somme avait été, compte non tenu de l'article 56.4 L.I.R., à inclure par le vendeur dans son montant en immobilisations admissibles[30]. »

Dans le cadre d'une vente d'actions, pour le vendeur, la somme représente un produit de disposition additionnel provenant de la disposition d'une participation admissible, et doit se rapporter directement à la disposition par le contribuable d'un bien qui est une participation admissible dans la société de personnes ou la société qui exploite l'entreprise à laquelle la clause restrictive se rapporte. Dans le cas de l'acheteur, l'auteur Hugues Lachance indique ce qui suit :

> « Si le choix prévu à l'alinéa 56.4(3)c) L.I.R. a été fait relativement à la somme reçue ou à recevoir par rapport à l'engagement de non-concurrence, et que celle-ci a trait à l'acquisition par l'acheteur d'une "participation admissible", la

---

[29] P. FLEURY, *loc. cit*., note 1, 2:18.

[30] H. LACHANCE, *loc. cit*., note 1, 21:17-18.

somme sera ajoutée au coût de cette participation pour l'acheteur. On pourrait ainsi croire que si le choix n'est pas effectué, l'acheteur ne pourra pas ajouter le montant payé ou payable, à l'égard de la clause restrictive, au coût de la participation acquise[31]. »

En conclusion sur le plan fiscal et tel que le mentionne un auteur :

« Bien que les propositions législatives révisées du 18 juillet dernier aient permis de préciser l'étendue de la portée du nouvel article 56.4 L.I.R., plusieurs ambiguïtés devraient idéalement être de nouveau abordées. Parmi celles-ci, notons la portée très large de la définition de clause restrictive et du nouvel alinéa 68c) L.I.R. Ainsi, afin de déterminer précisément toutes les conséquences fiscales qui découlent de la signature d'un engagement de non-concurrence ou d'une clause restrictive, il faut examiner attentivement la portée des nouvelles propositions et rester à l'affût des changements susceptibles d'être encore apportés[32]. »

2. CONSIDÉRATIONS LÉGALES

À la lumière de ce qui précède, il nous apparaît pertinent de rappeler au praticien certaines considérations de base relativement à l'utilisation de clauses restrictives de non-concurrence dans un contexte de vente d'entreprise. La présente section s'adressant prioritairement aux fiscalistes, nous ne prétendons nullement à son caractère exhaustif et nous l'avons incluse au présent texte principalement afin de servir d'aide-mémoire pour les professionnels impliqués dans une transaction de vente d'entreprise, une analyse légale au cas par cas étant nécessairement requise en pareille situation.

2.1. INTERPRÉTATION DES CLAUSES DE NON-CONCURRENCE

2.1.1. Principes généraux d'interprétation des clauses restrictives et importance du choix du véhicule légal

Le principe d'interprétation d'une clause restrictive est simple; dans le doute, le contrat s'interprète en faveur de celui qui a contracté l'obligation et contre celui qui l'a stipulée. Dans tous les cas, il s'interprète en faveur de l'adhérent ou du consommateur[33]. En effet, même lorsque la clause de non-concurrence n'est pas d'adhésion, son caractère exorbitant d'un droit

---

31 *Id*., 21:21.

32 G. BISSON, *loc. cit*., note 1, 14:17-18.

33 *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »), art. 1432.

commun fondé sur la liberté de travail et de commerce justifie qu'on la juge avec sévérité afin que l'ex-salarié ne soit pas privé du moyen de gagner sa vie. Dans le cas d'un contrat de travail, l'article 1432 C.c.Q. justifie donc qu'on interprète la clause de non-concurrence contre l'employeur, à qui elle profite dans tous les cas, ainsi que le renversement du fardeau de la preuve effectué par l'article 2089 C.c.Q.

Cette attitude est différente de celle que l'on observe dans le cas où la clause de non-concurrence est utilisée dans le contrat de vente d'entreprise ou de vente d'actions, une convention entre actionnaires, etc. : celui qui contracte dans ce cas un engagement de non-concurrence le fait généralement moyennant une contrepartie substantielle, qui est tout compte fait le prix des restrictions ayant été imposées. Cette clause de non-concurrence doit bien sûr protéger un intérêt légitime et être raisonnable, mais elle doit aussi, dans les mots de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Groupe SNC-Lavalin inc.* c. *Lebœuf*, « […] être interprétée de façon moins restrictive que ne doit l'être une semblable clause stipulée dans un contrat de travail[34] », ce qui nous démontre que l'approche généralement restrictive des tribunaux l'est un peu moins que dans le cas du contrat de travail[35].

Les parties à un contrat peuvent inclure des clauses de non-concurrence à leurs contrats d'emploi et à d'autres types de contrats[36]. En pratique, on retrouve généralement ces clauses dans divers types d'ententes contractuelles dans un contexte de vente d'entreprise, notamment dans la convention principale d'acquisition d'actions ou d'actifs, dans une convention d'emploi ou de services intervenant concurremment à la vente d'entreprise, dans une convention entre actionnaires intervenue préalablement à la vente et contenant des obligations de non-concurrence qui s'appliquent durant la détention des actions et durant une certaine période suivant leur disposition par l'actionnaire, voire dans une convention distincte (pratique qui s'est répandue à la suite des arrêts *Fortino* et *Manrell*) ainsi que dans une pléiade de contrats divers (incluant des contrats de transfert de propriété intellectuelle, des contrats de fabrication sous contrat, etc.). Or, le choix du ou des contrats qui prévoiront l'obligation de non-concurrence n'a rien

---

[34] [1999] R.J.Q. 385 (C.A.) (ci-après « *Lebœuf* »), par. 54.

[35] Marie-France BICH, « La viduité post-emploi : loyauté, discrétion et clauses restrictives », dans *Formation permanente Barreau du Québec*, Développements récents en droit de la propriété intellectuelle, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, pp. 245-327.

[36] Art. 2889 C.c.Q.

d'anodin et outre la réflexion découlant des implications fiscales analysées ci-dessus (lesquelles, rappelons-le, ne sont généralement qu'incidentes à l'objectif commercial premier recherché par les parties), aura des implications légales importantes quant au contenu et au caractère exécutoire de cette obligation envers la personne qui la contracte.

2.1.1.1. Convention de vente

La clause de non-concurrence dans un contrat de vente d'entreprise constitue un élément d'une extrême importance pour la protection de l'actif, donc de la clientèle du commerce vendu. Cette clientèle doit être maintenue le plus adéquatement possible afin que le rendement futur de l'entreprise puisse être préservé. Une bonne rédaction dans ce type de clause prend donc toute son importance. La clause de non-concurrence, à cause de son emploi de façon pratiquement systématique dans toute convention de vente d'entreprise, peut s'avérer une clause d'adhésion, donc il faut faire attention lors de sa rédaction. Son but ultime est donc de préserver pour l'acheteur la rentabilité de l'entreprise vendue[37]. En effet, il serait très facile pour un vendeur d'actions de se départir de son entreprise pour une contrepartie qu'il juge convenable pour ensuite concurrencer l'acheteur et reprendre ainsi l'objet de la vente[38]. Comme l'exprime si bien le juge Dickson dans l'arrêt *Elsley* c. *JG Collins Assurance Agencies*[39] :

> « Celui qui cherche à vendre son entreprise peut se retrouver avec une chose invendable si on lui conteste le droit d'assurer l'acheteur que lui, le vendeur, ne lui fera pas concurrence plus tard. La difficulté réside dans la définition de la période au cours de laquelle la clause de non-concurrence doit jouer et la région visée; mais si ces deux éléments sont raisonnables, les tribunaux donneront normalement effet à la clause[40]. »

Les tribunaux se montrent généralement plus sévères lorsqu'il s'agit d'évaluer l'aspect raisonnable d'une clause de non-concurrence incluse dans un contrat d'emploi que lorsqu'il s'agit d'évaluer la même clause insérée, par exemple, dans un contrat de vente d'entreprise[41]. Par contre, les

---

37 Hugo COUTURIER, « Les fondements et la validité d'une clause de non-concurrence dans un contrat de vente d'entreprise », *Repères*, mars 1998, EYB1998REP116.

38 *Lebœuf*, précité, note 34.

39 [1978] 2 R.C.S. 916.

40 *Id*., 924.

41 *Dr. Romano Deghenghi* c. *Ayerst, McKenna & Harrison Ltd*., R.E.J.B. 1998-05865 (C.A.).

tribunaux sont plus enclins à invalider ces clauses restrictives lorsqu'elles font partie d'un contrat d'emploi, en raison de l'inégalité des parties en présence[42].

Un contrat d'emploi peut aussi résulter directement d'une convention de vente d'entreprise. Par exemple, dans la cause *CFD Gaz Naturel inc*. c. *Sylvain Lamy Plomberie Chauffage Gaz Naturel inc*.[43], le vendeur a subséquemment été engagé par l'acheteur en raison de ventes supplémentaires qu'il pouvait apporter à l'entreprise, grâce à ses compétences et son expérience dans le domaine, mais surtout grâce aux liens qu'il maintenait avec ses anciens clients. L'acheteur n'aurait ainsi jamais acheté l'inventaire de l'entreprise si le vendeur ne s'était pas engagé à travailler pour lui pendant une certaine période. Dans ce cas, il est donc manifeste que le contrat d'emploi, conclu en même temps que le contrat de vente d'entreprise, a pour but de permettre le transfert d'achalandage d'une entreprise à l'autre.

2.1.1.2. Convention d'emploi

La clause de non-concurrence prévue dans le cadre d'une convention d'emploi intervenant dans un contexte de vente d'entreprise trouve sa pertinence dans de nombreuses situations, et ce, malgré son caractère exécutoire plus faible que si elle est prévue à la convention de vente d'entreprise tel qu'il a été discuté ci-dessus. À titre d'exemple, son utilisation s'avérera souvent précieuse lorsque des actionnaires minoritaires clés à la continuation de l'entreprise doivent demeurer au service de l'entreprise acquise malgré leur absence de participation directe dans l'équité future de l'entreprise de façon que l'actionnaire minoritaire vendeur puisse très bien, en sa capacité d'employé, s'engager à ne pas faire concurrence à l'entreprise pendant toute la durée de son emploi et pour une certaine période raisonnable suivant la fin de celui-ci, la période ainsi couverte pouvant en pareil cas parfois excéder la période pouvant être considérée comme raisonnable dans le cadre de la convention de vente. Rien n'empêche d'ailleurs le cumul des clauses à différentes conventions afin de maximiser leur efficacité combinée.

Cependant et contrairement à l'insertion de la clause de non-concurrence à la convention de vente, dans la mesure où cette dernière sera

---

[42] Paul MARTEL, *La compagnie au Québec – Les aspects juridiques*, vol. 1, éd. feuilles mobiles, Wilson et Lafleur/Martel ltée, 2006, p. 25-30.

[43] R.E.J.B. 2000-19186 (C.S.).

plutôt incluse à la convention d'emploi, le fardeau de la preuve de la validité de la stipulation reposera alors sur l'employeur[44] et son interprétation se fera de faveur plus généreuse envers l'employé qui y est soumis. Par exemple, une clause de non-concurrence peut être déclarée invalide parce qu'elle n'est pas limitée aux activités de la compagnie employant la personne liée par la clause, mais qu'elle s'étend afin de couvrir les activités des filiales de la société employeur[45], alors qu'une telle clause sera reconnue plus facilement exécutoire à l'encontre d'une personne ayant disposé de son intérêt dans une personne morale ayant plusieurs filiales dans la mesure où la clause aura été prévue à la convention de vente, et ce, même si le vendeur n'avait pas nécessairement d'implication directe envers les activités d'une filiale donnée.

2.1.1.3. Convention entre actionnaires et autres contrats

Nous n'avons pas trouvé de jurisprudence pertinente établissant si une clause de non-concurrence contenue dans une convention entre actionnaires doit être traitée comme une clause similaire contenue dans un contrat d'emploi ou plutôt comme une telle clause contenue dans un contrat de vente d'entreprise mais dans la mesure où la contrepartie monétaire reçue est significative, nous sommes enclins à pencher vers la seconde possibilité. De même, il est probable qu'une entente de non-concurrence contenue dans un effet légal autonome doive être interprétée comme une clause restrictive contenue dans un contrat d'emploi dans la mesure où la contrepartie reçue par ailleurs par la partie qui s'engage est peu élevée ou inexistante et de manière similaire à celle prévue à un contrat de vente si la contrepartie reçue par ailleurs est significative et est versée dans un contexte plus large tel que dans le cadre d'une vente d'actions ou d'actifs intervenant de façon concurrente ou concomitante.

2.2. CONTENU DES CLAUSES DE NON-CONCURRENCE ET DISPOSITIONS CONNEXES

Afin de s'assurer du caractère exécutoire d'une clause de non-concurrence, celle-ci doit être raisonnable et nécessairement être limitée par rapport au temps, au territoire et au type d'activité à ce qui est nécessaire pour la protection des intérêts légitimes de la partie à laquelle bénéficie la

---

44 Art. 2889 C.c.Q.

45 *Salmon* c. *Industrial Overload (Québec) inc.*, [1974] R.D.T. 559 (C.A.) (ci-après « *Salmon* »).

clause[46]. La Cour suprême est venue clairement établir ce que l'on devait comprendre par le terme « raisonnabilité », en dégageant ces trois critères afin de déterminer la raisonnabilité d'une clause. Ces critères sont généralement repris par les tribunaux lorsqu'ils doivent se prononcer sur la validité d'une clause de non-concurrence contenue dans le cadre d'une vente d'entreprise. La Cour suprême a clairement avancé dans l'arrêt *Cameron* que « [L]es stipulations restrictives de la liberté de travail [seront] déclarées nulles en raison de leur durée déraisonnable, eu égard en chaque cas au domaine des affaires ou des activités visées par la clause restrictive »[47].

2.2.1. Conditions obligatoires

2.2.1.1. Limitation quant à la durée

Pour la question de la durée, la jurisprudence démontre qu'habituellement, les clauses d'une durée de 12 mois sont jugées acceptables, si les activités prohibées et la portée territoriale sont raisonnables. Les clauses de 12 à 24 mois sont souvent jugées valides, mais nécessitent un examen plus poussé que celles de 12 mois. Au-delà de 24 mois, les clauses sont trouvées non valides, quoique la jurisprudence ait trouvé certaines clauses valides en dépit d'un très long terme, dans le cas par exemple d'une clause de non-concurrence accompagnant un contrat de travail lui-même accessoire à un contrat de vente d'actions ou d'entreprise ayant donné lieu à une compensation importante du salarié[48].

> « Le prix d'achat du commerce est un des facteurs pouvant inciter les tribunaux à accorder plus de latitude dans la détermination de la raisonnabilité de la clause, car la clause de non-concurrence peut être consentie en considération d'un prix d'achat du commerce à la hausse. Plusieurs éléments peuvent aussi entrer en ligne de compte afin de considérer raisonnable la durée d'application d'une clause envers une entreprise et déraisonnable envers une autre[49]. »

Par exemple, obliger le vendeur d'une entreprise de restauration à prix modique à s'abstenir de faire commerce dans le domaine de la restauration pendant 10 ans est déraisonnable et abusif car une telle période est nettement trop longue.

---

46 *Cameron* c. *Canadian Factors Corporation Ltd.*, [1971] R.C.S. 148 (ci-après « *Cameron* »).

47 *Id.*, 149.

48 *Lebœuf*, précité, note 34.

49 H. COUTURIER, *loc. cit.*, note 37.

> « Toute clause de non-concurrence déraisonnable est abusive et ainsi frappée de nullité. Un juge n'est pas autorisé à modifier une clause de non-concurrence, par exemple en diminuant la durée ou en restreignant le territoire pour la rendre raisonnable. La clause est valide ou elle ne l'est pas. Il n'y a pas de mi-chemin[50]. »

2.2.1.2. Limitation quant au territoire

Quant au territoire, les tribunaux acceptent généralement les clauses dont la portée couvre le territoire d'activité du salarié avant la terminaison du contrat de même que le territoire des activités de l'entreprise de l'employeur, mais à condition que cela ne porte pas indûment atteinte au droit du salarié de gagner sa vie[51]. La raisonnabilité de l'interdiction relative au territoire doit s'apprécier selon l'activité économique envisagée et la dispersion de la clientèle. Lorsque l'activité est spécialisée et que la clientèle se trouve sur un grand territoire, il est logique que la prohibition couvre un territoire plus étendu[52].

Les tribunaux se trouveront à appliquer les clauses de non-concurrence si le territoire est jugé raisonnable, mais pourront quand même à leur discrétion réduire les dommages liquidés demandés[53].

2.2.1.3. Limitation quant aux activités

Sauf dans des cas exceptionnels où un employeur pourrait démontrer qu'une portée très vaste de la clause soit nécessaire afin de protéger ses intérêts légitimes (tel un engagement interdisant de s'engager dans des « activités faisant compétition à la société »), définir le type d'emploi simplement par référence à une participation dans une entreprise concurrente est de portée trop vaste pour être justifiable[54]. Par contre, une telle formulation peut être acceptable si le contrat, lorsqu'il est lu comme un tout, indique que les parties ont l'intention de limiter le type d'activités à celles

---

50 *Restaurant Chez Doc inc. et Raymond Dumas* c. *9061-7481 Québec inc.*, *Droit civil en bref* EYB 2006-100119 (C.A.).

51 *U.B.I. Soft Divertissements Inc.* c. *Champagne-Pelland*, J.E. 2003-1752 (C.S.).

52 *9085-9638 Québec Inc.* c. *Harvey*, *Droit civil en bref* EYB 2006-109381 (C.S.).

53 *Immeubles Le Proprio courtier immobilier agréé inc.* c. *Duguay*, SOQUIJ AZ-50138297 (C.S.), 11 juillet 2002.

54 *FLS Tansportation Services Inc.* c. *Piccionni*, *Droit civil en bref* EYB 2005-92854 (C.S.).

dans lesquelles l'employé était engagé pendant la durée de son emploi[55]. De plus, un engagement de non-concurrence peut être reconnu invalide parce qu'il est non limité aux activités de la société ayant employé la personne liée par la clause de non-concurrence[56]. Aucune clause contractuelle (incluant une clause de non-concurrence) ne peut empêcher l'employé d'utiliser ses aptitudes subjectives, c'est-à-dire son adresse, sa compétence, son habileté manuelle et mentale[57]. Par exemple, une stipulation de non-concurrence prohibant non seulement certaines fonctions nommément prévues, mais aussi toute autre tâche connexe que l'employé aurait pu être appelé à accomplir dans le cadre de son emploi est abusif dans sa généralité et ne respecte pas les obligations de spécificité requises[58].

Dans l'arrêt *Doerner* c. *Bliss & Laughlin Industries Inc*.[59], le juge McIntyre résume sa pensée en ces termes :

> « On a également reconnu une distinction entre une clause à laquelle consent le vendeur d'une entreprise pour protéger son acheteur, et celle à laquelle consent un employé qui met fin à son emploi pour protéger son employeur de la concurrence. On a dit que ce dernier type de clause pouvait bien résulter de pourparlers entre des personnes qui ne sont pas sur un pied d'égalité et ainsi être oppressif à l'égard de l'employé. Toutefois, elle peut être acceptable lorsque son but n'est pas d'interdire à l'employé d'utiliser les compétences qu'il a acquises dans son emploi antérieur, mais de protéger l'employeur antérieur contre la concurrence lorsque l'étendue et la nature du travail de l'employé et de ses rapports avec les clients de son employeur antérieur sont tels qu'ils pourraient facilement lui nuire[60]. »

2.2.1.4. Clauses de reconnaissance de raisonnabilité

Tel qu'il a été discuté précédemment, le caractère raisonnable d'une clause de non-concurrence sera déterminé par les tribunaux sur une base de cas par cas. Or, afin de pallier ce risque ou d'en diminuer la portée, il est de pratique courante d'insérer à l'instrument juridique retenu une disposition par laquelle la partie contractant l'obligation de non-concurrence en reconnaît le caractère raisonnable et renonce à invoquer l'absence de

---

55 *Lemieux* c. *Marsh Canada Ltée*, D.T.E. 2005T-1056 (C.A.).

56 *Salmon*, précité, note 45.

57 P. MARTEL, *op. cit*., note 42, p. 25-30.

58 *Automatisation JRT inc.* c. *Roy*, *Droit civil en bref* EYB 2006-101530 (C.S.).

59 [1980] 2 R.C.S. 865.

60 *Id*., par. 7.

raisonnabilité afin de se soustraire aux obligations ainsi contractées. Dans le cas d'une vente d'actifs ou d'actions d'entreprise, les clauses de non-concurrence jouissent d'une présomption de raisonnabilité et de légalité, mais elles seront déclarées nulles si celui qui invoque une violation de l'ordre public prouve ses prétentions[61].

2.2.1.5. Non-application des clauses à étages et de réécriture

En considérant l'obligation de répondre à certains critères de raisonnabilité requis afin de conclure au caractère exécutoire d'une clause de non-concurrence tel qu'il sera plus amplement discuté ci-après, certaines pratiques ont été développées afin d'étirer au maximum la portée d'une obligation de non-concurrence sans risquer son invalidité. Ces pratiques sont généralement de deux types, soit i) l'utilisation d'une clause de type « escalier » par laquelle, par exemple, on stipule la portée territoriale la plus large possible (le « monde ») en prévoyant que si un tribunal jugeait ce territoire trop large, la portée serait alors réduite à un territoire plus restreint (l'« Amérique du Nord ») ou, si elle est toujours invalide, encore plus restreint (le « Canada »), etc. et ii) l'utilisation d'une clause de réécriture (*red pencil*) par laquelle le tribunal est invité à réécrire lui-même la clause dont la portée est déterminée comme invalide. Or, en droit québécois, il importe de souligner que les clauses de non-concurrence de type « escalier » ne sont généralement pas valides[62] quoique, avant l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* en janvier 1994, les tribunaux avaient plutôt tendance à valider ce type de clause, compte tenu de l'absence de dispositions législatives spécifiques qui encadraient et précisaient le contenu des clauses restrictives. Même au début des années 1990, plusieurs décisions ont reconnu la validité des clauses de non-concurrence par paliers[63].

Plus récemment, la Cour d'appel a jugé que ces clauses donnant le pouvoir ou les instructions à la Cour de réduire la portée d'une clause restrictive trouvée trop large sont invalides. En effet, la Cour d'appel s'est prononcée pour la première fois sur la validité des clauses de non-concurrence et de non-sollicitation qualifiées de clauses par paliers dans l'affaire *Drouin* c. *Superlec inc.*[64] Le principe applicable est qu'il n'est pas

---

61 *Simard* c. *Simard*, R.E.J.B. 1997-03533 (C.S.).

62 *Graphiques Matrox inc.* c. *Nvidia Corp*., SOQUIJ AZ-50098523 (C.S.), 12 juillet 2001.

63 *Produits Duvernay ltée* c. *Duguay*, D.T.E. 90T-372 (C.S.).

64 R.E.J.B. 2004-60769 (C.A.) (ci-après « *Drouin* »).

du ressort de la Cour de réécrire une clause restrictive qui est trouvée être d'application trop vaste. Si une clause restrictive n'est pas limitée dans le temps, le territoire et le type d'emploi à ce qui est nécessaire pour la protection des intérêts légitimes du bénéficiaire de la clause, cette clause est donc déclarée nulle *ab initio*. Par contre, il est intéressant de noter que dans la cause *Drouin*, malgré la conclusion à laquelle en est venue la Cour, « elle laisse tout de même une porte ouverte par le biais d'un *obiter dictum*, selon lequel une clause par paliers qui contiendrait un seuil minimal raisonnable sur lequel les parties se seraient entendues ne seraient pas automatiquement nulle *ab initio* »[65]. En suivant l'opinion de la majorité, il est donc possible de soutenir que malgré l'invalidité des clauses par paliers, celles-ci pourraient trouver une certaine application lorsque l'employeur et le salarié se sont entendus sur la durée minimale de la clause. Bref, en cas de doute, il vaut mieux prévoir le minimum si l'on veut obtenir l'exécution de l'obligation tout en évitant de faire jurisprudence…

CONCLUSION

Pour conclure, quoique ces nouvelles dispositions ne soient pas encore en vigueur, elles ont eu l'effet recherché afin que le législateur puisse mettre un frein à la non-imposition des sommes reçues à titre de paiement de non-concurrence dans un contexte de vente d'entreprise. Une définition trop large des clauses restrictives, non limitée aux clauses de non-concurrence, crée de l'incertitude quant à la portée de ces changements, qui semble avoir une ampleur plus grande que nécessaire afin de remédier aux arrêts *Fortino* et *Manrell*. En cherchant une solution rapide à la non-imposition de ces sommes, le ministre semble créer de plus en plus de questionnements avec chaque modification. Rien de neuf sous le soleil…

---

[65] Yannick CRACK et Danick POTVIN, « Les clauses restrictives du genre "clauses par paliers" en matière de contrat de travail, qu'en est-il de leur validité? », dans *Formation permanente Barreau du Québec*, Développements récents en droit du travail, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 227.

CLAUSE D'AJUSTEMENT BASÉE SUR LA PERFORMANCE (*EARN-OUT*)

André Paquette
Associé, avocat
Lavery, de Billy s.e.n.c.r.l. Avocats

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 9:3

1. LA CLAUSE D'*EARN-OUT* 9:4

1.1. DÉFINITION 9:4
1.2. CIRCONSTANCES PROPICES À L'UTILISATION DE LA CLAUSE D'*EARN-OUT* 9:5

2. LES INCONVÉNIENTS DES CLAUSES D'*EARN-OUT* 9:6

3. LA RÉDACTION DE LA CLAUSE 9:7

3.1. LES COMPOSANTES DE LA CLAUSE 9:8
3.1.1. La perspective du vendeur 9:9
3.1.2. La perspective de l'acheteur 9:10

4. LES CONSIDÉRATIONS FISCALES 9:10

4.1. ALINÉA 12(1)G) L.I.R. 9:11
4.2. LA CLAUSE D'*EARN-OUT* INVERSÉE 9:14

CONCLUSION 9:14

INTRODUCTION

Le domaine des ventes et des acquisitions d'entreprises est compétitif par nature. Dans le cadre du processus menant à la vente d'une entreprise, les parties demandent à leurs conseillers de faire preuve de flexibilité et d'imagination afin de mener à terme une transaction à la hauteur de leurs attentes. Dans ce contexte, le prix d'acquisition est certainement un des éléments de la transaction sur lequel l'acheteur et le vendeur porteront le plus d'attention et aussi un des sujets qui peut s'avérer des plus épineux. Lorsque les parties n'arrivent pas à faire converger leurs exigences et leurs intérêts sur ce point, la clause d'ajustement basée sur la performance, à laquelle nous ferons référence sous son appellation anglaise, soit la clause d'*earn-out*, constitue souvent une solution intéressante[1].

On constate notamment que les clauses d'*earn-out* sont de plus en plus utilisées dans le secteur des hautes technologies du fait que les acheteurs se montrent réticents à payer des prix élevés sans certitude raisonnable de rendement, alors que les vendeurs, qui ont contribué à mettre sur pied l'entreprise, désirent bénéficier des gains futurs que celle-ci pourra générer[2].

Cependant, même si son utilité est indéniable, de nombreuses incertitudes et difficultés sont associées à l'utilisation de la clause d'*earn-out*. En effet, même si conceptuellement la clause d'*earn-out* peut sembler simple, la rédaction de ce type de clause n'est pas un exercice facile. En fait, la traduction de l'intention des parties en fonction des projections financières peut être un vrai cauchemar pour les rédacteurs des ententes contractuelles de la transaction.

Dans le présent texte, nous tenterons de démystifier la clause d'*earn-out* en en dressant un portrait général et en donnant des exemples de circonstances où elle peut s'avérer propice. Puis nous exposerons les principaux avantages et inconvénients des clauses d'*earn-out* et en analyserons brièvement leurs composantes. Enfin, nous aborderons

---

1 La clause d'*earn-out* n'est généralement pas adaptée à la réalité d'une entreprise publique, principalement parce que la valeur de l'entreprise est influencée par la spéculation boursière. Par conséquent, les commentaires et les considérations exposés dans le présent texte se rapportent spécifiquement à la réalité de l'entreprise privée. Voir à cet effet : Victor P. GOLDBERG, « Great Contracts Cases: In Search of Best Efforts: Reinterpreting Bloor v. Falstaff », (2000), 44 *St. Louis L.J.* 1465.

2 Steven H. GOLDBERG et Philip KRUSE, « Earn Outs: Preserving a Stake in an Entity After the Acquisition », (2002), *New York Law Journal*, p. 1.

succinctement les considérations fiscales se rapportant à l'utilisation des clauses d'*earn-out*.

1. LA CLAUSE D'*EARN-OUT*

1.1. DÉFINITION

La clause d'*earn-out* met en place un processus de paiement dont le montant est établi par rapport à la performance financière de l'entreprise visée pour une période donnée[3]. Dans le contexte d'une vente d'entreprise, une telle clause est établie alors que le prix total ou la considération totale pour l'acquisition, pourtant déterminable, n'est pas déterminé dans la convention d'achat. Dès lors, les parties conviennent d'un mécanisme de détermination ou d'ajustement du prix d'acquisition[4]. Ce mécanisme ainsi que les modalités de paiement relèvent directement du choix des parties, selon la situation propre à l'entreprise visée, à la transaction ou au marché. Les variations possibles à la clause d'*earn-out* ne sont, par conséquent, que limitées par l'imagination des parties.

Les structures de clauses d'*earn-out* les plus utilisées sont celles basées sur un dénominateur de référence, l'*earn-out* différentiel, l'*earn-out* cumulatif et l'*earn-out* inversé. Suivant ces structures, les modalités de paiement des clauses d'*earn-out* peuvent être établies de plusieurs façons[5]. Dans le cas d'*earn-out* basé sur un dénominateur de référence, les paiements d'*earn-out* sont calculés sur la base de l'augmentation des revenus réels d'une année donnée par rapport à un dénominateur négocié et accepté par les parties. L'*earn-out* différentiel présuppose une croissance continue des revenus de l'entreprise, d'année en année, pour la période durant laquelle s'étend la clause d'*earn-out* et est calculé en fonction de cette croissance. L'*earn-out* cumulatif est calculé relativement à la croissance des revenus générés pendant toute la période d'*earn-out* et les paiements d'*earn-out* ne

---

3 Alison J. YOUNGMAN, Margaret NIXON et Erin Michael O'TOOLE, « Selected Topics in Purchase and Sale Agreements: Earn-Outs, Entire Agreement Clauses, and Duty of Good Faith », (2005), *Special Lectures 2004: Corporate and Commercial Law* 173, p. 174.

4 Le type de résultat financier utilisé comme référence variera selon le choix des parties. Il peut s'agir, par exemple, du bénéfice avant intérêts et impôts (BAII), du bénéfice avant intérêts, impôts et amortissement (BAIIA), du revenu net, du profit brut ou des ventes brutes.

5 De plus, le choix de la structure de la clause d'*earn-out* peut avoir un impact sur le traitement fiscal de la transaction pour les parties.

seront versés qu'à la toute fin de cette période. La clause d'*earn-out* inversée est, quant à elle, basée sur un prix d'acquisition maximal, pouvant être révisé à la baisse à la fin de la période d'*earn-out* si les projections financières de l'entreprise visée ne se concrétisent pas[6].

1.2. CIRCONSTANCES PROPICES À L'UTILISATION DE LA CLAUSE D'*EARN-OUT*

En pratique, la clause d'*earn-out* est généralement utilisée dans le scénario qui suit : l'acheteur est prêt à payer un multiple de x fois le montant des profits générés par l'entreprise au cours d'une certaine période précédant la transaction, mais le vendeur, estimant que son entreprise générera davantage dans les années à venir, exige qu'un multiple plus élevé soit utilisé. Étant donné l'incertitude liée aux projections financières du vendeur, l'acheteur propose alors un compromis qui se matérialise contractuellement sous la forme d'une clause d'*earn-out*. On pourra ainsi prévoir que l'acheteur paiera un prix de base au jour de la clôture de la transaction et versera par la suite au vendeur une bonification étalée sur une période plus ou moins longue, dans la mesure où les projections financières convenues sont atteintes.

La clause d'*earn-out* peut également remplir d'autres fonctions stratégiques comme celle d'inciter les parties à conclure une transaction. En effet, son utilisation peut être attrayante pour l'acheteur, puisque la clause d'*earn-out* étale une partie du coût d'acquisition sur une période donnée, sans avoir à débloquer 100 % du capital d'acquisition le jour de la transaction[7]. La clause offre également à l'acheteur la possibilité de bonifier son offre[8] et donne ainsi au vendeur la perspective d'une transaction plus alléchante.

La clause d'*earn-out* peut aussi servir à décourager le vendeur de poser des gestes qui pourraient nuire à l'entreprise ou à l'acheteur. Étant face à une situation où l'obtention de la considération maximale convenue est conditionnelle à la croissance financière de l'entreprise, le vendeur aura

---

6 A. J. YOUNGMAN, M. NIXON et E. M. O'TOOLE, *loc. cit.*, note 3, 176.

7 Dans ce cas, le vendeur se trouve à financer en quelque sorte l'acquisition de l'acheteur.

8 Imaginons, par exemple, une situation où l'acheteur paye au jour de la transaction 70 % de la considération totale exigée par le vendeur, mais offre ensuite la perspective au vendeur d'obtenir 40 % additionnel, étalé sur trois ans. Le vendeur pourrait ainsi empocher une prime de 10 % sur la considération initialement convenue.

avantage à favoriser le maintien de hauts standards de rentabilité pour l'entreprise. La clause d'*earn-out* permet donc au vendeur de préserver un statut d'intéressé (*stakeholder*) et, par conséquent, favorise de cette façon une saine transition pour l'entreprise à la suite de son acquisition. Ceci peut s'avérer particulièrement intéressant lorsque le vendeur a des contacts clés qui sont cruciaux pour les opérations de l'entreprise.

Dans le cadre d'une transaction impliquant des éléments d'actif complexes, la clause d'*earn-out* peut également être la réponse à un problème d'information asymétrique. En effet, le vendeur a généralement beaucoup plus d'informations que l'acheteur sur les éléments d'actif vendus. Si l'acheteur n'arrive pas à apprécier la valeur des éléments d'actif, il se trouvera alors dans une situation peu rassurante et sera tenté de réduire le prix offert dans son offre d'acquisition. Le vendeur confiant de la valeur des éléments d'actif de l'entreprise visée pourra espérer passer outre le scepticisme de l'acheteur en proposant une convention comportant une clause d'*earn-out*.

2. LES INCONVÉNIENTS DES CLAUSES D'*EARN-OUT*

Les clauses d'*earn-out* peuvent cependant procurer au vendeur un résultat de négociation assez décevant lorsqu'en bout de ligne il n'obtient pas la valeur espérée pour son entreprise. De plus, elles doivent parfois être renégociées ou résiliées avant la date de leur accomplissement parce que difficiles à appliquer. En effet, les clauses d'*earn-out* peuvent être influencées par une foule de situations qui risquent de modifier le cours de leur application.

En premier lieu, pensons aux incidences du terme de la clause d'*earn-out*. Plus le terme de la clause d'*earn-out* est long, plus la clause est susceptible d'être altérée par la survenance d'aléas commerciaux. En effet, au cours de l'évolution d'une entreprise, toutes sortes de situations peuvent survenir telles que des coupures de subventions gouvernementales, des mises à pied ou des démissions[9], l'arrivée d'un syndicat de salariés, la rareté des matières premières, etc. Ces situations peuvent avoir des conséquences sur les résultats financiers de l'entreprise et donc l'application de la clause d'*earn-out*. D'autre part, certains soutiendront qu'avec l'écoulement du

[9] Dans l'affaire *Intra Travel Ltd.* c. *Travel Path Inc.*, [1998] O.J. n° 1716 (ci-après « *Intra Travel* »), la démission d'un employé clé de la compagnie, seulement 10 jours avant la clôture de la transaction, avait un impact significatif sur les résultats de la clause d'*earn-out.*

temps, la rentabilité devient fonction de l'efficacité de l'administration de l'entreprise, plutôt que de la valeur d'acquisition.

Un autre élément d'incertitude se rapporte au contrôle des opérations de l'entreprise après la clôture de la transaction. Qui sera, principalement, responsable de la gestion et de l'exploitation de l'entreprise? L'acheteur craindra par exemple que les modalités de la clause d'*earn-out* soient manipulées par un vendeur qui continue de gérer l'entreprise après la clôture de la transaction. À l'inverse, le vendeur pourrait redouter que le choix des pratiques comptables fait par l'acheteur ne lui soit défavorable.

Ainsi, puisque l'application de la clause d'*earn-out* est susceptible d'être influencée par une foule de facteurs sur lesquels le vendeur et l'acheteur peuvent avoir plus ou moins d'emprise, les parties devront consacrer beaucoup de temps et de ressources à l'élaboration de la clause d'*earn-out* ou, à défaut, accepter la possibilité que la clause puisse donner des résultats différents de ce qu'ils anticipaient, sans compter le risque important que l'application de la clause ne génère des litiges avec tous les inconvénients que cela implique.

3. LA RÉDACTION DE LA CLAUSE

Les dangers liés à son utilisation mettent en relief l'importance de bien structurer et d'élaborer le mécanisme de la clause d'*earn-out*. Ce mécanisme doit incorporer les éléments essentiels à l'application de la clause tout en étant fonction du niveau de risque que les parties sont prêtes à prendre quant à la portion de la considération totale de la transaction assujettie au mécanisme d'*earn-out*. Pour ce faire, il s'avère crucial d'avoir une bonne connaissance de l'entreprise, de son historique financier, de son mode d'exploitation, de ses pratiques comptables ainsi que des motivations commerciales de son client.

Toutefois, la clause d'*earn-out* la mieux structurée et élaborée risque néanmoins de créer des difficultés si elle est mal rédigée. Il convient donc d'apporter également beaucoup d'attention et de rigueur à la rédaction de la clause. Bien entendu, les règles de base de la rédaction contractuelle doivent être respectées. Il faut notamment tâcher d'éviter les ambiguïtés relatives au contexte[10] et au champ sémantique, les ambiguïtés de syntaxe, les mots à

[10] Dans l'affaire *Preisco* c. *Perco*, [2002] B.C.J. nº 2387, la pierre d'achoppement était l'interprétation du mécanisme de répartition des profits et des pertes. Afin de pouvoir cerner l'intention des parties, la Cour a passé en revue la lettre d'intention signée par les parties, telle qu'elle est amendée.

plus d'un sens et clarifier chacune des définitions[11] dans le but d'uniformiser le texte[12]. De plus, il faut reconnaître une importance toute particulière à la ponctuation utilisée, puisqu'elle guide non seulement l'intonation mais également l'intention des parties[13].

3.1. LES COMPOSANTES DE LA CLAUSE

Dans le cadre de sa rédaction, le rédacteur d'une clause d'*earn-out* devrait considérer les éléments suivants :

- une fourchette de paiement[14];
- le terme de la clôture[15];
- la description des revenus visés;
- le résultat financier de référence utilisé;
- le mécanisme ou la formule de calcul et les modalités de paiement;
- la limitation au pouvoir de gestion de l'entreprise après la clôture de la transaction;

---

[11] Dans la cause *Intra Travel*, la Cour a dû statuer sur l'intention des parties relativement à l'emploi de l'expression *direct commission*.

[12] Robert C. DICK, *Legal Drafting*, Toronto, Carswell, 1985, pp. 61 et suiv.

[13] Un cas récent fait référence à cette importance dans le cadre d'un différend impliquant le géant en télécommunications au Canada, Rogers Cable Communications Inc., et Aliant Telecom Inc. Voir à cet effet CONSEIL DE LA RADIODIFFUSION ET DES TÉLÉCOMMUNICATIONS CANADIENNES, *Décision de télécom* CRTC 2006-45, « Demande présentée en vertu de la partie VII par Rogers Cable Communications Inc. concernant la résiliation et la cession du contrat de licence relatif aux structures de soutènement d'Aliant Telecom Inc. », 28 juillet 2006; Grant ROBERTSON, « Comma Quirk Irks Rogers », *The Globe and Mail*, 6 août 2006, et du même auteur, « The $2-Million Comma », *The Globe and Mail*, 7 août 2006. Voir également *AMJ Campbell inc.* c. *Kord*, [2003] CanLII 5840 (C.S. Ont.).

[14] Généralement, cette fourchette se situe entre 10 % et 25 % du prix d'acquisition.

[15] Normalement, les termes des clauses d'*earn-out* varient entre un et trois ans (*Id.*). Cependant, d'autres auteurs proposent un terme entre trois et cinq ans (Peter H. BAEK, « Purchase and Sale of a Business: Selected Purchase Issues », dans *2002 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2003, pp. 40:1-21, à la page 40:13).

- les restrictions et les obligations imposées afin d'assurer l'intégrité de la source du revenu;

- les modalités d'indemnisation dans le cas d'une clause d'*earn-out* inversée;

- les pratiques comptables utilisées[16]; et

- le recours à l'arbitrage ou aux tribunaux de droit commun.

Évidemment, chacun de ces éléments fera l'objet d'une appréciation différente selon qu'ils sont analysés sous la perspective de l'acheteur ou sous celle du vendeur.

3.1.1. La perspective du vendeur

En ce qui concerne le revenu visé, le vendeur favorisera ce qui se rapproche le plus du revenu brut d'exploitation. En effet, puisque la gestion des dépenses ne devrait généralement plus relever de sa compétence, et qu'il ne devrait plus avoir la liberté de répartir les frais généraux et les dépenses administratives, il craindra que des dépenses accrues comptabilisées par l'acheteur ne réduisent son potentiel de gain si les parties choisissaient de fonder la clause d'*earn-out* sur le profit net. Le vendeur pourrait également souhaiter que la clause d'*earn-out* ne réfère qu'à la performance d'une partie ou d'une division de l'entreprise et non pas à sa totalité.

Le vendeur cherchera à inclure des modalités de paiement qui reflètent l'évolution positive des résultats financiers et à recevoir des paiements d'*earn-out* au fur et à mesure que les résultats financiers prévus sont atteints. Il serait également à son avantage d'inclure des clauses de rattrapage (*catch-up*). Ces clauses permettront d'obtenir un paiement d'*earn-out* même si l'objectif fixé n'est pas atteint à la date prévue, dans la mesure où la performance subséquente de l'entreprise excède suffisamment les objectifs fixés.

Le vendeur pourrait aussi s'inquiéter de la façon dont sera gérée l'entreprise après la date de la clôture de la transaction. Il pourrait alors prévoir l'obligation pour l'acheteur d'effectuer le paiement immédiat d'une somme fixe advenant le cas où l'acheteur effectue des changements significatifs à l'entreprise après la clôture de la transaction. De plus, le

[16] Dans l'ensemble, on fera référence aux principes comptables généralement reconnus.

vendeur voudra peut-être se réserver le droit d'approuver certaines décisions d'affaires majeures pouvant avoir un impact significatif sur les résultats de l'entreprise pour les fins de la clause d'*earn-out*.

Enfin, le vendeur souhaitera exclure les conséquences liées à des cas de force majeure qui pourraient nuire à la performance de l'entreprise.

3.1.2. La perspective de l'acheteur

L'acheteur voudra d'abord impérativement fixer un plafond à la considération payable en vertu de la clause d'*earn-out*.

À l'égard du choix des revenus visés pour le calcul des paiements d'*earn-out*, l'acheteur favorisera ce qui se rapproche le plus des profits nets. Il voudra, en effet, s'assurer de prendre en considération les frais généraux et les dépenses administratives dans le calcul de la performance réelle de l'entreprise. De plus, l'acheteur souhaitera calculer la performance ou la rentabilité non pas sur une partie ou une division particulière de l'entreprise, mais bien sur la totalité de celle-ci.

En ce qui a trait au contrôle de l'entreprise concernée, l'acheteur voudra, après la clôture de la transaction, éviter les restrictions pouvant limiter sa marge de manœuvre en matière de réorganisation ou de gestion de l'entreprise.

Advenant le cas où les parties ont choisi une clause d'*earn-out* inversée, les modalités de remboursement du vendeur à l'acheteur seront détaillées dans la clause. À cet égard, l'acheteur devrait négocier des garanties suffisantes afin de s'assurer du remboursement d'une partie du prix d'acquisition si les projections financières ne se sont pas concrétisées.

Finalement, contrairement au vendeur, l'acheteur souhaitera que la clause d'*earn-out* s'applique sans égard au fait qu'il puisse survenir un cas de force majeure, de façon à ce que le vendeur en assume les risques.

4. LES CONSIDÉRATIONS FISCALES

Le choix de la structure de la clause d'*earn-out* a des répercussions sur le traitement fiscal de la transaction pour le vendeur et l'acheteur.

4.1. ALINÉA 12(1)G) L.I.R.

L'alinéa 12(1)g) de la *Loi sur l'impôt sur le revenu*[17] édicte ce qui suit :

> « 12. (1) Sont à inclure dans le calcul du revenu tiré par un contribuable d'une entreprise ou d'un bien, au cours d'une année d'imposition, celles des sommes suivantes qui sont applicables :
>
> g) les sommes que le contribuable a reçues au cours de l'années en fonction de l'usage d'un bien ou de la production en découlant, qu'elles aient été ou non versées en acompte sur le prix de vente du bien (un acompte sur le prix de vente d'un fonds de terre servant à l'agriculture n'est toutefois pas inclus en vertu du présent alinéa). »

En vertu de cet alinéa, un contribuable doit inclure dans son revenu les sommes reçues dans l'année, relativement à l'usage ou à la production d'un bien, et ce, qu'elles représentent le prix d'acquisition du bien[18] ou un versement partiel du prix d'acquisition ou non[19]. L'*earn-out* basé sur un dénominateur de référence et l'*earn-out* cumulatif s'appliquent en vertu de l'alinéa 12(1)g) L.I.R. Par conséquent, lorsque le prix d'acquisition minimal de l'entreprise est accompagné de paiements d'*earn-out*, ces paiements sont à inclure à titre de revenu d'entreprise pour le vendeur.

En effet, le vendeur considérera le paiement initial comme le produit de disposition des actifs que l'acheteur acquiert. Les paiements d'*earn-out* que le vendeur reçoit subséquemment seront entièrement inclus dans le revenu selon l'alinéa 12(1)g) L.I.R. L'utilisation de la clause d'*earn- out* entraîne le report de l'imposition, puisque le gain tiré est imposé à l'encaissement seulement. Toutefois, la totalité du montant reporté sera imposable[20].

En ce qui concerne l'acheteur, il ne pourra pas nécessairement déduire de son revenu les versements faits pour l'acquisition des éléments d'actif du vendeur. Les versements constituent le coût d'acquisition du bien en

---

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

18 *Brosseau* c. *MRN*, 86 D.T.C. 1412.

19 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-462, « Paiements basés sur la production ou l'usage », 27 octobre 1980, par. 2.

20 Guy CHABOT, Yvan BOUVET, René ROY et Raymond LACROIX, « Étude de cas C : vérification diligente lors d'un achat d'entreprise », dans *Congrès 91*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1992, pp. 1597-1676, à la page 1614.

immobilisation pour l'acheteur[21]. Il devra, par conséquent, répartir de façon raisonnable les paiements d'*earn-out* entre les éléments d'actif acquis et ainsi déterminer leur coût réel[22].

De façon générale, lorsque l'alinéa 12(1)g) L.I.R. trouve application :

> « les règles suivantes s'appliquent pour le calcul de ce qui constitue un revenu et de ce qui constitue un paiement à valoir sur le capital :
>
> a) Lorsque les paiements effectués en vertu du contrat de vente sont tous basés sur la production ou l'usage du bien, toutes les sommes reçues par le contribuable sont incluses dans le revenu en vertu de l'alinéa 12(1)g).
>
> b) Lorsque le contrat de vente prévoit des paiements basés sur la production ou l'usage de bien en plus d'une somme déterminée, ces premiers paiements constituent un revenu en vertu de l'alinéa 12(1)g) et la somme déterminée est traitée comme le produit de disposition.
>
> c) Lorsque le contrat de vente prévoit le paiement d'une somme déterminée, à laquelle s'ajoutera un montant supplémentaire si la production ou l'usage du bien dépasse un chiffre donné, la somme déterminée est traitée comme le produit de disposition et la somme supplémentaire, s'il en est, est ajoutée au revenu en vertu de l'alinéa 12(1)g).
>
> d) Lorsque le contrat de vente prévoit des paiements basés sur la production ou l'usage du bien, mais stipule également un prix de vente minimum (ou des paiements annuels minimums), les paiements basés sur la production ou l'usage du bien constituent un revenu en vertu de l'alinéa 12(1)g), qu'ils soient inférieurs ou supérieurs au minimum. Toutefois, les autres paiements effectués pour combler les stipulations minimales sont traités comme étant le produit d'une disposition[23]. »

Dans le but d'alléger l'application de l'alinéa 12(1)g) L.I.R., l'Agence du revenu du Canada a élaboré la méthode de recouvrement de fonds en ce qui concerne la vente des actions[24] qui permet au vendeur d'éviter les effets

---

21 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit*., note 19.

22 G. CHABOT, Y. BOUVET, R. ROY et R. LACROIX, *loc. cit.*, note 20, 1614-1615.

23 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op*. *cit*., note 19, par. 5.

24 Cette méthode ne s'applique pas lors de la vente de l'achalandage (voir à cet effet AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2004-0098121E5) ni lorsque le vendeur est un non-résident (voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2005-0145311C6, ainsi que Brian BLOOM, « A "Pot-pourri" of Issues », dans *Journée d'études fiscales 2003*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2003, pp. 5E:1-34).

de l'alinéa 12(1)g) L.I.R. dans la mesure où il satisfait aux conditions suivantes :

> « 1. Le vendeur n'a aucun lien de dépendance avec l'acquéreur;
>
> 2. N'eût été l'application de l'alinéa 12(1)g) L.I.R., le gain réalisé lors de la vente serait un gain en capital;
>
> 3. Il est raisonnable de présumer que la clause de capacité de gain se rapporte à l'achalandage ou pourrait fort bien faire l'objet d'un désaccord;
>
> 4. La durée du contrat de vente n'excède pas cinq ans;
>
> 5. Le vendeur annexe une copie du contrat de vente à sa déclaration de revenus pour l'année durant laquelle il a disposé des actions[25]. »

D'après cette méthode, le vendeur sera imposé sur un gain en capital d'un montant égal à la différence entre les sommes reçues de l'acheteur et le prix de base rajusté (ci-après « PBR ») de la vente. Par exemple, si au moment de la clôture de la transaction, le vendeur reçoit une somme de 1 M$ et a un PBR de 600 000 $, le vendeur sera imposé sur le gain en capital, soit 50 % de 400 000 $. Ensuite, ce même vendeur sera imposé à titre de gain en capital sur la totalité des paiements d'*earn-out* qu'il reçoit, puisque son PBR sera négatif. De même, une autre situation qui pourrait survenir serait celle où le vendeur reçoit une somme initiale à la date de clôture de la transaction qui est inférieure à son PBR. Dans ce cas, le vendeur pourra appliquer le solde du PBR sur les paiements d'*earn-out* qu'il reçoit par la suite, et ce, jusqu'à ce que la contrepartie reçue dépasse le PBR et que ce dernier soit par conséquent négatif[26].

Dans ces cas d'application de l'alinéa 12(1)g) L.I.R., le vendeur peut également bénéficier d'une réserve, dans la mesure où il respecte les conditions établies par l'alinéa 40(1)a) L.I.R.[27]

---

[25] Richard GAGNÉ, Catherine LAPOINTE, Jean-Luc FRÉCHETTE et Marie-Andrée CÔTÉ, « Étude de cas B – Achat d'une entreprise », dans *Congrès 2003*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2004, pp. 60:1-122, à la page 60:34.

[26] Pierre FLEURY, « Achat/vente d'entreprise : considérations pour le vendeur et l'acheteur », dans *Colloque – Fiscalité de la PME*, 134, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2003, pp. 2:1-88.

[27] Pour le mécanisme de la réserve : AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-426R, « Actions vendues dans le cadre d'un contrat comportant une clause d'indexation sur les bénéfices futurs », 28 septembre 2004, par. 7.

4.2. LA CLAUSE D'*EARN-OUT* INVERSÉE

Qu'en est-il des considérations fiscales pour les clauses d'*earn-out* qui échappent à l'application de l'alinéa 12(1)g) L.I.R.? C'est le cas notamment[28] lorsque le prix d'acquisition des actifs est déterminé à la clôture de la transaction et qu'il s'agit d'un prix maximal, pouvant faire l'objet d'une révision à la baisse[29]. Il s'agit de la clause d'*earn-out* inversée[30]. Dans ce cas, l'ensemble du prix de vente est traité comme un produit de disposition. Si les projections financières se réalisent, il s'ensuit que la disposition du bien sera traitée de la manière habituelle et le montant maximum original sera considéré comme étant le prix de vente du bien[31].

Advenant le cas où le vendeur ne réalise pas ses projections financières, l'ajustement au niveau de l'impôt sur le revenu sera traité comme une perte en capital, dans l'année au cours de laquelle le montant de l'indemnisation est connu avec certitude et qu'il n'y aura plus de fluctuations[32].

L'acheteur qui reçoit des sommes du vendeur, à titre d'ajustement et d'indemnisation, devra diminuer les coûts d'acquisition indiqués des actifs, en utilisant une méthode de répartition des sommes sur les actifs acquis[33].

CONCLUSION

La clause d'*earn-out* peut certainement s'avérer un outil bien utile pour permettre la conclusion de transactions de vente et d'acquisition

---

[28] L'alinéa 12(1)g) L.I.R. ne s'applique pas à une situation où le contrat exige un prix total fixe, mais que l'échelonnement des paiements d'*earn-out* varie selon la production ou l'usage, puisque la production ou l'usage n'influence pas le montant du prix, mais bien la période à l'intérieur de laquelle les versements seront faits. De plus, l'alinéa 12(1)g) L.I.R. ne s'applique pas à un acompte sur le prix de vente d'un fonds de terre servant à l'agriculture. Voir à cet effet AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 19, par. 8.

[29] Il est également à noter que si le prix maximal établi n'est pas raisonnable ou s'il n'est pas stipulé, l'alinéa 12(1)g) L.I.R. s'appliquera à tous les paiements de prix de vente. Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit*., note 19, par. 10.

[30] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 19, par. 9.

[31] G. CHABOT, Y. BOUVET, R. ROY et R. LACROIX, *loc. cit*., note 20.

[32] P. FLEURY, *loc. cit*., note 26.

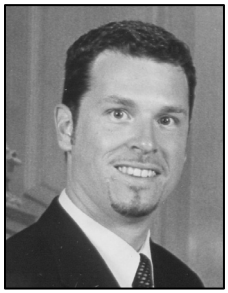
[33] *Id.*

d'entreprises. Il s'agit cependant d'un terrain miné où les écueils sont nombreux.

Pour tirer son épingle du jeu dans l'exercice délicat que constitue l'élaboration d'une clause d'*earn-out* efficace, nous suggérons d'envisager sa rédaction sous l'angle de la répartition de risques et de peser chaque élément de la clause en fonction de la tolérance du client face à chaque risque identifié. L'analyse des risques devrait, dans un premier temps, permettre d'évaluer la probabilité que le risque survienne et ensuite permettre d'identifier les conséquences pécuniaires liées à sa réalisation.

Une fois cet exercice complété, il ne reste plus qu'à traduire le résultat de celui-ci dans une clause bien articulée et limpide. C'est là que le conseiller juridique qui rédige le contrat doit faire preuve de tout son art en la matière, à défaut de quoi il est fort possible que des confrères fassent, à leur tour, la démonstration de leurs habiletés dans la rédaction de mises en demeure et de procédures judiciaires.

EXPAT/IMPAT : INCITATIFS FISCAUX



Yves Coallier
B.A.A. Fin. Int'l, M. Fisc.
GCI Groupe Conseil International inc.

TABLE DES MATIÈRES

PRÉAMBULE 10:3

INTRODUCTION 10:3

1. CRÉDITS ET DÉDUCTIONS AUX RÉSIDENTS FISCAUX CANADIENS EXERÇANT LEUR EMPLOI À L'ÉTRANGER 10:4

1.1. POURQUOI? 10:4
1.2. CRÉDIT D'IMPÔT POUR EMPLOI À L'ÉTRANGER 10:5
1.2.1. La mesure en bref 10:5
1.2.2. Calcul du crédit 10:7
1.2.3. Aspects pratiques 10:8
1.3. DÉDUCTION D'IMPÔT POUR EMPLOI À L'ÉTRANGER 10:10
1.3.1. La mesure en bref 10:10
1.3.2. Calcul de la déduction 10:14
1.3.3. Aspects pratiques 10:16
1.4. INTERACTION AVEC LE CRÉDIT D'IMPÔT ÉTRANGER 10:19

1.5. À RETENIR 10:20

2. DÉDUCTION PROVINCIALE – CHERCHEUR, EXPERT ET PROFESSEUR ÉTRANGERS 10:21

2.1. CHERCHEUR ÉTRANGER 10:21
2.1.1. Bref historique 10:21
2.1.2. La mesure en bref 10:22
2.1.3. Calcul de la déduction 10:26
2.2. EXPERT ÉTRANGER 10:27
2.3. SPÉCIALISTE ÉTRANGER 10:28
2.4. PROFESSEUR ÉTRANGER 10:28
2.5. ASPECTS PRATIQUES 10:29
2.5.1. Rémunération admissible 10:29
2.5.2. Taux de déduction et période de qualification 10:30
2.5.3. Obligations de l'employeur 10:32
2.5.4. Exemples 10:32

3. CENTRE FINANCIER INTERNATIONAL 10:35

4. ENTENTE DE SÉCURITÉ SOCIALE 10:37

PRÉAMBULE

Selon le programme du Congrès 2006 de l'APFF, ce texte de référence à la conférence intitulée « Expat/Impat : incitatifs fiscaux » de la session thématique 2 devrait couvrir quatre principales mesures, soit :

- déduction pour emploi à l'étranger;
- congé pour expert/chercheur étranger;
- centre financier international;
- entente de sécurité sociale.

Seules les deux premières seront abordées, la troisième ne faisant pas l'objet d'une analyse exhaustive bien que des références soient données dans le présent texte, et la dernière étant l'objet de la conférence de Mme Josée Bennett, « Obligations fiscales pour services à l'étranger et services de l'étranger »[1], auquel texte nous vous référons.

À noter : toutes les références monétaires figurant ci-après sont faites au dollar canadien, à moins d'indication spécifique à l'effet contraire. De plus, les formulaires qui sont mentionnés peuvent, pour la plupart, être trouvés avec leurs instructions explicatives sur Internet, lesquelles références sont fournies en lien hypertexte.

INTRODUCTION

Résultat de nombreux facteurs économiques, technologiques et sociaux, nombre de sociétés entreprennent une expansion à l'étranger, tout autant que les individus dont la mobilité s'est grandement accrue, parfois pour des périodes de temps restreintes, parfois pour un changement de résidence fiscale définitif.

En réponse à cette nouvelle réalité, mais également pour tirer son épingle du jeu au niveau international, le Canada, et plus particulièrement le Québec, ont opté pour la mise en place d'incitatifs fiscaux visant :

---

[1] Josée BENNETT, « Obligations fiscales pour services à l'étranger et services de l'étranger », dans *Congrès 2006*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2007, pp. 11:1-28.

- à retenir leurs résidents fiscaux lors d'affectations temporaires à l'étranger;

- à intéresser des sociétés et spécialistes étrangers à s'implanter au Québec afin d'assurer son dynamisme économique et technologique à long terme.

Certaines de ces mesures fiscales font l'objet du présent texte accompagnant la conférence donnée dans le cadre du Congrès 2006 de l'APFF, selon les points ciblés en préambule de ce document.

1. CRÉDITS ET DÉDUCTIONS AUX RÉSIDENTS FISCAUX CANADIENS EXERÇANT LEUR EMPLOI À L'ÉTRANGER

1.1. POURQUOI?

Dans certains cas, l'employeur d'un particulier peut conclure un contrat en vertu duquel il fournit des services à l'extérieur du Canada (dans un autre pays ou dans le cadre d'un projet se déroulant dans des eaux internationales) pendant une période prolongée.

Si, aux fins de l'impôt sur le revenu du Canada, le particulier qui fournit ces services à titre d'employé est réputé résider au Canada – le séjour à l'étranger ne pouvant pas toujours justifier un changement de résidence fiscale afin de rompre le lien de résidence canadien –, son revenu d'emploi sera assujetti à l'impôt du Canada, nonobstant le fait qu'il fournit ces services à l'extérieur du Canada et qu'il peut également être assujetti à un impôt étranger.

Par conséquent, l'imposition sur base de revenus mondiaux dans le pays de résidence, même nette des impôts étrangers par le truchement du crédit d'impôt étranger canadien et québécois, engendre souvent un fardeau fiscal additionnel à l'impôt étranger payé. En effet, lorsqu'il est comparé à d'autres régimes fiscaux, l'impôt combiné fédéral et provincial sur le revenu des particuliers est presque toujours supérieur pour les résidents du Québec. D'où l'intérêt pour certains de rechercher une cessation de résidence fiscale canadienne au moment d'accepter des mandats d'affectation à l'étranger dans une juridiction fiscale où, à salaire égal, le revenu net sera plus élevé, sans compter les primes usuelles versées par les employeurs comme intéressement. Ce faisant, le travailleur délocalisé n'aura qu'à acquitter l'impôt de sa juridiction d'accueil. Néanmoins, dans bien des cas ce changement de résidence n'est pas possible et c'est l'employeur qui assumera l'écart fiscal pour inciter son employé à accepter ce mandat

temporaire à l'étranger. Ou bien l'employeur préférera embaucher à l'étranger directement.

L'application des règles fiscales canadiennes semble avoir découragé les employeurs canadiens de faire appel à des résidents canadiens pour l'exécution de certains contrats à l'étranger. Pour les années d'imposition 1980 à 1983, une fraction du revenu admissible gagné à l'étranger était libre d'impôt, dispositions abrogées pour les années d'imposition 1984 et suivantes et remplacées par le crédit d'impôt pour emploi à l'étranger (voir à cet effet le *Bulletin d'interprétation* IT-497R4[2]), accompagné d'une déduction provinciale pour emploi à l'étranger visant, entre autres :

- à encourager les employeurs canadiens à embaucher des résidents du Québec/Canada plutôt que des étrangers pour exercer **certaines fonctions** à l'étranger; et

- à pallier les effets de cette double imposition en exonérant, en tout ou partie sous certaines conditions, le revenu d'emploi lié au service à l'étranger et les éventuelles indemnités de séjour afférentes.

Soulignons également que les mesures fédérales et provinciales diffèrent grandement quant à leur application, aux services visés et à la période d'affectation à l'étranger. Voyons ces différences.

1.2. CRÉDIT D'IMPÔT POUR EMPLOI À L'ÉTRANGER

1.2.1. La mesure en bref

De façon générale, le crédit d'impôt pour emploi à l'étranger (ci-après « CIEÉ ») est offert au résident fiscal canadien travaillant à l'étranger pendant **au moins six mois consécutifs** pour un **employeur désigné** dans le cadre de **projets se rapportant** aux ressources, à la construction, à l'installation, à l'agriculture ou à l'ingénierie, à l'exclusion de revenus d'emploi découlant d'un programme prescrit d'aide au développement international (Agence canadienne de développement international (ci-après « ACDI »)). Aux fins du CIEÉ, une activité admissible désigne l'activité de l'employeur et non celle de l'employé. Ainsi, tant que la totalité ou presque des fonctions de l'employé sont exercées dans le cadre d'un contrat en vertu duquel l'employeur déterminé exploite une entreprise à l'étranger à l'égard

---

[2] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-497R4, « Crédit d'impôt pour emploi à l'étranger », 14 mai 2004.

d'une activité admissible, l'employé peut demander un CIEÉ, pourvu que les autres conditions de l'article 122.3 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[3] soient également remplies. Par exemple, les employés suivants d'un employeur déterminé exerçant une activité admissible peuvent demander un CIEÉ : les instructeurs ou le personnel administratif en soutien, le personnel chargé de la formation des employés du client étranger ou fournissant des services concernant le matériel informatique et logiciel.

Quant à la durée du mandat à l'étranger, les six mois consécutifs doivent comprendre une partie de l'année d'imposition pour laquelle le CIEÉ est demandé et s'entendent de six mois entiers nommés sur un calendrier ou une période commençant un jour d'un mois et se terminant le jour précédant le jour correspondant du sixième mois suivant.

Le crédit est généralement égal à la fraction de l'impôt que l'employé est par ailleurs tenu de payer pour l'année, au sens de cette disposition, que le moindre de 80 000 $ ou de 80 % de son revenu net imposable au Canada tiré d'un emploi à l'étranger représente par rapport à son revenu total pour l'année. Cette formule vise à fournir une réduction d'impôt à l'égard d'un revenu tiré d'un emploi à l'étranger maximum de 100 000 $. Le montant de 80 000 $ constitue un plafond annuel et est ainsi calculé au prorata du nombre de jours lorsque l'employé travaille à l'étranger pendant une partie de l'année seulement. Par exemple, l'employé admissible travaillant toute l'année dans un emploi à l'étranger qui se qualifie aux fins du crédit, et dont le revenu tiré de cet emploi serait de 130 000 $, aurait droit à un crédit d'impôt égal à l'impôt qu'il aurait autrement été tenu de payer sur 80 000 $. En effet, à cause du plafond de 80 000 $, seuls les 100 000 premiers dollars de revenu donnent droit au crédit de 80 % et les 30 000 $ de revenu excédentaire ne se qualifient pas au CIEÉ, bien qu'il demeure admissible à un crédit d'impôt étranger tel qu'il est expliqué ci-après.

Pour être admissible au CIEÉ, l'employé doit respecter toutes les conditions suivantes :

1) résider au Canada à une date quelconque de l'année d'imposition visée;

2) exercer la presque totalité des fonctions de sa charge ou de son emploi à l'extérieur du Canada pendant **plus de six mois consécutifs** dans le cadre ou aux fins de l'obtention d'un ou de plusieurs contrats décrits ci-dessous;

---

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

3) être, tout au long de la période, un employé ou dirigeant d'un « employeur désigné », soit un employeur résidant au Canada, une société de personnes dont plus de 10 % de la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») totale de toutes les participations sont détenues par des résidents canadiens ou des sociétés sous contrôle canadien ou une société étrangère affiliée d'une personne résidant au Canada;

4) l'employeur doit exploiter une entreprise dans le pays où l'employé exerce ses fonctions en vertu de contrats se rapportant à l'une des activités admissibles :

   a) l'exploration pour la découverte ou l'exploitation de pétrole, de gaz naturel ou d'autres ressources semblables,

   b) un projet de construction ou d'installation, un projet agricole ou d'ingénierie, ou

   c) toute activité visée par règlement (aucune à ce jour n'a été visée par règlement).

1.2.2. Calcul du crédit

Exprimé en une formule, le montant déductible en application de l'article 122.3 L.I.R. à titre de CIEÉ est le suivant :

$$\frac{\text{le moins élevé de la limite A et de la limite B}}{\text{le revenu rajusté pour l'année d'imposition}} \times \text{l'impôt payable par ailleurs pour l'année d'imposition}$$

où les limites correspondent à ce qui suit :

$$\text{A} = \frac{\text{le nombre de jours dans la partie de la période admissible qui est dans l'année et au cours desquels le particulier était résident du Canada}}{365} \times 80\,000\ \$$$

B = 80 % du revenu admissible du particulier qu'il est raisonnable d'attribuer à des fonctions exercées pendant les jours mentionnés en A ci-dessus

Le CIEÉ permet donc une réduction d'impôt annuelle à l'égard d'un montant d'au plus 100 000 $ de revenu d'emploi gagné à l'étranger, soit le

revenu admissible, pendant une année complète équivalente à une période admissible de 12 mois d'emploi à l'étranger. Le montant de base de 80 000 $ mentionné en A ci-dessus représente un maximum annuel calculé proportionnellement si l'employé passe moins d'une année complète à l'étranger ou s'il n'est pas un résident ou un résident réputé du Canada tout au long de la période admissible.

1.2.3. Aspects pratiques

Le contribuable n'est pas tenu d'exercer ses fonctions pendant six mois dans la même année civile ou dans le même pays ni de résider au Canada pendant toute la période au cours de laquelle il exerce ses fonctions à l'extérieur du Canada. En effet, le CIEÉ ne sera pas refusé à un particulier seulement parce que celui-ci n'a pas été un résident ou un résident réputé du Canada pendant toute la période admissible : il suffit qu'il soit un résident ou le soit réputé pendant une partie quelconque de l'année d'imposition.

De plus, le CIEÉ ne sera pas nécessairement refusé parce que le particulier n'a pas effectivement été à l'étranger ou à des lieux de travail à l'étranger pendant toute la période admissible[4]. Pendant une période d'absence d'un lieu de travail à l'étranger, un employé peut prendre des vacances, consulter l'employeur déterminé au Canada ou exercer les fonctions de son emploi au Canada et demeurer admissible au CIEÉ, pourvu que pendant toute la période admissible, il exerce la presque totalité des fonctions de son emploi à l'étranger.

À la suite de l'affaire *Timmins* c. *La Reine*[5], l'employeur est reconnu exploiter une entreprise conformément au paragraphe 122.3(1) L.I.R. même si l'activité admissible n'est pas entreprise ou exercée dans le but prépondérant de réaliser un bénéfice. Dans la même ligne de pensée, l'affaire

---

4 L'article 122.3 L.I.R. n'impose pas expressément ou par déduction nécessaire un critère fondé sur l'absence physique du Canada tous les jours de la période admissible. Il exige simplement que, tout au long de la période admissible, la totalité, ou presque, des fonctions de l'emploi soient exercées « à l'étranger » et que le travail soit accompli dans le cadre d'un ou de plusieurs contrats en vertu desquels l'employeur exploite une entreprise à « l'étranger ». Ainsi c'est à tort que le juge de la Cour canadienne de l'impôt a conclu que toutes les fois que le contribuable revenait au Canada durant les années 1994 et 1995, il mettait fin à ce qui autrement aurait constitué une période admissible; voir *Rooke* c. *La Reine*, 2002 D.T.C. 7442 (C.A.F.); infirmant 2000 D.T.C. 2206 (C.C.I.).

5 99 D.T.C. 5494 (C.A.F.); infirmant 96 D.T.C. 6378 (C.F. 1re inst.).

Brown c. *La Reine*[6] a permis d'accorder le CIEÉ au contribuable ayant travaillé pendant plus de six mois pour Care Canada, un organisme de bienfaisance non gouvernemental, à titre de responsable des communications par satellite pour l'Organisation des Nations Unies dans l'ancienne Yougoslavie, bien qu'il n'ait pas démontré que son employeur exerçait à l'étranger une activité commerciale complémentaire à ses activités charitables au sens de l'article 149.1 L.I.R.

Quant aux activités admissibles, l'affaire *Gabie* c. *La Reine*[7] soulevait que, compte tenu du fait que l'ingénierie comprend de nos jours tout projet manuel dont découlent des attributs physiques, le travail du contribuable dans le cadre d'un projet de logiciels à l'étranger constitue un « projet d'ingénierie » au sens du sous-alinéa 122.3(1)b)(i) L.I.R.

De plus, dans le cadre du projet admissible entrepris à l'étranger, l'article 122.3 L.I.R. n'exige pas que l'employeur déterminé soit également l'entrepreneur principal, permettant aux employeurs en sous-traitance de se qualifier également s'ils fournissent des services liés à un contrat en vertu duquel ils exercent une activité admissible à l'étranger. Donc, l'affaire *Gonsalves* c. *La Reine*[8] a permis de conclure que l'employeur du contribuable répondait aux exigences de l'alinéa 122.3(2)a) L.I.R. dans la mesure où il exploitait son entreprise d'ingénierie au Koweït en fournissant, en sous-traitance, des services d'ingénierie à l'entrepreneur principal du projet. Sur cette même question de sous-traitance, la récente cause *Clavieri et autres* c. *La Reine*[9] devait déterminer si un contrat de sous-traitance pouvait être considéré comme faisant partie de l'exploitation d'une entreprise même si la société n'effectuait pas d'activités admissibles au CIEÉ, les services étant rendus à une société non résidente engagée dans une activité admissible. Il a été admis dans cette affaire que, sous certaines conditions, la sous-traitance constituait l'exploitation d'une entreprise et que, par conséquent, les employés d'une société effectuant de la sous-traitance pour une autre société ayant des activités admissibles pouvaient bénéficier du CIEÉ.

Si un particulier est employé « sur demande » pendant certaines périodes de l'année seulement, sans garantie d'emploi pour une période

---

6 2000 D.T.C. 6410 (C.A.F.); infirmant 99 D.T.C. 3536 (C.F. 1re inst.).

7 98 D.T.C. 2207 (C.C.I.).

8 2000 D.T.C. 1491 (C.C.I.).

9 2005 D.T.C. 586 (C.C.I.).

indéterminée, et s'il n'est payé seulement que pour ces périodes, il est normalement considéré comme ayant commencé et terminé un emploi au début et à la fin de chaque période. Par conséquent, cet employé n'a pas droit au CIEÉ, à moins que l'une des périodes d'emploi ayant commencé dans l'année ou dans une année antérieure, et s'étant terminée dans l'année visée, n'ait duré plus de six mois consécutifs.

Enfin, l'employeur a la responsabilité de documenter cette qualification et de produire à l'appui un ou des Formulaires T626. Il est également possible pour l'employé de demander, durant son affectation à l'étranger, un allègement des retenues d'impôt à la source découlant de sa qualification au CIEÉ et à la déduction d'impôt pour emploi à l'étranger (ci-après « DIEÉ ») expliquée ci-dessous.

1.3. DÉDUCTION D'IMPÔT POUR EMPLOI À L'ÉTRANGER[10]

1.3.1. La mesure en bref

À des fins de simplification, cette section reprend pour l'essentiel un excellent commentaire rédigé par M[e] Brigitte Landry[11].

De façon sommaire, l'article 737.25 de la *Loi sur les impôts*[12] accorde au résident du Québec qui exerce son emploi à l'extérieur du Canada une déduction dans le calcul de son revenu imposable pour ses revenus étrangers qualifiables gagnés sur une période d'au moins 30 jours, dans l'accomplissement d'activités liées à celles admissibles de son employeur.

Pour évaluer si un travailleur donné se qualifie, il faut analyser les quatre éléments autour desquels s'articulent les conditions d'admissibilité. Il s'agit des suivants :

1) la **résidence** du particulier : doit être un résident du Québec – la présomption de résidence du paragraphe 8d) L.I. est insuffisante[13] – au

---

10 Art. 737.24 à 737.26 du titre VII.5 du livre IV L.I.; voir également REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP. 737.25-1, « Déduction pour emploi à l'étranger », 28 mars 2002.

11 M[e] Brigitte Landry est avocate, M. Fisc. pour les Éditions CCH (en ligne : www.cchenligne.ca).

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

13 Par exemple, un particulier qui travaille dans le cadre d'un programme de l'ACDI et qui conserve ses liens de résidence avec le Québec pendant son séjour à l'étranger est

(à suivre…)

moment de son départ et ne pas rompre ses liens de résidence avec le Québec;

2) la **durée** de son emploi : le particulier doit exercer **presque toutes**[14] ses fonctions se rapportant à son emploi hors du Canada pendant une période d'**au moins 30 jours consécutifs**[15], débutant soit au cours de l'année d'imposition pour laquelle le crédit est réclamé, soit au cours d'une année d'imposition antérieure;

3) la qualification de l'employeur comme **employeur désigné** durant toute la période : un[16] employeur désigné s'entend d'une personne qui réside

---

(…suite)

un résident du Québec et a donc droit à la déduction. S'il rompt ses liens de résidence avec le Québec, avant ou pendant son séjour à l'étranger, il est réputé avoir résidé au Québec mais il n'a pas droit à la déduction.

14 Selon REVENU QUÉBEC, lettre d'interprétation 99-010753, 11 janvier 2000, cela signifie qu'une proportion de 90 % ou plus des fonctions de l'employé se rapportant à son emploi doivent être exercées hors du Canada au cours de la période d'admissibilité, en fonction du temps consacré à l'emploi hors du Canada par rapport au temps consacré à l'exécution de l'ensemble de ses fonctions qui se rapportent à son emploi au cours de la période d'admissibilité.

15 Dans REVENU QUÉBEC, lettres d'interprétation 98-010414, 29 mars 1999 et 98-010878, 1er avril 1999, on précise que la période de 30 jours n'est pas interrompue lorsque l'employé revient chez lui les fins de semaine ou lorsqu'il prend une période de vacances d'une durée raisonnable.

16 Un arrêt de la Cour d'appel du Québec (*Robichaud* c. *SMRQ*, D.F.Q.E. 96F-12 (C.A.) (ci-après « *Robichaud* »)) établit que l'expression « un employeur désigné » peut inclure un ou plusieurs employeurs désignés. Le terme « un », utilisé dans ces dispositions, ferait référence au pronom indéfini plutôt qu'à l'adjectif numéral. La conséquence de cette interprétation est que le calcul de la déduction peut se faire globalement, plutôt que par emploi. Il peut donc exister des cas où il est possible de réclamer une déduction plus élevée, résultant d'un calcul global, notamment si l'indemnité de base est plus élevée que le plafond de 50 % relativement à l'un ou l'autre des employeurs et que le particulier n'a pas travaillé pendant 12 périodes consécutives de 30 jours au cours de l'année. Dans QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 1996-1997, Discours sur le budget et Renseignements supplémentaires*, 9 mai 1996, annexe A, « Déduction pour travailleurs à l'étranger », p. 101, cet arrêt a été avalisé par le gouvernement du Québec. Le ministre des Finances a alors manifesté son intention de modifier les dispositions législatives pertinentes afin de préciser que le calcul se fait globalement, de la façon précisée par la Cour d'appel :

> « Aux fins de la détermination du montant d'une telle déduction, la politique fiscale a toujours été à l'effet d'exiger qu'un calcul distinct soit effectué pour chaque emploi d'un particulier auprès d'un employeur désigné. Or un

(à suivre…)

au Canada, d'une société qui est une filiale étrangère d'une société qui réside au Canada **ou** d'une société dont les membres qui résident au Canada détiennent des intérêts supérieurs à 10 % de la JVM de la totalité des intérêts de cette société;

Sont exclus : le gouvernement du Canada ou d'une province, une municipalité, une commission scolaire, une maison d'enseignement ou une institution dispensant des services de santé ou des services sociaux qui reçoit ou a le droit de recevoir une aide financière d'un gouvernement ;

Une disposition antiévitement ajoute d'autres conditions[17];

(…suite)

jugement récent de la Cour d'appel du Québec, lequel a pour effet de reconnaître la validité d'un calcul global pour l'ensemble des employeurs, a procuré une occasion de revoir la politique fiscale à cet égard. Aussi, la législation fiscale sera précisée afin de donner effet à la politique fiscale en vigueur jusqu'au jour du jugement de la Cour d'appel du Québec, mais aussi de reconnaître l'effet de ce jugement par la suite. »

Cette mesure est applicable à partir du 1er janvier 1996, y compris pour les causes pendantes et aux avis d'opposition signifiés au ministre. Dans les autres cas, notamment ceux qui n'ont pas fait l'objet d'un avis d'opposition à cette date et ceux qui pourraient être cotisés relativement à une année antérieure à l'année d'imposition 1996, le Ministère appliquera sa politique fiscale d'avant l'arrêt *Robichaud*. Il faut donc en déduire que les particuliers qui ont effectué un calcul global de leur déduction pour les années d'imposition antérieures à 1996 pourront être cotisés en vertu de l'ancienne politique fiscale.

17 Annoncée dans CANADA, ministère des Finances, *Le plan budgétaire de 1996*, 6 mars 1996, cette règle vise à contrer les planifications qui consistent, notamment, à interposer une société canadienne entre un employeur étranger et un employé qui est un résident canadien, permettant indûment à un employé de bénéficier de ce crédit d'impôt; cette approche a été confirmée au Québec dans QUÉBEC, ministère des Finances, *op. cit.*, note 16, et fait l'objet du deuxième alinéa de l'article 737.26 L.I.

Ainsi, aucun montant n'est considéré à titre d'indemnité pour séjour hors du Canada ni inclus dans le calcul du revenu de base lorsque les conditions suivantes sont satisfaites :

a) l'employeur exploite une entreprise de services comptant moins de cinq employés à plein temps;

b) l'employé a un lien de dépendance avec l'employeur ou est son « actionnaire désigné » (généralement une personne qui détient au moins 10 % des actions du capital-actions d'une société) ou si l'employeur est une société de personnes, l'employé a un lien de dépendance avec l'un des associés ou est l'actionnaire désigné de l'un d'eux;

(à suivre…)

et

4) la nature des **activités exercées** : l'employé occupe des fonctions à l'étranger reliées à un contrat en vertu duquel l'employeur désigné exploite hors du Canada une entreprise relative à :

   a) la prospection ou l'exploitation de pétrole, gaz naturel, minéraux ou ressources semblables, ou

   b) une activité agricole, de construction, d'installation, d'ingénierie, ou

   c) une activité prescrite qui consiste :

      i) soit en l'implantation d'un système informatique, télématique ou de bureautique ou d'un système semblable si cette activité fait l'objet principal du contrat,

      ii) soit en services scientifiques ou techniques; à ce sujet, nous référons le lecteur à la lettre d'interprétation 98-010371[18] émise par la Direction des lois sur les impôts et de l'accès à l'information,

      iii) soit en gestion ou en administration reliée à une activité visée aux éléments i) ou ii) ou à l'élément 1) ou 2) (art. 737.25R1 du *Règlement sur les impôts*[19]).

   Les fonctions peuvent également viser à obtenir un contrat relatif à ces activités pour le compte de l'employeur désigné. Par ailleurs, un employé prêté à une entreprise hors du Canada risque de ne pas se qualifier puisque ce n'est pas son employeur qui exerce une entreprise

---

(…suite)

c) si ce n'était de l'existence de l'employeur, il serait raisonnable de considérer l'employé comme employé d'une personne ou société de personnes qui n'est pas un employeur désigné.

Dans de telles circonstances, un particulier ne peut demander la déduction, sauf si la personne ou la société de personnes à qui l'employeur fournit des services est également un employeur désigné; voir CANADA, ministère des Finances, *Notes explicatives sur les mesures législatives concernant l'impôt sur le revenu*, 5 décembre 1996, art. 31, pp. 89-90.

18 REVENU QUÉBEC, lettre d'interprétation 98-010371, 16 novembre 1998.

19 R.R.Q., 1981, c. I-3, r.1 et mod. (ci-après « R.I. »).

hors du Canada[20]. Un complément d'information sur les activités prescrites est fourni dans le *Bulletin d'interprétation* IMP. 79.1-2/R2[21].

Les activités de l'employeur qui se qualifient sont donc identiques à celles prévalant pour le CIEÉ. Cependant, le champ d'application est élargi au Québec à des activités :

1) d'implantation d'un système informatique, bureautique ou télématique, ou d'un système semblable, si cette activité fait l'objet principal du contrat;

2) de services scientifiques et techniques;

3) de gestion ou d'administration se rapportant aux activités visées par la mesure.

Ce qui laisse entendre qu'une qualification à la CIEÉ emporte normalement qualification à la DIEÉ, mais non l'inverse du fait des activités, et bien entendu de la durée de l'affectation à l'étranger. Soulignons également qu'il importe que le particulier se réclamant de la déduction se doit d'être employé pendant toute la période minimale de 30 jours par un employeur déterminé (un ou plusieurs) qui exploite son entreprise à l'étranger.

1.3.2. Calcul de la déduction

Le calcul de la déduction tient compte, essentiellement, de deux notions soit celle d'« **indemnité pour séjour à l'étranger** » et celle de « **revenu de base** », la première étant la somme de divers montants versés par l'employeur afin d'indemniser son employé de dépenses extraordinaires qu'il doit assumer en raison de sa présence à l'étranger, notamment les paiements suivants : indemnité de service à l'étranger, indemnité pour semaine prolongée de travail, prime pour situation rigoureuse, prime pour coût relatif aux biens et services, indemnité de séparation, indemnité de repas et de loisirs, indemnité payée au conjoint pour dépenses d'entretien

---

20 MINISTÈRE DU REVENU DU QUÉBEC ET COMITÉ SUR LA FISCALITÉ DE L'ORDRE DES COMPTABLES AGRÉÉS DU QUÉBEC, « Déduction pour emploi à l'étranger pour un résident du Québec », question 5, 23 février 2000.

21 REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP. 79.1-2/R2, « Déduction à l'égard de la rémunération gagnée à l'étranger par un résident du Québec », 30 septembre 1987, par. 7 et 8.

général et de réparations, remboursement des frais pour l'éducation des enfants, remboursement des frais pour consultation fiscale, indemnité de vacances, prime de travail accompli, prime de rapatriement et remboursement d'impôt supplémentaire. La seconde notion, celle de « revenu de base », comprend le salaire, avant toute déduction, mais ne tient pas compte de l'« indemnité pour séjour à l'étranger ». Quant à la déduction applicable à l'encontre du revenu imposable, elle se calcule conformément à l'article 737.26 L.I. et peut se résumer comme suit :

Déduction pour emploi à l'étranger
Calcul de la déduction pour une année

A + **B** = Déduction pour emploi à l'étranger pour l'année

A = i × ii/iii

B = iv + (i - **A**) × v/12

où

i représente : **l'indemnité pour séjour hors du Canada**, relative à cet emploi que le particulier **a reçue dans l'année**, pour la période donnée.

ii représente : **l'indemnité de base relative à cet emploi** pour la période donnée, c'est-à-dire la partie de l'indemnité pour séjour hors du Canada que le particulier a reçue relativement à cet emploi pour cette période. Elle est cependant limitée à la moitié du revenu de base (c'est-à-dire le revenu de cet emploi (il semble que ce soit pour toute sa durée), avant toute déduction et sans tenir compte de l'indemnité pour séjour hors du Canada) de ce dernier pour cette période relativement à cet emploi.

iii représente : **l'indemnité totale pour séjour hors du Canada** relative à cet emploi, pour toute sa durée pour la période donnée. Il semble qu'il s'agisse ici du total des indemnités reçues par le particulier **durant toute la durée de son emploi à l'étranger**.

iv représente : **le revenu de base** (c'est-à-dire le revenu de cet emploi, avant toute déduction et sans tenir compte de l'indemnité pour séjour hors du Canada) relatif à cet emploi que le particulier **a reçu dans l'année** relativement à la période donnée.

v représente : **le nombre de périodes consécutives de 30 jours complets**, sans excéder 12, travaillées par le particulier hors du Canada dans le cadre de cet emploi pendant la période donnée.

Exemple de calcul de la déduction

Un particulier par ailleurs admissible à la déduction pour emploi à l'étranger a exercé ses fonctions à l'étranger du 1er juillet au 31 décembre. Il a reçu une indemnité de base de 20 000 $ et un salaire de base de 20 000 $.

A = 20 000 $ × 10 000 $/20 000 $ = **10 000 $**

B = 20 000 $ + (20 000 $ - 10 000 $) × 6/12 = **15 000 $**

Ce particulier aurait donc le droit de déduire **25 000 $** de son revenu imposable.

En résulte le congé fiscal à l'égard du revenu gagné à l'étranger au prorata du nombre de mois dans l'année où le particulier exerce ses fonctions. De plus, l'indemnité pour séjour à l'étranger est exemptée jusqu'à concurrence de 50 % du salaire gagné relativement à cet emploi à l'étranger, mais la partie qui excède ce 50 % est alors, vu l'élément de l'équation (i - A), considérée au même titre que le revenu de base et est donc soumise à la règle du prorata au nombre de mois.

1.3.3. Aspects pratiques

Il importe de souligner qu'il n'est pas nécessaire que l'entreprise relative à l'une ou l'autre des activités énumérées ci-dessus constitue la principale activité de l'employeur. Il suffit que cette activité fasse l'objet principal du contrat en vertu duquel cet employeur désigné exploite hors du Canada une entreprise. D'où l'importance de documenter par contrat les activités qualifiables à l'étranger qui sont périphériques à l'activité principale de l'employeur. De plus, le *Bulletin d'interprétation* IMP. 737.25-1 dédié à la DIEÉ fournit davantage de détails sur les activités admissibles, en considérant que l'expression :

- « activité agricole » comprend toute activité qui relève de l'« agriculture », telle qu'elle est définie par l'article 1 L.I.;

- « activité de construction » s'applique aux activités liées à la fabrication et à l'érection sur les lieux mêmes de biens immeubles qui sont par leur

nature destinés à demeurer en permanence à l'endroit où ils sont construits;

- « activité d'installation » doit être réservée à la mise en place d'un bien corporel, tel un appareil ou les composantes physiques d'un réseau téléphonique ou électrique; cette expression ne peut être étendue à une activité d'implantation ou d'instauration;

- « activité d'ingénierie » consiste en l'application des sciences et des mathématiques par laquelle les propriétés de la matière et les sources d'énergie de la nature sont rendues utiles à l'homme sous forme de structures, machines, produits, systèmes et procédés. Dans cette catégorie, il est possible d'intégrer, entre autres, plusieurs entreprises spécialisées dans la conception de projet de construction ou d'installation de structures, machines, etc. dont la réalisation sera confiée à une autre entreprise;

- « services techniques » comprend des services appartenant à un domaine particulier ou spécialisé de l'activité ou de la connaissance et des services par lesquels la connaissance théorique est appliquée dans le domaine de la production et de l'économie;

- « système bureautique » signifie un système par lequel on applique l'informatique ou la télématique aux travaux de bureau pour obtenir l'automatisation des tâches administratives et de secrétariat;

- « système télématique » signifie un système par lequel on associe les télécommunications et l'informatique.

Ajoutons que l'entrepreneur ou le sous-entrepreneur qui est employeur désigné et qui a obtenu un contrat de services utilitaires, tel un contrat d'alimentation, de buanderie ou d'entretien, auprès d'un autre employeur désigné exploitant une entreprise relative à l'une ou l'autre des activités admissibles, le Ministère considère que cet entrepreneur ou ce sous-entrepreneur exploite également une entreprise relative à une telle activité, acceptant dès lors la qualification des employés exerçant leurs activités à l'étranger à la DIEÉ.

L'admissibilité à cette déduction s'établit par périodes de 30 jours, la déduction correspondant donc au rapport existant entre le montant d'impôt payé à l'étranger et le nombre de périodes de 30 jours divisé par 12. Il convient de noter qu'une période de vacances raisonnable ne met pas un terme à la période d'admissibilité, nonobstant le fait d'un retour au Québec à

cette occasion, dans la mesure où les journées de vacances sont imputables à l'emploi exercé hors du Canada et qu'elles s'inscrivent à l'intérieur de la durée prévue du séjour à l'étranger. Il en est de même si le particulier revient au Québec toutes les fins de semaine pour des fins personnelles.

L'employeur – il peut même s'agir d'un organisme de bienfaisance enregistré – a la responsabilité de documenter cette qualification et de produire à l'appui un ou des Relevés 17[22] selon le nombre de périodes d'**au moins 30 jours consécutifs** passés à l'étranger (par exemple, si survient un retour au Canada entre deux affectations, il faudra produire deux relevés distincts, un pour chaque affectation étant donné l'interruption entre les deux puisqu'on qualifie un nombre de jours consécutifs). Le ou les Relevés 17 doivent être produits dans le même délai que celui imparti pour la production du Relevé 1, soit au plus tard le dernier jour de février de chaque année. Lorsque l'employeur est tenu de calculer la déduction que le particulier peut réclamer pour une année donnée, il est possible qu'il ne connaisse pas encore toutes les données utiles au calcul de sa déduction. Cette situation peut se produire lorsque l'emploi n'est pas encore terminé. À ce moment, l'employeur semble pouvoir faire une approximation de ce que seront ces montants, le Guide du Relevé 17 explicitant cette possibilité et ajoutant que si l'estimation s'avère inexacte après la production du Relevé 17, l'employeur doit produire le plus tôt possible un relevé modifié.

Enfin, soulignons qu'il importe de bien structurer les modalités de rémunération des employés affectés à l'étranger afin d'optimiser les avantages consentis par le CIEÉ et la DIEÉ. À cet égard, les montants alloués à titre d'indemnité pour séjour étranger (entre autres, indemnité de service à l'étranger et pour semaine prolongée de travail, prime pour conditions difficiles ou situation comportant des risques, prime d'ajustement au coût de vie, prime d'éloignement, indemnité de repas et de loisirs, indemnité pour dépenses d'entretien général et de réparations, remboursement des frais pour l'éducation des enfants, remboursement des frais pour consultation fiscale, indemnité de congés payés, prime de travail accompli, prime de rapatriement, remboursement d'impôt supplémentaire) sont cruciaux au moment de concevoir l'enveloppe de rémunération, en sachant que le calcul des revenus qualifiables à la DIEÉ et au CIEÉ tient compte d'un plafond qui se calcule distinctement au fédéral et au provincial.

---

[22] REVENU QUÉBEC, Relevé 17 (en ligne : http://www.revenu.gouv.qc.ca/documents /fr/formulaires/rl/rl-17(2003-10).pdf).

1.4. INTERACTION AVEC LE CRÉDIT D'IMPÔT ÉTRANGER

Le crédit d'impôt étranger (ci-après « CIÉ ») est pour sa part accordé à tous les types de revenus gagnés à l'étranger. Ce crédit équivaut au moindre de l'impôt étranger payé ou de l'impôt canadien autrement payable sur le revenu de source étrangère. Plus particulièrement, pour le revenu gagné qui n'est pas un revenu d'entreprise, un salaire par exemple, si l'impôt fédéral à payer n'est pas assez élevé pour permettre de déduire la totalité de l'impôt étranger, aucun solde d'impôt ne peut être reportable (pour le revenu d'entreprise, ce solde peut être reporté aux trois années précédentes et 10 années subséquentes). S'il s'agit de revenus de biens, à l'exclusion de biens immeubles, le crédit est limité à 15 % du revenu gagné et l'excédent, disponible comme déduction dans le calcul du revenu en vertu du paragraphe 20(12) L.I.R.

Dans le cas où la totalité du CIÉ calculé selon le paragraphe 126(1) L.I.R. n'est pas utilisée (si la valeur du crédit dépasse l'impôt fédéral à payer), la portion inutilisée peut être appliquée en réduction de l'impôt payable au Québec. Néanmoins, conformément aux articles 772.2 à 772.13 L.I., le choix de se prévaloir de la DIEÉ empêche dans une certaine mesure de réclamer un crédit pour impôt étranger. De même, selon le paragraphe 126(6) L.I.R., le calcul du crédit s'établit par pays et tient compte du CIEÉ, ces crédits n'étant pas cumulables (dans la mesure où une partie du revenu d'emploi à l'étranger admissible d'un employé est utilisé dans le calcul du CIEÉ, elle ne peut pas servir à établir un crédit pour impôt étranger – voir la dernière version du *Bulletin d'interprétation* IT-270[23]).

Donc, les crédits d'impôt prévus à l'article 122.3 (CIEÉ) et au paragraphe 126(1) L.I.R. (CIÉ ne provenant pas d'une entreprise) sont facultatifs et le contribuable peut demander l'un ou l'autre, ou les deux. Un employé peut ainsi choisir de demander un CIÉ, par exemple, lorsque le CIEÉ aurait été rendu inopérant à cause de l'application de l'impôt minimum de remplacement en vertu de l'article 127.5 L.I.R. Par conséquent, l'enjeu pour le praticien et le contribuable est de déterminer s'il est préférable de se prévaloir du CIEÉ/DIEÉ ou du CIÉ ou d'une combinaison de ces mesures d'allègements fiscaux, entre autres selon le modèle de rémunération mis en place par l'employeur au moment d'affecter son employé à l'étranger et selon l'assujettissement du revenu gagné à l'étranger dans la juridiction

---

[23] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-270, « Crédit pour impôt étranger », 25 novembre 2004.

fiscale où sont fournis les services pour lesquels le salaire est versé, donc un revenu de source locale imposable pour cette juridiction.

1.5. À RETENIR

Afin de contrer les planifications qui consistaient, notamment, à interposer une société canadienne entre un employeur étranger et un employé résident canadien, lui permettant de bénéficier indûment des CIEÉ/DIEÉ, un résident du Québec ne peut plus demander, depuis 1997, de déduction dans le calcul de son revenu imposable pour la rémunération gagnée à l'extérieur du Canada, si toutes les conditions suivantes sont remplies :

- l'employeur exploite une entreprise de services qui compte moins de six employés à temps plein tout au long de l'année;

- le particulier a un lien de dépendance avec l'employeur ou est un actionnaire désigné (détient plus de 10 % des actions d'une catégorie quelconque du capital-actions) ou, si l'employeur est une société de personnes, il a un lien de dépendance avec un des membres de cette société ou est un actionnaire désigné d'un de ces membres;

- le particulier, si ce n'était de l'existence de l'employeur, pourrait raisonnablement être considéré comme un employé de la personne ou de la société de personnes.

Par ailleurs, les notions sous-jacentes au CIEÉ et à la DIEÉ font l'objet de causes ponctuelles entendues devant la Cour, qui permettent de préciser des cas particuliers. De plus, devant l'accroissement des affectations temporaires bénéficiant de ces mesures, les autorités fiscales fédérales et provinciales viennent circonscrire le champ d'application de ces mesures incitatives.

D'autre part, il est important de structurer adéquatement l'enveloppe de rémunération des employés temporairement affectés à l'étranger afin d'optimiser le revenu de source étrangère qui pourra être qualifié pour le CIEÉ et la DIEÉ, en sachant que les conditions d'admissibilité quant à la durée requise du séjour, de même que le plafond annuel et la rémunération visée diffèrent.

Rappelons également l'importance du contrat de travail avec l'employé ainsi que celle du contrat avec un client étranger pour un mandat à être

effectué localement. En fait foi la récente affaire *Purves* c. *La Reine*[24] portant sur un contrat trop général ayant vu le contribuable se faire refuser le CIEÉ faute de démontrer qu'il portait sur des services admissibles. La Cour a tranché en faveur du contribuable sur la base d'un test à double réponse affirmative, pour satisfaire aux conditions du sous-alinéa 122.3(1)b)(i) L.I.R., aux questions suivantes :

1) Existe-t-il un contrat selon lequel l'employeur doit rendre des services à l'étranger?

2) Est-ce que l'activité prévue au contrat « se rapporte à » une activité prescrite?

Un contrat bien rédigé assurera une preuve efficace permettant de régler un éventuel différend avec l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») directement plutôt qu'en s'adressant à la Cour.

2. DÉDUCTION PROVINCIALE – CHERCHEUR, EXPERT ET PROFESSEUR ÉTRANGERS

2.1. CHERCHEUR ÉTRANGER

L'objectif visé par le congé fiscal pour chercheurs étrangers est de venir en aide aux employeurs qui éprouvent des difficultés à trouver au Québec ou ailleurs au Canada des chercheurs possédant les compétences requises pour leurs besoins en recherche scientifique et développement expérimental (ci-après « RS & DE »).

2.1.1. Bref historique

La déduction pour chercheur étranger a son origine dans le Budget du Québec 1987-1988[25], mesure s'inscrivant dans un ensemble visant à bonifier l'aide fiscale à la réalisation d'activités de RS & DE au Québec et à faciliter le recrutement de chercheurs étrangers spécialisés. La période d'application prévue comprenait les contrats d'emploi conclus entre le 30 avril 1987 et 1er janvier 1991.

---

24 2005 D.T.C. 684 (C.C.I.).

25 QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 1987-1988, Discours sur le budget et Renseignements supplémentaires*, 30 avril 1987, annexe A, pp. 6-7.

Par le Budget 1989-1990[26], la mesure fut étendue aux contrats conclus avant le 1er janvier 1994 et reconduite de nouveau, en décembre 1993[27], pour les contrats conclus avant le 1er janvier 1996, devenant enfin permanente en 1996[28].

À la suite du Projet de loi 126[29], l'article 737.19 L.I. fait l'objet de trois modifications :

1) la définition de l'expression « période d'activités de recherche » est modifiée de façon que la période de cinq ans de congés fiscaux à titre de chercheur ou autre spécialiste étranger redevienne continue à l'égard de tout contrat conclu après le 30 mars 2004;

2) la seconde permettant de faire varier le taux du congé fiscal pour chercheur étranger selon l'année à laquelle le salaire versé est attribuable;

3) la dernière, consistant à ajouter une règle d'interprétation pour l'application de la définition de l'expression « revenu admissible » lorsqu'un particulier reçoit un avantage découlant de l'exercice d'une option d'achat de titres ou de l'aliénation d'un droit prévu à cette option consentie dans le cadre d'un emploi de chercheur étranger.

2.1.2. La mesure en bref

Les articles 737.19 à 737.22 L.I. régissent la déduction pour chercheur étranger, plus communément désignée comme le congé fiscal pour chercheur étranger, soit un particulier répondant aux conditions (art. 737.19 L.I.),

---

26 QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 1989-1990, Discours sur le budget et Renseignements supplémentaires*, 16 mai 1989, annexe A, « Congé fiscal aux chercheurs étrangers », p. 24.

27 QUÉBEC, ministère des Finances, *Bulletin d'information* 93-7, « Hausse pour 1993 du plafond annuel d'émission d'actions du Fonds de solidarité des travailleurs du Québec, reconduction du congé fiscal accordé aux chercheurs étrangers, et autres mesures fiscales », pp. 1-2.

28 QUÉBEC, ministère des Finances, *op. cit.*, note 16, annexe A, « Permanence du congé fiscal accordé aux chercheurs étrangers », pp. 39-40.

29 L.Q. 2005, c. 38, a. 106.

spécialisé dans le domaine des sciences pures[30] ou appliquées[31] ou dans un domaine connexe[32] et détenteur d'un diplôme de deuxième cycle reconnu par une université québécoise ou d'une expertise équivalente[33].

Il doit être non-résident – ce programme s'adresse également aux citoyens canadiens, non résidents au Canada – **avant la conclusion** de son contrat ou de son **entrée en fonction**[34] et travailler exclusivement ou presque

---

30 L'expression comprend les spécialisations qui se retrouvent habituellement dans les facultés de sciences, telles la chimie, la physique, la biologie, les mathématiques et l'informatique, la géologie, etc.

31 S'entend des spécialisations qui se retrouvent généralement dans les facultés de génie, dont le génie électrique et le génie civil.

32 Notamment ceux qui se retrouvent habituellement dans les facultés d'agriculture, de pharmacie, de médecine, de foresterie, etc. Les spécialités connexes comprennent donc l'alimentation, l'agriculture, la foresterie, le secteur biomédical, ainsi que d'autres qui peuvent s'avérer nécessaires à la réalisation d'activités de RS & DE admissibles telles les activités relatives au génie ou au dessin, à la recherche opérationnelle, à l'analyse mathématique ou à la programmation des ordinateurs et à la recherche psychologique et sont admissibles aux fins du programme lorsqu'elles sont entreprises pour appuyer directement les activités de RS & DE définies précédemment.

33 Ainsi, il doit détenir un diplôme de deuxième cycle reconnu par une université québécoise ou des connaissances équivalentes.

34 Ne doit pas être résident du Canada immédiatement avant la conclusion du contrat d'emploi, donc le jour de la signature de son contrat d'emploi ou immédiatement avant son entrée en fonction à titre d'employé auprès de l'« employeur admissible ». La notion de « résidence » aux fins de l'impôt québécois est la même qu'aux fins de l'impôt fédéral. Cette exigence quant à la résidence n'exclut cependant pas que le « chercheur étranger » soit originaire du Québec. Elle n'exclut pas non plus, en soi, que le chercheur soit un employé d'une organisation internationale à laquelle l'« employeur admissible » appartient. Toutefois, de façon à permettre à un employé étranger de changer d'emploi à l'égard duquel une exemption d'impôt est également accordée pour favoriser le recrutement d'employés étrangers, une présomption de non-résidence est prévue à l'article 737.20 L.I. Ainsi, bien que le particulier réside au Canada immédiatement avant la conclusion d'un contrat à l'égard d'un nouvel emploi ou immédiatement avant l'entrée en fonction dans cet emploi, celui-ci conserve, pour la partie restante de la période de cinq ans, son droit à l'un des congés d'impôt permis par la loi (les dispositions relatives à l'ensemble de ces congés sont énumérées à l'article 737.19.2 L.I.). Par exemple, si le particulier bénéficie du congé d'impôt pour chercheur étranger en stage postdoctoral (art. 737.22.0.0.1 et suiv. L.I.) et que sa période d'exemption de cinq ans n'est pas écoulée, ce dernier peut changer d'emploi et bénéficier maintenant du congé d'impôt pour chercheur étranger, malgré le fait qu'il réside déjà au Canada, s'il remplit par ailleurs les autres conditions requises. Dans le même esprit, l'article 8.1 L.I. prévoit que la présomption selon laquelle le particulier est réputé résider au Québec pendant toute une année

(à suivre…)

exclusivement[35], par la suite, pour l'employeur admissible[36] (c'est-à-dire, selon l'article 737.19 L.I., une société de personnes, un particulier, une société, voire selon l'article 647 L.I., une fiducie), qui doit exploiter une entreprise au Canada, consistant plus spécifiquement à effectuer ou faire effectuer pour son compte au Québec des activités qui se qualifient à titre de recherches scientifiques et de développement expérimental[37].

Ce chercheur étranger ayant conclu un contrat et étant à l'emploi d'un employeur admissible pourra alors bénéficier d'une déduction dans le calcul de son revenu imposable (art. 737.21 L.I.), généralement pendant une période de cinq ans[38], considération faite des rajustements prévu à l'article

---

(…suite)

d'imposition si, au cours de cette année il y a séjourné pour une ou des périodes totalisant 183 jours ou plus, ne s'applique pas. Dans les situations où un particulier étranger a séjourné au Québec 183 jours ou plus dans une année, pour y poursuivre des études universitaires par exemple, et qu'il entre en fonction auprès d'un employeur admissible, dans cette année, sans pour autant commencer à résider ordinairement au Canada, cette présomption de résidence aurait pour effet de réputer ce particulier résident du Québec depuis le début de cette année, et il ne pourrait bénéficier d'aucun congé d'impôt accordé aux employés étrangers.

35 Cette exigence implique donc que le chercheur n'accepte pas d'exercer des fonctions auprès d'un autre employeur, sauf dans la mesure où moins de 10 % de son temps de travail total est ainsi utilisé.

36 Excluant les entités universitaires admissibles, centre de recherche public admissible (depuis l'année d'imposition 1998, les articles 737.22.0.0.1. et suivants L.I. établissent une déduction spécifique pour le chercheur étranger en stage postdoctoral employé par un centre de recherche public ou une entité universitaire admissible), municipalité ou organisme public canadien exerçant des fonctions gouvernementales et exonérés d'impôt à ce titre, ni une société, une commission ou association dont les actions, le capital ou les biens sont détenus dans une proportion d'au moins 90 % par l'État ou Sa Majesté du Chef du Canada ou d'une province, autre que le Québec, ou par une municipalité canadienne et exonérée d'impôt à ce titre.

37 Soit une recherche systématique d'ordre technique ou scientifique au moyen : a) soit de la recherche pure ou appliquée effectuée pour l'avancement de la science; b) soit du développement expérimental effectué dans l'intérêt du progrès technologique en vue de la création de nouveaux matériaux, produits, dispositifs ou procédés ou de l'amélioration, même légère, de ceux qui existent. Cette définition comprend également des travaux relatifs à l'ingénierie, au design, à la recherche opérationnelle, à l'analyse mathématique, à la programmation informatique, à la collecte de données, aux essais ou à la recherche psychologique, si ces travaux servent à appuyer directement la recherche pure ou appliquée.

38 La « période d'activités de recherche » se termine le jour qui précède celui où le particulier cesse d'être un chercheur étranger ou, s'il est antérieur, le jour où cette période totalise cinq ans. À cet égard, puisque plusieurs congés d'impôt sont

(à suivre…)

737.22 L.I. Pour ce faire, il devra être l'objet d'un certificat[39] que l'employeur admissible obtient à son égard auprès du ministère du

(…suite)

accordés aux employés étrangers, tel celui pour chercheur étranger, pour chercheur en stage postdoctoral et pour expert étranger (l'ensemble de ces congés est énuméré à l'article 737.19.2 L.I.), la loi prévoit que la période d'exemption applicable au congé d'impôt pour chercheur étranger est calculée en tenant compte de toute période d'exemption antérieure établie à l'égard de ce dernier, en vertu de l'ensemble des congés d'impôt accordés aux employés étrangers, et que le total de ces périodes ne peut excéder cinq ans. Avant le 19 décembre 2002, la restriction de tenir compte de toute période d'exemption antérieure dans le calcul de la période de cinq ans ne valait qu'à l'égard d'un particulier qui changeait d'emploi pendant qu'il continuait à résider au Canada. Un employé étranger qui quittait le Canada et revenait au Québec pour occuper un emploi donnant droit à l'un des congés d'impôt bénéficiait donc d'une nouvelle période d'exemption de cinq ans. Le ministre des Finances du Québec a corrigé cette situation le 19 novembre 2002 en soulignant, dans son *Bulletin d'information* 2002-13, qu'il n'y aura à l'avenir qu'une seule période d'exemption de cinq ans applicable à l'ensemble de ces congés d'impôt; voir à cet effet QUÉBEC, ministère des Finances, *Bulletin d'information* 2002-13, « Précisions concernant les dons faits à des organismes d'éducation politique ayant pour mission de promouvoir la souveraineté du Québec, désignation d'un nouveau site à vocation biotechnologique à Saint-Hyacinthe et autres mesures fiscales », 19 décembre 2002. Il précise par le fait même que la période d'exemption unique de cinq ans applicable à l'ensemble des congés d'impôt accordés aux employés étrangers doit être calculée sans tenir compte de toute période d'interruption entre les emplois admissibles, même si le particulier a cessé de résider au Canada pendant cette période. Puisque cette modification est applicable relativement à un contrat d'emploi conclu après le 19 novembre 2002, la définition de « période d'activités de recherche » prévue à l'article 737.19 L.I. distingue la situation qui prévalait avant le 19 novembre 2002 de celle qui prévaut depuis cette date. Par ailleurs, relativement à un contrat d'emploi conclu après le 30 mars 2004, la période d'exemption de cinq ans du congé d'impôt du chercheur étranger est continue et elle débute le jour où, pour la première fois, l'employé entre en fonction dans le cadre d'un emploi admissible à l'un des congés d'impôt. La mobilité d'un employé demeure permise mais les périodes d'interruption entre les emplois admissibles sont calculées dans la période d'exemption de cinq ans. Enfin, lorsque le chercheur étranger s'absente temporairement de son emploi, l'article 737.19.3 L.I. accorde un pouvoir discrétionnaire au ministre du Revenu de considérer la rémunération versée par l'employeur du particulier pendant cette période d'absence comme comprise dans le revenu admissible de ce dernier, s'il juge que les motifs de l'absence sont raisonnables. Les motifs pourraient notamment être raisonnables dans le cas d'un congé de maladie ou de maternité. Le particulier continue alors d'être un chercheur étranger pendant cette période d'absence et est admissible à l'aide fiscale qui lui serait autrement accordée.

39 La demande doit être accompagnée des documents suivants : curriculum vitae signé du chercheur étranger avec une section qui porte sur ses publications et sur les brevets concernant ses inventions; attestation certifiée du dernier diplôme ou l'équivalent; certificat de constitution de l'entreprise (requis lors du dépôt d'une première demande).

Développement économique, de l'Innovation et de l'Exportation[40] (ci-après « MDEIE »), attestant de sa spécialisation et de ses diplômes, à la suite d'une demande écrite transmise avant le 1er mars de l'année civile qui suit l'année d'imposition au cours de laquelle le chercheur est entré en fonction.

2.1.3. Calcul de la déduction

Seul le revenu admissible pourra bénéficier de ladite déduction, à savoir son salaire (art. 737.19 L.I.[41]) réduit des déductions prévues aux articles 59 à 79 L.I. relatives, notamment, aux dépenses de vendeurs, frais de voyage, régimes de rentes, régimes de retraite, régimes d'assurance-emploi et cotisations d'assurance responsabilité professionnelle. Une fois ces déductions retranchées, le chercheur étranger peut ainsi utiliser le solde de son revenu admissible[42], multiplié par le pourcentage approprié prévu à l'article 737.21 L.I., à titre de déduction applicable dans le calcul du revenu :

1) Si le contrat d'emploi est conclu **après le 30 mars 2004**, il peut déduire un montant égal à 100 % de son revenu admissible pour les première et deuxième années de la période de cinq ans, à 75 % pour la troisième année, à 50 % pour la quatrième année et à 25 % pour la cinquième année;

---

40 La responsabilité du ministre du Développement économique, de l'Innovation et de l'Exportation dans l'octroi d'un congé fiscal pour chercheurs étrangers se limite à l'émission d'un certificat attestant qu'un chercheur possède les qualifications requises pour être admissible au congé fiscal. Comme pour toute autre mesure fiscale, seul le ministère du Revenu du Québec a la compétence pour accorder, en tout ou en partie, un congé d'impôt aux détenteurs d'un certificat d'admissibilité émis par le Ministre.

41 La définition du terme « salaire » à l'article 737.19 L.I. prévoit que le « salaire » considéré aux fins de la déduction relative à un chercheur étranger est celui calculé conformément aux articles 32 à 58.3 L.I. (chapitres I et II du titre II du livre III L.I.). Cette définition semble donc restreindre l'application de la définition de « traitement ou salaire » prévue à l'article 1 L.I.

42 Correspond au « salaire » versé au chercheur étranger par son employeur relativement à sa « période d'activités de recherche ». Le « salaire » ne doit donc pas nécessairement être versé pendant la période de recherche mais doit plutôt y être attribuable. En outre, le salaire versé par l'employeur doit l'être pour effectuer au Québec de la RS & DE. L'article 737.19.1 L.I. énonce à cet égard une règle qui permet de déterminer si des travaux effectués par une société de personnes ou pour son compte constituent de la RS & DE.

2) La déduction est plutôt égale à 75 % de son revenu imposable, pendant toute sa période d'activités de recherche, lorsque le chercheur étranger a soit conclu son contrat d'emploi **entre le 12 juin 2003 et le 31 mars 2004**, soit conclu son contrat avant le 13 juin 2003 mais a commencé à exercer les fonctions de son emploi après le 1er septembre 2003;

3) Enfin, la déduction est permise à l'égard de la totalité du revenu du particulier lorsque son contrat d'emploi a été conclu **avant le 13 juin 2003** et qu'il a commencé à exercer les fonctions de cet emploi avant le 2 septembre 2003.

2.2. EXPERT ÉTRANGER

L'article 737.22.0.0.5 L.I., ajouté en 2000 pour les années d'imposition 1999 et suivantes a eu pour effet d'étendre la mesure existante pour les chercheurs étrangers à des experts admissibles qui satisfont aux critères suivants :

1) Ils ont signé un contrat d'emploi après le 9 mars 1999 avec un employeur admissible et sont entrés en fonction après cette date;

2) Ils ne résidaient pas au Canada immédiatement avant la signature de leur contrat ou de leur entrée en fonction;

3) Ils sont embauchés pour exercer au Québec des activités de valorisation des résultats de RS & DE auprès de leur employeur;

4) Leurs fonctions sont exercées exclusivement ou presque exclusivement et de façon continue dans le cadre d'un programme de valorisation des résultats de RS & DE de l'entreprise;

5) Ils possèdent une expérience solide et appropriée des activités de valorisation;

6) Ils maîtrisent l'un des domaines suivants ou toute autre activité liée à la valorisation des résultats de RS & DE de l'entreprise :

   a) Gestion de l'innovation issue d'un projet de recherche,

   b) Commercialisation et mise en marché,

   c) Financement, notamment à l'échelle internationale,

d) Alliances stratégiques;

7) Ils détiennent un diplôme universitaire dans un domaine de compétence approprié.

Tandis que le chercheur étranger doit faire la démonstration de son expertise en lien avec les activités de RS & DE qu'il vient exercer auprès de son employeur admissible, l'expert doit, contrairement à sa désignation, faire la démonstration de son expérience cumulée dans son domaine d'expertise liée à la RS & DE sans en être au sens propre du terme. En règle générale, le MDEIE exigera une dizaine d'années d'expérience dans le domaine afin d'octroyer une qualification comme expert étranger. Cette désignation sera par ailleurs généralement réservée aux employés occupant des fonctions hiérarchiques et stratégiques élevées dans une société.

2.3. SPÉCIALISTE ÉTRANGER

Ce sont les articles 737.22.0.1 à 737.22.0.4 L.I. qui régissent la déduction relative à un spécialiste étranger. Cette mesure a été insérée dans la *Loi sur les impôts* en 1997 pour cette même année d'imposition et les suivantes et offre un allègement presque similaire en tout point aux déductions décrites ci-dessus, hormis le fait que la qualification requise pour se prévaloir d'un tel allègement soit à savoir que les fonctions du spécialiste en question auprès de l'employeur admissible consistent exclusivement ou presque à effectuer des travaux se rapportant aux activités indiquées sur l'attestation délivrée par Investissement Québec à cet employeur à l'égard de l'entreprise reconnue que ce dernier exerce dans la **zone de commerce international**.

2.4. PROFESSEUR ÉTRANGER

Dernier bénéficiaire de ces mesures d'allègement, le professeur étranger, **employé par une université québécoise**, qui détient une attestation délivrée par le ministère de l'Éducation certifiant qu'il est spécialisé dans le domaine des sciences et du génie, de la finance, de la santé ou des nouvelles technologies de l'information et des communications et qu'il détient à ce titre un **diplôme universitaire de troisième cycle**, pourra bénéficier d'une réduction de son fardeau fiscal provincial sur une période de cinq ans selon l'article 737.22.0.5 L.I.

2.5. ASPECTS PRATIQUES

2.5.1. Rémunération admissible

La lettre d'interprétation de septembre 2005[43] traite de rémunération, qui a la qualité de salaire, versée après que le particulier eut cessé d'occuper un emploi donné. Elle précise les paiements considérés comme revenus admissibles aux fins du congé fiscal destiné aux chercheurs étrangers, experts étrangers et spécialistes étrangers. Le cas commenté est le suivant.

Un particulier s'est vu octroyer, en temps opportun, un certificat ou une attestation lui permettant de bénéficier d'un congé fiscal et, avant la fin du contrat d'emploi, l'employeur décide de mettre fin à son emploi et de lui verser les montants suivants :

1) salaire impayé;

2) commissions impayées;

3) boni impayé;

4) vacances impayées;

5) banque de temps;

6) congés de maladie inutilisés (monnayables);

7) prime de séparation (*severance pay*); et

8) préavis de fin d'emploi (que ce soit celui prévu en vertu du *Code civil du Québec*[44] ou de la *Loi sur les normes du travail*[45]).

L'opinion émise confirme que les trois congés ne portent que sur le salaire et versé par l'employeur admissible, même s'il est reçu par le particulier après qu'il eut cessé d'occuper l'emploi admissible, pour autant qu'il soit raisonnablement attribuable au congé. En clair, dans la mesure où les éléments de rémunération 1 à 6 constituent du salaire, rien ne s'oppose à

---

43 REVENU QUÉBEC, lettre d'interprétation 05-0102854, 27 septembre 2005.

44 L.Q. 1991, c. 64.

45 L.R.Q., c. N-1.1 et mod.

ce qu'ils puissent raisonnablement être vus comme étant attribuables à la période de congé, constituant donc du revenu admissible. Par contre, l'élément de rémunération 7 est généralement vu par Revenu Québec comme n'étant pas du salaire, mais plutôt comme une allocation de retraite et il ne peut donner ouverture au congé. Pour ce qui est de l'élément de rémunération 8, son admissibilité au congé sera, en conformité avec les prises de position de Revenu Québec à cet égard[46], fonction du fait que le salarié continue ou non à être en situation d'emploi pendant la période couverte par le préavis. Dans l'affirmative, il s'agira d'un salaire pouvant être vu comme donnant ouverture au congé. Dans le cas contraire, il s'agira alors d'une allocation de retraite ne pouvant être admise au congé.

2.5.2. Taux de déduction et période de qualification

Il importe de rappeler qu'à l'origine, le taux applicable au congé fiscal était de 100 % annuellement pour 60 mois sur tout contrat de travail signé avant le 12 juin 2003 et pour une entrée en fonction avant le 1er septembre 2003. Puis, le taux de déduction est passé à 75 % annuellement pour toute entrée en fonction après le 1er septembre 2003. Finalement, le taux est devenu dégressif (100 % les deux premières années, 75 % la troisième année, 50 % la quatrième année et 25 % pour la cinquième année) pour tout employé entré en fonction après le 31 mars 2004.

Par ailleurs, la durée de congé disponible varie selon que la demande d'attestation a été effectuée ou non avant le 1er mars de l'année civile suivant celle de l'entrée en fonction. Avant cette date, le congé sera octroyé pour une période de 60 mois à compter de la date d'entrée en fonction. Dans le cas d'une demande tardive, le bénéficiaire a droit à la **période résiduelle** et le congé, non rétroactif, débute le 1er janvier de l'année civile pour laquelle la demande a été faite.

Enfin, le congé fiscal ne peut porter que sur une seule période d'une durée maximale de 60 mois et se termine à la première des échéances suivantes :

1) si le travail n'est plus admissible;

2) ou l'employeur n'est plus admissible;

3) si l'employé quitte l'emploi; ou

---

46 REVENU QUÉBEC, lettre d'interprétation 99-0102436.

4) à la fin de la période de 60 mois;

le tout en accord avec les périodes et taux du congé selon les trois dates butoirs, à savoir le 12 juin 2003, le 1er septembre 2003 et le 31 mars 2004 :

Conclusion du contrat	Entrée en fonction	Demande de certificat	Pourcentage de déduction	Période et durée
Avant le 12 juin 2003	Avant le 1er sept. 2003	Avant le 1er mars de l'année civile qui suit l'année de l'entrée en fonction	100 % – 5 ans	60 mois à partir de la date d'entrée en fonction
Avant le 12 juin 2003	Avant le 1er sept. 2003	Après le 1er mars de l'année civile qui suit l'année de l'entrée en fonction	100 % – 5 ans	**Période résiduelle** débutant à la date d'entrée en fonction, le congé débute le 1er janvier de l'année dans laquelle la demande a été faite
Avant le 12 juin 2003	Après le 1er sept. 2003	Avant le 1er mars de l'année civile qui suit l'année de l'entrée en fonction	75 % – 5 ans	60 mois à partir de la date d'entrée en fonction
Entre le 12 juin 2003 et le 31 mars 2004	Avant le 1er sept. 2003			
Entre le 12 juin 2003 et le 31 mars 2004	Entre le 1er sept. 2003 et le 31 mars 2004			
Avant le 12 juin 2003	Après le 1er sept. 2003	Après le 1er mars de l'année civile qui suit l'année de l'entrée en fonction	75 % – 5 ans	**Période résiduelle** débutant à la date d'entrée en fonction, le congé débute le 1er janvier de l'année dans laquelle la demande a été faite
Entre le 12 juin 2003 et le 31 mars 2004	Avant le 1er sept. 2003			
Entre le 12 juin 2003 et le 31 mars 2004	Entre le 1er sept. 2003 et le 31 mars 2004			
Après le 31 mars 2004	Après le 31 mars 2004	Avant le 1er mars de l'année civile qui suit l'année de l'entrée en fonction	100 % années 1 et 2 75 % année 3 50 % année 4 25 % année 5 0 % année 6	Période et congé débutent à la date d'entrée en fonction
Après le 31 mars 2004	Après le 31 mars 2004	Après le 1er mars de l'année civile qui suit l'année de l'entrée en fonction	100 % années 1 et 2 75 % année 3 50 % année 4 25 % année 5 0 % année 6	**Période résiduelle** débutant à la date d'entrée en fonction, le congé débute le 1er janvier de l'année dans laquelle la demande a été faite

2.5.3. Obligations de l'employeur

Étant donné qu'il est de la responsabilité de l'employeur d'effectuer les retenues à la source sur le salaire de ses employés, voici quelques éléments à surveiller afin d'assurer un suivi sur les périodes et taux applicables au congé fiscal pour les chercheurs/experts étrangers.

Tout d'abord, la demande initiale doit être effectuée pour chaque employé au plus tard le 1er mars de l'année civile qui suit l'entrée en fonction et l'employeur doit ajuster la retenue à la source d'impôt provincial seulement sur réception du certificat d'attestation. Dans la même veine, il doit effectuer un suivi pour chaque employé admissible, documentant sa date d'embauche, la date de signature du contrat de travail et la date de la demande de certificat d'attestation afin de déterminer le taux de déduction applicable et la période de qualification selon le tableau précédent. Les tableaux et exemples ci-après illustrent les différents changements survenus et la façon d'effectuer les calculs de retenue à la source.

2.5.4. Exemples

Exemple	Entrée en fonction	Demande de certificat	Pourcentage de déduction	Période et durée
1	Avant le 1er septembre 2003	Avant le 1er mars de l'année civile qui suit l'entrée en fonction	100 % – 60 mois	La période de congé débute à la date d'entrée en fonction.
2	Avant le 1er septembre 2003	Après le 1er mars de l'année civile qui suit l'entrée en fonction	100 % – 60 mois	La période résiduelle du congé débute le 1er janvier de l'année où la demande a été faite.

Exemple 1

L'employé débute son emploi le 25 juin 2003 et la demande d'attestation est effectuée avant le 1er mars 2004. La période de 60 mois du congé fiscal de l'employé débute donc le 25 juin 2003, l'employeur ajustant la retenue à la source de l'impôt du Québec sur réception du certificat. Pour la période entre le début d'emploi et la réception du certificat, l'employé devra réclamer le remboursement de l'impôt retenu à la production de sa déclaration de revenus du Québec pour l'année 2003. Le congé fiscal de cet employé se terminera le 24 juin 2008 et il aura ainsi droit de déduire 100 %

de sa rémunération admissible annuelle du calcul de son impôt au Québec, jusqu'à cette dernière date.

Exemple 2

L'employé débute son emploi le 25 juin 2003, mais la demande d'attestation est effectuée seulement le 15mai 2004. La période de 60 mois du congé fiscal de l'employé débute donc le 25 juin 2003, mais la période du 25 juin au 31 décembre 2003 n'est pas admissible à la déduction. L'employeur ajustera la retenue à la source de l'impôt du Québec sur réception du certificat. Le congé fiscal de cet employé se terminera le 24 juin 2008 et il aura ainsi le droit de déduire 100 % de sa rémunération admissible annuelle du calcul de son impôt au Québec, à compter du 1er janvier 2004 jusqu'au 24 juin 2008.

Exemple	Entrée en fonction	Demande de certificat	Pourcentage de déduction	Période et durée
3	Après le 1er septembre 2003	Avant le 1er mars de l'année civile qui suit l'entrée en fonction	75 % – 60 mois	La période de congé débute à la date d'entrée en fonction.
4	Après le 1er septembre 2003	Après le 1er mars de l'année civile qui suit l'entrée en fonction	75 % – 60 mois	La période résiduelle du congé débute le 1er janvier de l'année où la demande a été faite.

Exemple 3

L'employé débute son emploi le 3 septembre 2003 et la demande d'attestation est effectuée avant le 1er mars 2004. La période de 60 mois du congé fiscal débute le 3 septembre 2003 et se terminera le 2 septembre 2008. La déduction de cet employé représentera ici 75 % de sa rémunération admissible annuelle aux fins du calcul de son impôt au Québec.

Exemple 4

L'employé débute son emploi le 3 septembre 2003, mais la demande d'attestation est effectuée après le 1er mars 2004. La période de 60 mois du congé fiscal de l'employé débute donc le 3 septembre 2003; par contre, la période du 3 septembre au 31 décembre 2003 n'est pas admissible à la déduction. Durant la période de congé, l'employé aura droit de déduire 75 % de sa rémunération admissible, soit du 1er janvier 2004 au 2 septembre 2008.

Dès réception du certificat d'attestation et jusqu'au terme du congé, l'employeur ajustera la retenue à la source d'impôt du Québec de cet employé à 25 % de la somme normalement due.

Exemple	Entrée en fonction	Demande de certificat	Pourcentage de déduction	Période et durée
5	Après le 31 mars 2004	Avant le 1er mars de l'année civile qui suit l'entrée en fonction	100 % ans 1 et 2 75 % an 3 50 % an 4 25 % an 5	La période de congé débute à la date d'entrée en fonction.
6	Après le 31 mars 2004	Après le 1er mars de l'année civile qui suit l'entrée en fonction	100 % ans 1 et 2 75 % an 3 50 % an 4 25 % an 5	La période résiduelle du congé débute le 1er janvier de l'année où la demande a été faite.

Exemple 5

L'employé débute son emploi le 25 juin 2006 et la demande d'attestation est effectuée avant le 1er mars de l'année prochaine. La période de 60 mois débute donc le 25 juin 2006, l'employeur ajustant la déduction de l'impôt du Québec sur réception du certificat. L'employé aura droit jusqu'au 24 juin 2008 à une déduction de annuelle de 100 % de son impôt du Québec sur la rémunération admissible. À compter du 25 juin 2008 la déduction passera à 75 %, puis à 50% le 25 juin 2009 et, enfin, à 25 % du 25 juin 2010 au 24 juin 2011.

Exemple 6

Jean Untel débute son emploi le 25 juin 2006, mais l'employeur ne fait la demande d'attestation que le 15 mai 2007. Bien que la période de congé fiscal de 60 mois débute donc le 25 juin 2006, la période du 25 juin au 31 décembre 2006 n'est pas admissible à la déduction. L'employé aura ainsi droit du 1er janvier 2007 au 24 juin 2008 à une déduction de 100 % de son impôt du Québec sur la rémunération admissible, puis, à compter du 25 juin 2008, la déduction passera à 75 %, le 25 juin 2009 à 50 % jusqu'au 25 juin 2010 où elle sera de 25 %, la déduction expirant le 24 juin 2011.

Puisqu'il s'agit d'une responsabilité de l'employeur, et comme les exemples ci-dessus en font preuve, il est préférable d'effectuer la demande de congé fiscal pour les employés qualifiables à l'une ou l'autre des mesures

d'allègement avant la date butoir du 1er mars de l'année civile qui suit celle de l'entrée en fonction, étant donné que toute demande effectuée après cette date n'est pas rétroactive et fait perdre à l'employé quelques semaines, voire quelques mois d'allègement fiscal.

3. CENTRE FINANCIER INTERNATIONAL

Les exemptions partielles d'impôt sur le revenu provincial, de taxe sur le capital et de cotisation au Fonds des services de santé (pour les sociétés admissibles[47]) de même que l'exemption totale ou partielle sur cinq ans d'impôt provincial sur le revenu des particuliers (pour les employés[48] spécialistes étrangers) que comporte ce programme permettent aux sociétés réalisant des transactions financières internationales admissibles ainsi qu'à leurs employés de bénéficier d'excellents avantages fiscaux.

Plus particulièrement, c'est par ses opérations que se définit un CFI, bien que les activités admissibles constituent un éventail plus exhaustif de transactions financières internationales que les opérations bancaires traditionnelles auxquelles doivent le plus souvent se limiter les institutions financières désireuses de bénéficier d'un statut privilégié à l'étranger.

L'analyse de cet incitatif ne faisant pas l'objet de notre conférence, bien qu'il en soit fait mention dans le programme du Congrès 2006, il n'en sera par conséquent pas question non plus dans le présent texte.

Néanmoins, pour le lecteur qui souhaiterait en connaître davantage sur les avantages fiscaux rattachés à cette mesure, nous l'invitons à consulter le site Internet du CFI Montréal[49], lequel traite de ce programme qui vise à faciliter l'établissement/le développement au Québec de sociétés spécialisées dans les transactions financières internationales. De plus, le lecteur trouvera au site du ministère des Finances du Québec[50] les détails de la *Loi sur les centres financiers internationaux*[51] qui intègre les modifications apportées à

---

47 Formulaire de demande de certification à titre de centre financier international (ci-après « CFI ») et fiche synthèse de certification ainsi que formulaire de demande d'attestation d'admissibilité annuelle et fiche synthèse d'attestation annuelle.

48 Demande de certification d'employé local ou spécialiste étranger et demandes d'attestation d'admissibilité annuelle à l'égard d'un employé d'un CFI, renseignements CFI et renseignements concernant l'employé.

49 http://www.cfimontreal.com/fr/avantages/index.htm.

50 http://www.finances.gouv.qc.ca/fr/documents/inst-finan/index.asp.

51 L.R.Q. c. C-8.3.

la loi jusqu'au 18 décembre 2005, ainsi qu'au *Bulletin d'information* 2005-7[52] et au Budget 2006-2007[53].

Il convient de noter que le Budget du Québec 2004-2005[54] du ministre Séguin recentrait le programme des CFI, les modifications antérieures à ce régime ayant fait augmenter les coûts et l'ayant fait dévier de son objectif initial. De plus, le Ministère estimait alors que le resserrement des avantages fiscaux accordés permettrait une économie annuelle d'environ 25 M$. Bref, un exercice qui s'est surtout traduit par des coupures. Sommairement, les modifications visaient à :

- Orienter davantage le régime vers les sociétés financières et leurs filiales;

- Faciliter et uniformiser la détermination de la partie d'entreprise CFI d'un exploitant dont l'opération d'un CFI ne constitue pas la seule activité;

- Abolir l'exemption de la taxe compensatoire dont bénéficiaient indirectement les sociétés exploitant un CFI;

- Plafonner la déduction accordée aux employés autres que spécialistes étrangers (50 000 $ par une année, soit une rémunération de 133 300 $);

- Modifier la période de cinq ans de congé d'impôt (désormais continue, donc tenant compte des périodes d'interruption d'emploi) et réduire le niveau d'aide fiscale à partir de l'année 3 (75 %), puis 50 % (an 4) et 37,5 % (an 5).

En conclusion, bien que la nouvelle méthode de répartition du revenu ou capital versé attribuable aux opérations du CFI, selon une formule définie, soit simplifiée, elle semble entraîner une réduction notable des montants d'exemption d'où un resserrement (trop étroit?) du programme. D'autres

---

52 QUÉBEC, ministère des Finances, *Bulletin d'information* 2005-7, « Prolongation de un an du crédit d'impôt pour stage en milieu de travail et ajustements à certaines autres mesures fiscales », 19 décembre 2005.

53 QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2006-2007, Discours sur le budget et Renseignements additionnels sur les mesures du budget*, 23 mars 2006.

54 QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2004-2005, Discours sur le budget et Renseignements additionnels sur les mesures du budget*, 30 mars 2004.

rajustements ont également pénalisé les CFI déjà en place (entre autres, le fait que les transactions entre parties liées qui ne sont pas toutes des « sociétés financières » ne soient plus admissibles), et ce, malgré des engagements du gouvernement précédent quant au maintien du programme pour une période de 10 ans. Enfin, les modifications apportées soulèvent encore plusieurs questions d'interprétation.

4. ENTENTE DE SÉCURITÉ SOCIALE

En pratique, le pays où le particulier occupe un emploi a généralement le droit de prélever des cotisations de sécurité sociale sur le revenu d'emploi de cette personne qui y est gagné. Elle serait donc normalement assujettie aux cotisations locales qui sont souvent nettement plus élevées que celles prévalant au Canada (Régime de pensions du Canada (ci-après « RPC ») ou au Québec (Régime de rentes du Québec (ci-après « RRQ »)).

Ainsi, lorsqu'un employé est affecté pour une période de cinq ans ou moins à l'étranger, l'employeur canadien peut demander un certificat de participation au RPC/RRQ et verser les cotisations canadiennes/québécoises d'employeur et d'employé à ces régimes plutôt que de contribuer au régime social du pays hôte pour cette affectation. Le Canada et le Québec possèdent à cet effet un vaste réseau d'ententes bilatérales de sécurité sociale.

Ainsi, lorsque l'employé prendra sa retraite, il n'aura qu'à demander les prestations de retraite du RPC/RRQ plutôt que les prestations de retraite de plusieurs pays, le cas échéant, sachant que la plupart des juridictions fiscales exigent des cotisations minimales avant d'accorder une prestation. Autrement dit, l'employé pourrait tout simplement perdre des années de contributions importantes durant l'affectation sans possibilité d'accumuler une prestation de retraite à l'égard de ces mêmes cotisations.

C'est à l'employeur qu'incombe la demande de certificat d'assujettissement, procédure à compléter **avant** le début de l'affectation à l'étranger. Ce certificat permet en effet à l'employé et l'employeur d'être exonérés de la couverture de sécurité sociale du pays étranger et de continuer à verser les cotisations au RPC/RRQ sur le revenu d'emploi. Par contre, si l'employeur n'a pas demandé le certificat, l'ARC/Revenu Québec peuvent le lui fournir rétroactivement dans certains cas, bien qu'entre temps l'employeur ait l'obligation de prélever les charges sociales étrangères en matière de pension publique et de verser selon les échéanciers prescrits la cotisation d'employeur et d'employé… qu'il peut tenter de se faire rembourser une fois le certificat reçu.

À titre de référence, tel qu'il a été indiqué en préambule du présent texte, nous dirigeons le lecteur vers le texte de Mme Josée Bennett, « Obligations fiscales pour services à l'étranger et services de l'étranger »[55], qui porte plus spécifiquement sur ces questions d'ententes de sécurité sociale. Par ailleurs, le lecteur trouvera également un complément d'information sur les sites de la Régie des rentes du Québec[56] et du Régime de pensions du Canada[57].

---

55 J. BENNETT, *loc. cit.*, note 1.

56 http://www.rrq.gouv.qc.ca/fr/programmes/regime_rentes/travail_cotisations/ententes_internationales/.

57 http://www.rhdcc.gc.ca/fr/psr/piae/prestintl.shtml.

OBLIGATIONS FISCALES POUR SERVICES À L'ÉTRANGER ET SERVICES DE L'ÉTRANGER

Josée Bennett
CA
Ernst & Young s.r.l./s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 11:3

1. SERVICES À L'ÉTRANGER 11:3

1.1. TRAVAILLEUR INDÉPENDANT *VERSUS* EMPLOYÉ 11:3
1.1.1. Détermination du statut de résidence 11:3
1.2. DÉTERMINATION DU STATUT DE TRAVAILLEUR INDÉPENDANT 11:5
1.3. IMPOSITION DES REVENUS 11:7
1.3.1. Application de la convention fiscale 11:8
1.3.2. Crédit pour impôt à l'étranger 11:12
1.4. OBSERVATION FISCALE 11:15
1.4.1. Pays étranger 11:15
1.4.2. Canada 11:19

2. SERVICES DE L'ÉTRANGER 11:22

2.1. EMPLOYÉ NON RÉSIDENT DU CANADA 11:23
2.2. TRAVAILLEUR INDÉPENDANT NON RÉSIDENT DU CANADA 11:24
2.2.1. Services rendus au Québec 11:26

CONCLUSION 11:27

INTRODUCTION*

Depuis quelques années, le nombre de travailleurs autonomes a augmenté sur le marché canadien et les entreprises convoitent leurs services pour des projets qu'elles ont à l'étranger. La population de travailleurs en mission est considérable et leur rémunération est généralement élevée, car elle inclut les divers avantages qui sont reliés à une affectation. Il n'est donc pas surprenant de constater, depuis 10 ans, une évolution à l'échelle mondiale de la législation relative aux obligations fiscales des sociétés et des individus qui rendent des services à l'étranger.

Le présent texte comprend deux sections. La première section fait ressortir les principales différences entre un employé et un travailleur indépendant qui rend des services à l'étranger. La seconde traite des obligations fiscales des travailleurs autonomes et des entreprises à l'égard de leurs employés qui rendent des services au Canada.

1. SERVICES À L'ÉTRANGER

1.1. TRAVAILLEUR INDÉPENDANT *VERSUS* EMPLOYÉ

1.1.1. Détermination du statut de résidence

1.1.1.1. Lois nationales

La détermination du statut de résidence d'un particulier, qu'il ait le statut d'employé ou celui de travailleur indépendant, est la pierre angulaire qui permet de déterminer son assujettissement fiscal aussi bien au Canada que dans le pays étranger. Chaque pays détermine le statut de résidence et sa base d'imposition selon ses lois nationales. L'imposition dans les pays étrangers peut se faire selon la résidence de l'individu, selon son domicile ou selon le nombre de jours où il est présent dans le pays ou encore selon sa citoyenneté.

Au Canada, la résidence est essentiellement une question de fait. Un résident canadien est assujetti à l'impôt du Canada selon ses revenus mondiaux de toute provenance. À l'inverse, un non-résident canadien est assujetti à l'impôt du Canada sur ces revenus de source canadienne

* L'auteure tient à remercier Louise Thivierge et Isabelle Thuot de leur précieuse collaboration à la rédaction de ce texte.

seulement. Le terme « résident canadien » n'est pas défini dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*[1] toutefois, les tribunaux se sont penchés à plusieurs occasions sur la question de résidence, et l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») a publié un *Bulletin d'interprétation*[2] dans lequel elle élabore les faits qui servent à déterminer le statut de résidence d'un particulier. Elle y précise au paragraphe 5 les liens importants de résidence. Généralement, l'ARC considérera que le particulier est résident canadien s'il a gardé les liens suivants :

a) le ou les logement(s) (ce lien sera considéré comme étant de moindre importance si le logement n'est pas disponible à être occupé par le résident, c'est-à-dire s'il est loué à un tiers avec qui il n'a aucun lien de dépendance et à des conditions de pleine concurrence);

b) son conjoint ou son conjoint de fait;

c) les personnes à sa charge[3].

Notons, cependant, que la détermination du statut de résidence se complexifie, car les situations personnelles/familiales des particuliers sont soumises à la mondialisation des marchés. Les particuliers se retrouvent souvent avec plus de liens partagés entre deux pays, à commencer par un foyer d'habitation. Dans le cas où un particulier est résident de deux pays, le recours à la convention fiscale entre le Canada et le pays étranger, s'il en existe, permet de trancher le statut fiscal de celui-ci. D'ailleurs, les tribunaux tendent à examiner plus attentivement tous les faits des particuliers, en vertu des critères de l'article IV de la convention fiscale.

1.1.1.2. Application de la convention fiscale

La plupart des conventions fiscales conclues avec le Canada suivent le modèle de convention fiscale en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune[4] pour la prévention de la double imposition adoptée par

---

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

2 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-221R3 (consolidé), « Détermination du statut de résident d'un particulier », 4 octobre 2002.

3 *Id.*, par. 5.

4 ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune*, version abrégée, Paris, OCDE, 15 juillet 2005 (ci-après « Modèle de convention »).

l'Organisation de coopération et de développement économiques (ci-après « OCDE »). La plupart de ces conventions prévoient à leur article IV les critères à considérer afin de déterminer le statut de résidence du particulier. De façon générale, les conventions fiscales prévoient qu'une personne physique est un résident du pays où elle dispose d'un foyer d'habitation permanent. Si cette personne dispose d'un foyer d'habitation permanent dans les deux pays, elle est considérée comme un résident du pays avec lequel ses liens d'ordre personnel et économique sont les plus étroits (ci-après « centre des intérêts vitaux »). Si le centre des intérêts vitaux ne peut pas être déterminé, la personne est considérée comme un résident de l'endroit où elle séjourne de façon habituelle, et finalement du pays dont elle est citoyenne.

Le cas de jurisprudence *Pamela Allchin* c. *La Reine*[5] est un excellent exemple où le juge a analysé chaque fait en vertu de chacune des clauses de départages *tie-breaker rules* que l'on retrouve dans l'article IV de la *Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis*[6], dans le cas présent, afin de déterminer le statut de résidence du particulier.

1.1.1.3. Application du paragraphe 250(5) L.I.R.

Un particulier qui est par ailleurs résident aux termes de la loi mais qui est également résident d'un autre pays en application d'une convention fiscale conclue entre le Canada et cet autre pays est réputé ne pas être résident du Canada selon le paragraphe 250(5) L.I.R. Par conséquent, il est réputé comme non-résident aux fins de la loi dans son ensemble et les règles qui prévoient qu'un particulier est réputé avoir disposé de ses biens au moment où il cesse d'être résident canadien ainsi que les dispositions de la Partie XIII L.I.R. s'appliquent. Il est à noter que Revenu Québec n'a pas harmonisé sa loi avec celle de l'ARC. Le particulier sera par conséquent considéré comme non-résident du Canada mais comme résident du Québec aux fins fiscales.

1.2. DÉTERMINATION DU STATUT DE TRAVAILLEUR INDÉPENDANT

Les obligations fiscales sont différentes, aussi bien pour l'individu que pour l'entreprise pour laquelle l'individu rend des services à l'étranger, selon qu'il est considéré comme un employé de l'entreprise ou travailleur indépendant. Il est donc essentiel de déterminer son statut à cet égard.

---

5 [2004] C.A.F. 206.

6 S.C. 1984, c. 20 et mod. (ci-après « *Convention Canada/É.-U.* »).

La détermination du statut d'employé par rapport à celui de travailleur indépendant n'est pas toujours simple. La *Loi de l'impôt sur le revenu* et la *Loi sur les impôts*[7] ne définissent pas la notion du travailleur indépendant. Il y a toutefois des publications, tels le *Bulletin d'interprétation* RRQ. 1-1/R2[8] et le Guide RC4110[9] publiés par l'ARC, qui traitent des critères à considérer pour déterminer le statut d'un employé *versus* celui du travailleur indépendant. L'ARC a d'ailleurs révisé ce guide en 2006 afin de reclasser les critères et les élaborer un peu plus que ceux publiés dans sa version précédente, et ce, à la lumière des décisions et analyses des cas de jurisprudence tels les arrêts *Wiebe Door Services Ltd.* c. *MRN*[10], *671122 Ontario Ltd*. c. *Sagaz Industries Canada Inc.*[11], *Wolf* c. *Canada*[12], ainsi que *Standing* c. *MRN*[13]. Les critères de base à observer pour déterminer le statut d'un employé ou d'un travailleur indépendant décrits dans le guide sont essentiellement les suivants :

1) Contrôle exercé par le payeur

   La notion importante pour déterminer le contrôle est le droit du payeur d'exercer le contrôle et non pas le fait de l'exercer ou non. En règle générale, un employeur aura un contrôle sur le travail à faire, le délai d'exécution et la façon de procéder pour effectuer les fonctions. *A contrario*, un travailleur indépendant aura l'autonomie nécessaire et devra atteindre un certain résultat peu importe la manière dont il y arrivera.

2) Propriété des outils

   Lorsque l'employeur fournit les outils de travail, cette situation tend à démontrer la relation employeur/employé. De même la responsabilité de

---

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

8 REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* RRQ. 1-1/R2, « Statut d'un travailleur », 30 octobre 1998.

9 AGENCE DU REVENU DU CANADA, Guide RC4110, « Employé ou travailleur indépendant », Rev. 06/12.

10 87 D.T.C. 5025 (C.A.F.).

11 [2001] C.S.C. 59 (27820).

12 [2002] C.A.F. 96 (A-563-00).

13 [1992] C.A.F. n^{o} 890 (A-857-90).

ces derniers pour les pertes, les vols et l'entretien reviendra au payeur lorsque l'on considère le travailleur comme un employé.

3) Sous-traitance et embauche

Le travailleur indépendant aura le droit de sous-traiter ou d'embaucher des assistants dans l'exécution du travail.

4) Risque financier

Un travailleur indépendant assumera les chances de profits et les risques de pertes, alors qu'un employé n'en sera pas affecté. La détermination du fait que le travailleur supporte des dépenses ou des coûts mensuels fixes non remboursables tend à démontrer l'autonomie du travailleur.

5) Responsabilité en matière d'investissement et de gestion

Un travailleur indépendant investira généralement dans des investissements en capital, engagera et gérera son personnel.

6) Possibilité de profits

Le fait de pouvoir réaliser un profit ou de subir une perte implique l'aspect commercial et la possibilité qu'une relation d'affaires existe. Les travailleurs autonomes ont des revenus et des dépenses, et celles-ci peuvent excéder les revenus, un employé peut obtenir une augmentation de revenus par différentes primes ou commissions mais ne peut pas subir une perte.

Afin de caractériser la relation entre une entreprise et un individu, tous les critères décrits ci-dessus doivent être examinés dans leur ensemble et considérés dans le contexte de la relation globale. Cette liste de critères ne se veut pas exhaustive, et dans les cas où d'autres facteurs peuvent être considérés, l'ARC précise qu'elle tiendra compte également de tout autre élément pertinent.

1.3. IMPOSITION DES REVENUS

Aux fins du présent document, nous prenons comme hypothèse que le particulier demeure résident canadien aux fins fiscales et non-résident du pays étranger où il travaille afin de démontrer l'application des articles des conventions fiscales qui s'appliquent aux revenus provenant d'un emploi et aux revenus d'entreprise.

Un résident canadien est imposable sur ses revenus mondiaux peu importe leur provenance. Ainsi, le salaire ou les honoraires qu'il perçoit, en vertu d'un contrat qu'il exécute à l'étranger, doivent être inclus dans son revenu aux fins fiscales canadiennes, et cela, indépendamment du fait qu'il est imposable et paie des impôts dans le pays étranger sur lesdits revenus[14]. Le recours aux conventions fiscales et le crédit pour impôt à l'étranger sont deux mécanismes possibles qui permettent de pallier une double imposition, le cas échéant.

1.3.1. Application de la convention fiscale

1.3.1.1. Revenus d'emploi

Lorsqu'un employé est non-résident du pays étranger où il exécute son travail, les revenus d'emploi relatifs à ce travail sont généralement imposables dans le pays étranger. Toutefois, l'article XV de la majorité des conventions fiscales signées par le Canada prévoit un allégement fiscal dans le pays étranger lorsque le particulier y est présent moins de 183 jours, soit dans une année civile ou durant une période de 12 mois selon ce qui est précisé dans la convention, et si la charge des rémunérations n'est pas supportée par un employeur qui est résident du pays étranger ou par un établissement stable ou une base fixe que l'employeur a dans ce pays[15].

En septembre 2005, l'OCDE a émis la version révisée de son modèle de convention en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune. Le commentaire 7, amendé en juillet 2005, énonce essentiellement que l'expression « supporté par un employeur ou un établissement stable » ne doit pas être interprétée simplement par le fait de connaître qui est l'entité qui prend la déduction aux fins corporatives, mais il s'agit plutôt de déterminer qui est l'employeur économique[16].

En règle générale, le terme « employeur » n'est pas défini dans les conventions fiscales et il faut par conséquent se référer aux lois du pays où l'emploi est exercé. Dans la plupart des pays, le terme « employeur » est déterminé à la suite de l'examen de plusieurs critères et, dès lors, les faits et

---

14 Par. 2(1) et 2(2) L.I.R.; art. 22 L.I.

15 Art. XV, par. 2, du Modèle de convention.

16 Albert BAKER et Terri SPADORCIA, « Objectif de l'article XV des traités », dans *Faits saillants en fiscalité canadienne*, vol. 12, n° 3, Association canadienne d'études fiscales, mars 2004.

circonstances de chaque situation doivent être analysés. Dans le cadre d'affectations de courtes durées, ce commentaire de l'OCDE peut rendre l'application du paragraphe 2 de l'article XV plus compliquée qu'elle ne l'était auparavant.

1.3.1.2. Professions indépendantes/Bénéfices des entreprises

Lorsqu'un individu exploitant une entreprise est non-résident du pays étranger, généralement seuls les revenus d'entreprise se rapportant à l'entreprise exploitée dans le pays étranger sont assujettis à l'impôt étranger. Par ailleurs, la plupart des conventions fiscales conclues par le Canada prévoient une disposition applicable aux revenus d'entreprise (généralement à l'article VII du Modèle de convention) et une disposition relative aux professions indépendantes, certaines conventions incluent plus expressément des professions libérales (généralement l'article XIV).

Les conventions qui incluent les professions libérales sont indiquées au paragraphe 2 comme étant les activités indépendantes d'ordre scientifique, littéraire, artistique, éducatif ou pédagogique, ainsi que les activités indépendantes des médecins, avocats, ingénieurs, architectes, dentistes et comptables.

Aux termes des conventions fiscales, les revenus d'entreprise ne sont imposables dans le pays étranger que dans la mesure où le travailleur indépendant a un « établissement stable » dans le pays étranger. Les revenus provenant de professions indépendantes et libérales ne sont imposables dans le pays étranger que dans la mesure où le travailleur indépendant a une « base fixe » dans le pays étranger.

La question de savoir lequel de ces deux articles le travailleur indépendant doit considérer peut être quelque peu ambiguë. À cet égard, la Cour canadienne de l'impôt a établi que l'expression « base fixe » avait fondamentalement la même signification qu'« établissement stable »[17]. Par ailleurs, l'article XIV a été supprimé du Modèle de convention le 29 avril 2000 en vertu du rapport intitulé « Problèmes posés par l'article 14 du Modèle de convention fiscale de l'OCDE[18] ». Ainsi, depuis ce temps, le commentaire de l'article XIV indique ceci :

---

[17] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 33, 16 septembre 2005.

[18] Adopté par le comité des Affaires fiscales de l'OCDE le 27 janvier 2000 et reproduit dans le volume II à la page R(16)-1.

> « Cette décision traduit le fait qu'il n'existait pas de différence voulue entre les concepts d'établissement stable, tel qu'il figurait dans l'article 7, et celui d'installation fixe d'affaires, utilisé dans l'article 14; ni entre la façon de calculer les bénéfices et l'impôt selon que l'article 7 ou l'article 14 s'applique. En outre, il était parfois difficile de savoir clairement quelles activités relevaient de l'article 14 par opposition à l'article 7. La suppression de l'article 14 a pour effet que les revenus tirés de l'exercice de professions libérales ou d'autres activités de caractère indépendant sont désormais traités par référence à l'article 7 en tant que bénéfices d'activité d'entreprise[19]. »

Dans le cadre d'analyse d'établissement stable, l'ARC a indiqué qu'elle tenait compte des faits du particulier en s'appuyant sur la convention, la jurisprudence et les commentaires de l'OCDE.

L'expression « établissement stable » est définie comme étant « […] une installation fixe d'affaires par l'intermédiaire de laquelle une entreprise exerce tout ou en partie de son activité. »

Cette définition comprend les conditions suivantes[20] :

1) l'installation d'affaires doit exister;

2) l'installation d'affaires doit être fixe;

3) le non-résident doit exercer la totalité ou une partie de son activité par l'intermédiaire de cette installation fixe d'affaires.

L'ARC a indiqué qu'elle croit que ces trois conditions constituent un cadre approprié pour analyser un établissement stable et que tout facteur pertinent de détermination d'un établissement stable doit être lié à l'une de ces trois conditions[21].

L'ARC ajoute que les facteurs et exemples aux paragraphes 4 à 4.5 du Modèle de convention sur l'article 5 peuvent aider à déterminer si les conditions mentionnées ci-dessus existent.

---

[19] ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *op. cit.*, note 4, « Commentaires sur l'article 14 concernant la définition de "profession indépendante" ».

[20] *Id.*, « Commentaire sur l'article 5 concernant la définition de l'établissement stable », commentaire 2, par. 1, 28 janvier 2003.

[21] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 17.

L'expression « établissement stable » comprend notamment :

a) un siège de direction;

b) une succursale;

c) un bureau;

d) une usine;

e) un atelier; et

f) une mine, un puits de pétrole ou de gaz, une carrière ou tout autre lieu d'extraction de ressources naturelles.

1.3.1.3. Autres critères

En règle générale, l'article XIV stipule que les revenus de professions indépendantes ne sont imposables dans le pays étranger que dans la mesure où le travailleur indépendant a une « base fixe » et ne fait pas référence à une « période » comme c'est le cas à l'article XV. Cependant, certaines conventions signées par le Canada prévoient des particularités additionnelles à la règle de base fixe. En voici quelques exemples.

La convention signée par le Canada avec l'Algérie de même que celle signée avec la Norvège prévoient, en plus de la règle de la base fixe, que les revenus attribuables aux services rendus dans le pays étranger seront imposables dans le pays étranger si le particulier y est présent plus de 183 jours, et ce, sans égard au fait que le particulier y ait une base fixe ou non.

La convention signée avec l'Espagne prévoit, en plus de la base fixe, que le particulier peut être imposable dans le pays étranger s'il y est présent plus de 183 jours ou si ses revenus excèdent 100 000 pesetas.

La convention signée avec le Pérou prévoit qu'un particulier peut être imposable sur ses revenus pour les services rendus au Pérou mais jusqu'à concurrence de 10 %, à moins qu'il n'ait une base fixe au Pérou ou qu'il n'y soit présent plus de 183 jours au cours d'une période de 12 mois.

Par ailleurs, les conventions signées avec le Mexique et l'Israël précisent qu'un particulier est réputé avoir un établissement stable lorsqu'il

est présent dans le pays étranger plus de 183 jours, soit pendant l'année fiscale, soit durant une période de 12 mois, respectivement.

1.3.2. Crédit pour impôt à l'étranger

1.3.2.1. En vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*

Général

Afin d'éviter la double imposition, les paragraphes 126(1) et 126(2) L.I.R. prévoient un mécanisme de crédit pour impôt étranger applicable au revenu ne provenant pas d'entreprise ainsi qu'au revenu d'entreprise. Par conséquent, le revenu étranger de l'employé de même que celui du travailleur indépendant sont imposés au taux d'imposition le plus élevé des deux pays. Un particulier qui reçoit dans la même année un revenu d'entreprise et un revenu ne provenant pas d'entreprise doit calculer séparément le crédit pour impôt étranger qu'il demande au titre de l'impôt étranger sur le revenu d'entreprise et sur celui ne provenant pas d'entreprise[22]. De plus, lorsque le revenu pour une année d'imposition provient de sources situées dans plus d'un pays étranger, le montant du crédit pour impôt étranger doit être calculé par pays[23] pour chacune de ces deux catégories.

Ainsi, un contribuable qui réside au Canada à un moment donné d'une année peut déduire de l'impôt canadien payable par ailleurs par lui l'impôt étranger sur le revenu qu'il a payé pour l'année. Le paiement de l'impôt peut avoir été fait avant, pendant ou après l'année, ce qui importe c'est qu'il concerne l'année en question et qu'il corresponde à l'impôt définitif. En d'autres termes, l'impôt étranger qui est payé par un contribuable et qui lui sera remis ultérieurement n'est pas considéré comme un impôt payé pour l'année.

Employé

Afin que l'impôt étranger payé à l'égard des revenus d'emploi donne droit à un crédit pour impôt étranger, un paiement d'impôt doit être fait au gouvernement d'un pays étranger ou au gouvernement d'un État, d'une

---

22 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-270R3, « Crédit pour impôt étranger », 25 novembre 2004.

23 Par.126(6) L.I.R.

province ou d'une autre subdivision politique d'un pays étranger et doit être un « impôt sur le revenu ou sur les bénéfices »[24].

Afin de déterminer si un impôt étranger constitue un impôt sur le revenu ou sur les bénéfices, il faut comparer le mode d'application de l'impôt étranger au mode d'application des impôts sur le revenu et les bénéfices prélevés en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Au paragraphe 5 du *Bulletin d'interprétation* IT-122R2[25] (maintenant archivé), on énonçait que les charges sociales américaines en vertu du *Federal Insurance Contribution Act* (ci-après « FICA ») et que les charges sociales françaises et allemandes se qualifiaient à titre d'impôt sur le revenu ne provenant pas d'une entreprise. L'ARC a modifié sa position à cet égard et a indiqué, dans son bulletin *Nouvelles techniques* n° 31R[26], qu'en principe l'impôt sur les charges sociales ne sera plus considéré comme un impôt sur le revenu ne provenant pas d'une entreprise aux fins du crédit pour impôt étranger. Ainsi, depuis 2004, les charges sociales françaises et allemandes ne sont donc plus admises à titre de l'impôt sur le revenu. Cependant, aux termes de la *Convention Canada/É.-U.*, le Canada a expressément convenu d'accorder un crédit pour impôt étranger au titre de versements effectués sous le régime du FICA et continuera donc d'accorder un crédit pour impôt étranger dans le cas des impôts du FICA. L'ARC a également indiqué qu'elle acceptera de traiter une contribution à un régime de pension public d'un pays étranger comme un impôt sur le revenu ne provenant pas d'une entreprise aux fins de l'article 126 L.I.R. lorsque les deux conditions suivantes seront remplies :

1) l'employé doit être tenu de faire la contribution en vertu de la loi étrangère;

2) il doit être raisonnable de conclure que l'employé ne tirera aucun avantage pécuniaire de ses contributions vu la nature courte et temporaire de son emploi dans le pays étranger[27].

---

[24] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 22, par. 5. Dans ce paragraphe, on cite également une liste d'exemples d'impôt non admis à titre d'impôt sur le revenu ou sur les bénéfices aux fins des dispositions concernant le crédit pour impôt étranger.

[25] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-122R2, « Impôts et prestations concernant la sécurité sociale des États-Unis », 13 mars 1989.

[26] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 31R, 16 mai 2006.

[27] *Id.*

Travailleur indépendant

Dans le cas d'un travailleur indépendant, un impôt sur le revenu payé par un particulier est admis à titre d'« impôt sur le revenu tiré d'une entreprise » relativement au pays étranger dans la mesure où il s'agit d'un impôt qu'on peut raisonnablement considéré comme se rapportant au revenu tiré d'une entreprise exploitée par un particulier dans le pays étranger et l'impôt est payé à une administration étrangère. Dans le cas où le travailleur a une entreprise de services, l'endroit où l'entreprise est exploitée est généralement l'endroit où les services sont rendus[28].

Contrairement à l'employé, le travailleur indépendant peut reporter l'excédent de l'impôt étranger payé sur le revenu d'entreprise qui n'a pas été réclamé à titre de crédit d'impôt dans l'année. Ce montant peut être reporté tous les 3 ans d'imposition précédents et tous les 10 ans d'imposition subséquents[29].

1.3.2.2. En vertu de la *Loi sur les impôts*

Employé

Un employé qui réside au Québec le dernier jour d'une année d'imposition peut déduire de son impôt autrement à payer pour l'année l'impôt sur le revenu ne provenant pas d'une entreprise qu'il a payé pour l'année au gouvernement d'un pays étranger, relativement à un revenu provenant d'une source située dans ce pays. Il doit toutefois soustraire de ce montant la déduction qui lui est accordée pour l'année en vertu du paragraphe 126(1) L.I.R.[30]

Revenu Québec a indiqué[31] qu'il adoptait une position semblable à celle énoncée par l'ARC, dans son bulletin *Nouvelles techniques*, n° 31R, concernant l'impôt sur le revenu ne provenant pas d'une entreprise aux fins du crédit d'impôt à l'étranger. Toutefois, le ministère des Finances du Québec a dit qu'il n'entendait pas recommander que la législation fiscale soit

---

28 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 22, par. 23.

29 Par. 126(2) L.I.R.

30 Art. 772.6 L.I.

31 REVENU QUÉBEC, lettre d'interprétation 04-010422, 24 janvier 2005.

modifiée pour étendre le crédit pour impôt étranger aux cotisations versées par un particulier en vertu du FICA[32].

Travailleur indépendant

L'article 772.8 L.I. énonce qu'un particulier résidant au Québec le dernier jour d'une année d'imposition, et qui, dans l'année, exploite une entreprise dans un pays étranger par l'entremise d'un établissement situé dans ce pays, peut déduire de son impôt autrement à payer un montant qui n'excède pas le total des montants suivants :

a) 45 % de l'impôt sur le revenu provenant d'une entreprise qu'il a payé pour l'année à l'égard des entreprises qu'il a exploitées dans ce pays;

b) les parties inutilisées du crédit pour impôt étranger du particulier à l'égard du revenu provenant d'une entreprise peuvent être, relatives à ce pays, pour les 10 années d'imposition qui précèdent l'année et les 3 années d'imposition qui la suivent.

Pour l'application de l'article 772.8 L.I., la déduction se calcule séparément par pays[33] et est limitée à l'impôt autrement payable sur les revenus étrangers de ce pays[34].

1.4. OBSERVATION FISCALE

Une fois que le statut de résidence fiscale et la base d'imposition du particulier ont été déterminés, celui-ci et le payeur sont en mesure de déterminer qu'elles sont leurs obligations en matière d'observation fiscale canadienne et du pays étranger. La non-conformité de ces obligations donne généralement lieu à des pénalités et intérêts.

1.4.1. Pays étranger

Il est généralement obligatoire pour le travailleur indépendant de même que pour l'employé de s'enregistrer auprès des autorités fiscales du pays

---

[32] « Table ronde sur la fiscalité provinciale », dans *Congrès 2005*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2006, pp. 58:1-64, question 21., aux pages 58:38-40.

[33] Art. 772.4 L.I.

[34] Art. 772.9 L.I.

étranger afin d'obtenir un numéro d'identification. Si l'employé demeure sur la paie de l'employeur canadien, celui-ci aura lui aussi l'obligation de s'enregistrer. Cependant, dans le cas où il est déjà affilié à une compagnie dans le pays étranger, cette formalité n'est généralement plus nécessaire, car il est possible qu'il puisse utiliser le numéro de cette compagnie. Le numéro d'identification est nécessaire afin que l'employeur, le travailleur indépendant et l'employé puissent se conformer, le cas échéant, aux obligations de remises d'impôt et de charges sociales ainsi qu'en matière d'information.

1.4.1.1. Employé

Retenue d'impôt

En règle générale, c'est l'employeur qui est responsable de remettre aux autorités fiscales les impôts qu'il prélève sur la rémunération de l'employé. Les impôts doivent souvent être remis sur une base mensuelle et des pénalités et intérêts s'appliqueront pour les remises insuffisantes ou en retard. L'employeur doit également s'assurer qu'il fait les remises à tous les paliers de gouvernement : le fédéral, l'État, la province, le canton, le comté ou à la ville, le cas échéant.

Lorsqu'un employé n'est pas imposable dans le pays étranger, comme par l'application d'une convention fiscale, une demande de dérogation auprès des autorités fiscales peut s'avérer nécessaire (comme c'est le cas au Canada, voir la section 2. du présent texte). Par ailleurs, certains paliers de gouvernement n'appliquent pas les conventions fiscales signées par les autorités fédérales, c'est le cas notamment de certains États des États-Unis. La Californie est un exemple où, malgré l'application de la convention fiscale, des remises d'impôts sont requises dans cet État par l'employeur et une déclaration de revenus doit être produite par l'employé.

Sécurité sociale

La rémunération de l'employé peut aussi être assujettie aux charges sociales du pays étranger où son emploi est exercé. Ces dernières sont généralement beaucoup plus élevées que les charges sociales canadiennes auxquelles l'employé est habitué. De plus, ces charges ne sont généralement pas admises comme un impôt payé aux fins du crédit pour impôt étranger. Elles peuvent donc représenter un coût supplémentaire important.

Lorsque l'employé est détaché par son employeur canadien, il peut avoir recours à une entente en matière de sécurité sociale entre le Canada et le

pays étranger. Ces ententes en matière de sécurité sociale permettent à l'employé et à l'employeur de continuer de contribuer au Régime de pensions du Canada (ci-après « RPC ») (ou au Régime de rentes du Québec (ci-après « RRQ ») si l'employeur a son établissement au Québec). Il faut cependant consulter l'entente signée avec le pays étranger en question afin de déterminer les charges sociales auxquelles l'employeur et l'employé n'ont pas à contribuer dans le pays étranger, car les ententes ne couvrent généralement pas toutes les charges sociales. Il est à noter que le Québec a signé ses propres ententes et elles ne sont pas nécessairement avec les mêmes pays que celles signées par le gouvernement fédéral.

Les charges sociales peuvent parfois aussi être exemptées en vertu des lois nationales du pays étranger sous certaines conditions.

Obligation en matière d'information

En matière d'information, la responsabilité revient généralement à l'employeur de préparer et de remettre aux employés, ainsi qu'aux différentes autorités fiscales concernées, les feuillets de renseignements en temps opportun.

L'employé peut devoir produire une déclaration de revenus dans le pays étranger. Les exigences à l'égard des dates de production des déclarations de revenus diffèrent pour chaque pays et, bien qu'une extension pour la production de la déclaration soit souvent accordée, elle s'applique rarement au paiement du solde d'impôt. L'employé peut devoir produire une déclaration dans l'année suivant l'année de son départ du pays étranger afin de déclarer le bénéfice relié à la péréquation fiscale.

1.4.1.2. Travailleur indépendant

Retenue d'impôt

Selon les pays, l'entreprise peut avoir ou non l'obligation de prélever un impôt sur le paiement qu'elle verse au travailleur indépendant. C'est le cas notamment aux États-Unis où l'Internal Revenue Service (ci-après « IRS ») applique généralement une retenue de 30 % sur paiement[35] qui doit être remise au moins deux jours avant la date du versement au travailleur indépendant.

---

[35] *Internal Revenue Code of 1986* et mod. (ci-après « I.R.C. »), § 871.

Lorsqu'une retenue s'applique aux montants versés à des non-résidents, il est parfois possible d'obtenir une dispense et c'est généralement le travailleur indépendant qui doit en faire la demande auprès des autorités fiscales. Aux États-Unis, par exemple, la retenue peut être évitée en vertu du fait que le travailleur indépendant est non imposable en vertu de la *Convention Canada/É.-U.* Le travailleur indépendant doit ainsi remplir le Formulaire 8233, et ce, au moins 15 jours avant le premier versement.

Sécurité sociale

Généralement, le travailleur indépendant n'a pas à cotiser aux charges sociales du pays étranger. Néanmoins, il peut devoir contribuer à d'autres types d'impôts relatifs à son statut de travailleur indépendant. À titre d'exemple, aux États-Unis, les revenus du travailleur indépendant sont assujettis au *self-employment tax*[36]. Par ailleurs, un travailleur indépendant peut être exempté d'une telle imposition en vertu d'une entente entre le Canada et les États-Unis si le travailleur indépendant cotise au RPC ou à la Régie des rentes du Québec (ci-après « Régie »). Un certificat d'assujettissement doit être obtenu avant le départ du travailleur indépendant[37].

Le travailleur indépendant peut aussi bénéficier des ententes en matière de sécurité sociale applicables aux employés. Toutefois, certaines ententes ont des particularités à l'égard du travailleur indépendant. À titre d'exemple, en France, le travailleur indépendant n'est couvert que pour une année[38].

Obligation en matière d'information

Le payeur peut avoir l'obligation d'émettre un feuillet à l'égard des montants versés, et l'impôt prélevé, le cas échéant, au travailleur indépendant. C'est le cas notamment aux États-Unis où, à la fin de l'année mais avant le 16 mars de l'année suivante, le payeur doit émettre un Feuillet 1042-S aux expatriés et à l'IRS.

Dans certains cas, même si une retenue d'impôt a été prélevée sur le paiement, et parfois même s'il a obtenu une dispense, le travailleur

---

36 I.R.C. § 1402.

37 I.R.C. § 1401(c).

38 Entente entre le Gouvernement du Québec et le Gouvernement de la République française en matière de sécurité sociale, 12 février 1976, art. 7, par. 1.

indépendant devra produire une déclaration de revenus de non-résident. La plupart des pays étrangers imposent les revenus du travailleur indépendant sur un montant net des dépenses, et ce, à un taux progressif des particuliers calculé lors de la préparation de la déclaration de revenus. La retenue d'impôt peut alors être réclamée à titre d'acompte provisionnel dans la déclaration.

1.4.2. Canada

1.4.2.1. Employé

Retenue d'impôt

L'employeur a l'obligation de remettre l'impôt sur le revenu au cours d'une année fiscale au même titre que si l'employé exécutait ses fonctions au Canada[39]. Dans le cas où les employés sont résidents canadiens, les obligations canadiennes décrites ci-dessus doivent être respectées même dans le cas où la rémunération est payée, soit au complet ou en partie par l'entité étrangère. Pour ce faire, l'entité étrangère peut soit s'enregistrer auprès de l'ARC comme employeur ou utiliser l'employeur canadien comme agent de paie.

Une dérogation peut toutefois être accordée par l'ARC et Revenu Québec[40] afin de réduire les déductions à la source pour un montant équivalant à l'impôt à payer dans le pays étranger. Par ailleurs, une réduction des déductions à la source peut aussi être demandée sur la base que le revenu d'emploi se qualifie pour le crédit d'impôt pour emploi à l'étranger et à la déduction au titre de la rémunération gagnée à l'étranger. L'employé doit faire la demande de dérogation en utilisant le formulaire prescrit à cet effet, soit le T1213 pour le Canada et le TP1016 pour le Québec.

Des retenues d'impôt ne sont pas requises lorsqu'un individu est non-résident et qu'il ne rend pas de services au Canada[41]. Il n'est cependant pas possible de faire une demande de dérogation en vertu du fait que l'employé est non-résident du Canada.

---

39 Al. 153(1)a) L.I.R.; par. 1015a) L.I.

40 Par. 153(1.1) L.I.R.; art. 1016 L.I.

41 *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., 1978, c. 945 et mod. (ci-après « R.I.R. »), par. 104(2).

Sécurité sociale

Lorsque l'employé est couvert par une entente en matière de sécurité sociale, l'employeur doit faire les remises au RPC ou à la Régie, le cas échéant. S'il n'y a pas d'entente entre les deux pays ou que cette entente ne peut pas s'appliquer, des contributions volontaires au RPC ou à la Régie peuvent être faites. Pour ce faire, le Formulaire CPT-8 doit être rempli pour le RPC et le Formulaire RRQ-063 ou RRQ-064 (selon la situation) pour la Régie. On obtient ce formulaire en contactant la Régie. Cela peut engendrer une double cotisation si les remises dans le pays étranger demeurent obligatoires.

Il est à noter que certaines ententes en matière de sécurité sociale prévoient la réciprocité de couverture d'assurance maladie. Lorsque l'employé est couvert par une telle entente, le salaire de l'employé est assujetti au Fonds de la santé et de la sécurité du travail, et ce, même si l'employé est transféré sur la paie de l'entité du pays étranger[42].

L'assurance-emploi (ci-après « AE ») du Canada n'est pas couverte par l'entente en matière de sécurité sociale. Les conditions suivantes doivent être respectées afin que les contributions puissent être payées[43] :

1) l'employeur réside au Canada ou possède un établissement au Canada;

2) l'employé réside ordinairement au Canada;

3) l'emploi n'est pas assurable dans le pays où il est exercé;

4) l'emploi serait assurable s'il était exercé au Canada.

Les cotisations au Régime québécois d'assurance parentale (ci-après « RQAP ») doivent être prélevées sur tout salaire versé par un établissement situé au Québec à un employé résidant du Québec[44].

---

42 *Loi sur la Régie de l'assurance maladie du Québec*, L.R.Q., c. R-5, art. 34.0.2.

43 *Règlement sur l'assurance-emploi*, DORS/96-332, art. 5.

44 *Loi sur l'assurance parentale*, L.R.Q., c. 4-29.011 (ci-après « L.A.P. »), art. 50.

Obligation en matière d'information

L'entité qui verse la rémunération, qu'elle soit canadienne ou étrangère, a l'obligation de produire les déclarations de renseignements et de déclarer la rémunération de même que tous les avantages payés en nature[45]. L'employeur devra aussi produire le Formulaire T626 – Crédit d'impôt pour emploi à l'étranger, si l'employé bénéficie du crédit d'impôt pour emploi à l'étranger et le Relevé 17 s'il bénéficie de la déduction au titre de la rémunération gagnée à l'étranger.

L'employé doit faire sa déclaration de revenus en incluant les revenus à l'égard de son emploi à l'étranger. L'ARC et Revenu Québec demandent une copie de la déclaration de revenus étrangère, et parfois même de la cotisation émise par les autorités fiscales qui supportent le crédit pour impôt étranger demandé. Étant donné que tous les pays n'ont pas la même année fiscale et les mêmes délais de production que le Canada, l'employé n'a souvent d'autre choix que d'amender sa déclaration de revenus canadienne afin de réclamer le crédit d'impôt établi selon la déclaration étrangère produite.

1.4.2.2. Travailleur indépendant

Retenue d'impôt

Les honoraires qu'un travailleur indépendant résident canadien reçoit pour des services rendus dans un pays étranger ne sont assujettis à aucune retenue d'impôt à la source[46]. Le travailleur indépendant devra veiller au respect des règles usuelles concernant les acomptes provisionnels.

Sécurité sociale

Lorsque le travailleur indépendant demeure résident canadien, les charges sociales demeurent les mêmes : le RPC[47] ou le RRQ[48] et le RQAP[49].

---

45 Par. 200(1) R.I.R.; *Règlement sur les impôts*, R.R.Q., 1981, C. I-3, r.1 et mod., art.1086.

46 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Décisions d'impôt*, « T4A – Self-Employed Musicians Remuneration », n° 2003-0048145, 14 janvier 2004.

47 *Loi sur le régime de pensions du Canada*, L.R.C. (1985), c. C-8, par. 10(1).

48 *Loi sur le régime de rentes du Québec*, L.R.Q., c. R-9 et mod., art. 8.

49 Art. 53 L.A.P.

Les services rendus à l'étranger, tout comme ceux rendus au Canada par un travailleur indépendant, ne sont pas assurables sur le plan de l'AE.

Le travailleur indépendant devra aussi appliquer les règles relatives à l'imposition des taxes de vente pour les services rendus à l'étranger. Les services fournis en tout ou en partie au Canada à un non-résident sont généralement détaxés[50]. Cependant, il y a des exceptions à cette disposition générale.

Obligation en matière d'information

Le payeur d'un paiement à un travailleur autonome a l'obligation de remplir une déclaration de renseignements à l'égard de ce paiement selon le formulaire prescrit, soit le T4A[51]. Pour sa part, Revenu Québec considère, par pratique administrative, qu'un payeur n'a pas à émettre de Relevé 1 pour les honoraires versés à un particulier qui est un travailleur indépendant compte tenu du fait qu'il ne s'agit pas d'une rémunération sur laquelle un montant peut être déduit à titre d'impôt sur le revenu en vertu de la réglementation fiscale[52].

Le travailleur indépendant aura l'obligation de produire une déclaration de revenus au Canada en y déclarant ses revenus d'entreprise gagnés à l'étranger et pourra réclamer un crédit pour impôts étrangers si de tels impôts ont été payés dans le pays étranger.

2. SERVICES DE L'ÉTRANGER

Depuis la publication de la *Circulaire d'information* 75-6R2[53], l'ARC porte une attention particulière aux entreprises et particuliers non résidents qui rendent des services au Canada afin qu'ils se conforment aux obligations décrites dans la circulaire. Les mesures s'appliquent aux paiements pour des services rendus au Canada par des non-résidents, autres que des services

---

50 *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), c. E-15 et mod., Partie V de l'annexe VI; *Loi sur la taxe de vente du Québec*, L.R.Q., c. T-0.1 et mod., chapitre quatrième, section V.

51 Par. 200(1) R.I.R.

52 REVENU QUÉBEC, lettre d'interprétation 00-011169, décembre 2000.

53 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 75-6R2, « Retenue d'impôt obligatoire sur les montants versés à des non-résidents pour des services rendus au Canada », 23 février 2005.

rendus dans le cadre d'une charge ou d'un emploi ainsi qu'à la rémunération tirée d'une charge ou d'un emploi exercé au Canada par un non-résident. La retenue requise dans le cas des paiements versés varie selon que le non-résident est un travailleur indépendant ou un employé.

2.1. EMPLOYÉ NON RÉSIDENT DU CANADA

Selon l'alinéa 153(1)a) L.I.R., et l'article 102 R.I.R., la rémunération versée à des non-résidents qui rendent des services au Canada est assujettie aux mêmes obligations en matière de retenue, de versement et de déclaration que la rémunération versée aux employés qui sont résidents du Canada. Les employés non résidents du Canada sont donc assujettis à une retenue à la source sur la rémunération, les avantages imposables incluant les indemnisations fiscales, qu'ils reçoivent selon les taux progressifs en vigueur au Canada.

Les cotisations effectuées par l'employé et l'employeur au RPC ou au RRQ doivent être remises, à moins que l'employé ne soit couvert par une entente en matière de sécurité sociale, ainsi qu'à l'AE, à moins que les cotisations ne soient payables dans le pays étranger relativement aux services fournis au Canada.

L'ARC peut accorder une dispense de prélèvement d'impôt dans le cas où l'employé peut être exonéré de l'impôt canadien grâce à l'application de l'article XV du Modèle de convention. L'employé ou l'employeur (avec l'autorisation de l'employé) doit obligatoirement en faire la demande par écrit et fournir l'information requise[54] 30 jours avant le début des services devant être rendus au Canada ou 30 jours avant le paiement initial. L'employeur est tenu de payer l'impôt sur le revenu de l'employé tant que la dispense n'a pas été accordée par l'ARC sans quoi des intérêts et pénalités s'appliqueront.

Il est intéressant de noter que l'ARC indique dans la circulaire qu'elle :

> « […] a adopté la même position que l'OCDE, c'est-à-dire l'expression "assumée par" signifie que la dépense est déductible dans le calcul du revenu imposable. Pour que l'exemption prévue à l'alinéa XV(2)b) s'applique, la rémunération ne peut pas être assumée par un résident du Canada ou un employeur qui possède un établissement stable ou une base fixe au Canada[55]. »

---

54 *Id.*, par. 89.

55 *Id*., par. 95.

Or, tel qu'il est mentionné dans la première partie de ce texte, l'OCDE a révisé sa position à cet égard.

Par ailleurs, l'obtention d'une dispense des retenues à prélever à la source ne relève pas l'employeur de son obligation de produire les feuillets de renseignements. De plus, l'ARC s'attend des particuliers qu'ils obtiennent un numéro d'assurance sociale et qu'ils produisent des déclarations de revenus au Canada, et ce, même s'ils sont exonérés d'impôt.

2.2. TRAVAILLEUR INDÉPENDANT NON RÉSIDENT DU CANADA

Au terme de l'alinéa 153(1)g) L.I.R. et de l'article 105 R.I.R., les honoraires, les commissions et les autres montants versés à une personne non résidente à l'égard de services rendus au Canada sont assujettis à une retenue de 15 %. Aux fins de la *Circulaire d'information* 75-6R2, la retenue de 15 % s'applique aux paiements faits à des travailleurs indépendants, aux sociétés, aux coentrepreneurs ainsi qu'aux associés de sociétés de personnes.

Ainsi, quiconque[56] verse un paiement à un travailleur indépendant non résident pour des services rendus au Canada est tenu de prélever et de remettre à l'ARC une retenue de 15 % sur ledit paiement. Il existe une exception à cette règle. Le paragraphe 1 de l'article XVIII de la *Convention Canada/É.-U.* stipule que la retenue est de 10 % pour la première tranche de 5 000 $ versée à un résident d'un pays étranger au titre de l'exercice de professions indépendantes. La somme de 5 000 $ est applicable à chaque payeur durant l'année civile.

L'ARC prévoit également une exception administrative à la retenue à l'égard des frais de voyage, soit les frais de repas et de logement dont le montant est raisonnable.

La retenue doit être remise au plus tard le 15^{e} jour suivant le mois où le paiement est effectué en utilisant le Formulaire PD7A. En fin d'année, un Feuillet de renseignements T4A-NR devra être émis selon les mêmes normes et le même échéancier que les Feuillets de renseignement T4 ainsi que le Formulaire T4A sommaire, soit au plus tard le dernier jour du mois de février de l'année suivante. Il est à noter que tous paiements versés aux non-résidents pour des services rendus au Canada, indépendamment du fait qu'une dispense ou une réduction des retenues a été accordée au non-

[56] *Id.*, par. 5, « […] "quiconque verse" inclut tout particulier, société ou fiducie, résidant ou non au Canada ».

résident, doivent être reportés sur les feuillets de renseignements, incluant les montants exemptés administrativement.

Le non-résident doit également produire une déclaration de revenus du Canada, qu'il ait obtenu une dispense ou non, au plus tard le 15 juin de l'année civile suivant l'année d'imposition visée pour calculer l'impôt réel applicable aux revenus de source canadienne et régler le solde dû ou obtenir un remboursement. Si le travailleur indépendant est incorporé, il devra obtenir un numéro d'entreprise et produire une Déclaration corporative au même titre qu'une entité étrangère.

Il peut arriver qu'une entreprise étrangère prête temporairement des employés à une entreprise canadienne. Généralement, la retenue en vertu de l'article 105 R.I.R. ne s'applique pas lorsqu'il y a une entente écrite, régissant le détachement, signée par les deux employeurs ainsi qu'une entente, régissant l'emploi, signée par l'employé et qu'il n'y a pas d'élément de profit inclus dans le montant que l'employeur étranger exige de l'employeur canadien. Toutefois, l'employeur a l'obligation d'effectuer la retenue selon l'article 102 R.I.R. Dans le cas d'un paiement où il y a un élément de profit, l'ARC peut considérer que l'employeur étranger exploite une entreprise au Canada et, par conséquent, la totalité du paiement pourrait être assujettie à la retenue prévue à l'article 105 R.I.R.

Il est possible de demander une dispense en vertu du paragraphe 153(1.1) L.I.R. Le Formulaire R105 peut être utilisé et doit être présenté à l'ARC au moins 30 jours avant le début des services devant être rendus au Canada ou 30 jours avant le paiement initial pour ces travaux. Il existe deux types de procédures pour obtenir une dispense; celle-ci peut être fondée sur une convention fiscale ou sur une estimation des revenus et dépenses.

La dispense fondée sur une convention fiscale avec le Canada repose sur l'absence d'une base fixe ou d'un établissement stable au Canada. La personne qui soumet la demande de dispense doit être en mesure de prouver sa résidence dans un pays signataire d'une convention fiscale avec le Canada et de prouver son droit de pouvoir bénéficier de cette convention. L'annexe A de la *Circulaire d'information* 75-6R2 décrit les critères à respecter pour obtenir une dispense. Le demandeur doit respecter un des trois critères et aucune exception décrite aux paragraphes 1 à 9 de l'annexe de la *Circulaire d'information* 75-6R2 ne doit s'appliquer à lui. Ces critères sont les suivants :

1) particulier touchant un revenu de moins de 5 000 $ dans l'année civile;

2) particulier ou société qui n'a pas d'activité récurrente au Canada durant la période et dont le nombre de jours prévus dans le contrat ou l'entente est inférieur à 180;

3) particulier ou société qui a une activité récurrente, dont le nombre de jours prévus dans le contrat ou l'entente est inférieur à 180 et la période totale est moins de 240 jours.

Les exceptions mentionnées à l'annexe A de la *Circulaire d'information* 75-6R2 comprennent, notamment :

1) l'absence de convention fiscale entre le Canada et le pays d'origine;

2) la notion d'établissement stable réputé;

3) les artistes et athlètes;

4) les prestations de services pluriannuels;

5) les services de caractère récurrent;

6) la présence de liens entre le payeur et le non-résident;

7) la prestation de services par des sous-traitants résidents au Canada;

8) les sociétés à responsabilité limitée.

Un non-résident qui n'a pas droit à une dispense fondée sur une convention fiscale peut demander une réduction du montant de la retenue de 15 % en fonction d'une estimation de ses revenus et de ses dépenses se rapportant aux services devant être rendus au Canada. Le montant à retenir sera le moindre du montant calculé en vertu de l'article 105 R.I.R. et le taux progressif sur son revenu net.

2.2.1. Services rendus au Québec

Au terme de l'alinéa 1015g) L.I. et de l'article 1015R8 R.I.R., les honoraires, les commissions et les autres montants versés à une personne non résidente à l'égard de services rendus au Québec sont assujettis à une retenue de 9 %. Le payeur doit produire une déclaration de renseignements à l'égard des paiements faits au non-résident.

Une demande de réduction de la retenue d'impôt fondée sur l'absence d'assujettissement à la *Loi sur les impôts* ou de revenu attribuable à un établissement stable situé au Québec peut être accordée si elle satisfait aux critères énoncés au paragraphe 12 du *Bulletin d'interprétation* ADM. 7-1[57]. Les critères sont similaires à ceux indiqués aux paragraphes 1 à 9 de l'annexe A de la *Circulaire d'information* 75-6R2 mentionnés dans le présent texte. La demande de réduction de la retenue d'impôt peut être soumise sur le Formulaire TP-1016 et doit être accompagnée d'une copie du contrat de services au Québec.

CONCLUSION

Travailler à l'étranger implique d'avoir une connaissance des obligations fiscales du pays d'origine ainsi que du pays où les services sont rendus. La non-conformité à ces obligations entraîne généralement des pénalités qui peuvent s'avérer très coûteuses et peut parfois avoir une incidence sur les années futures, comme, par exemple, lors d'une demande de dérogation aux obligations de retenues d'impôt. Une planification fiscale avant le départ pour l'étranger permet de diminuer les impôts, de réduire le risque de double imposition et d'éviter les conséquences causées par la non-conformité aux obligations fiscales.

[57] REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* ADM. 7-1, « Réduction de la retenue d'impôt à l'égard d'un paiement pour services rendus au Québec par une personne qui ne réside pas au Canada », 30 novembre 2004.

DÉVELOPPEMENTS RÉCENTS EN FISCALITÉ INTERNATIONALE : PAIEMENTS ASSUJETTIS À LA PARTIE XIII L.I.R. ET PAIEMENTS RÉPUTÉS

Benoît Lacoste Bienvenue
Avocat
KPMG s.r.l./s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 12:3

1. PRINCIPES ET RÈGLES DE BASE 12:3

1.1. STRUCTURE GÉNÉRALE DE LA PARTIE XIII L.I.R. 12:3
1.2. LA PARTIE XIII L.I.R. ET LA POLITIQUE FISCALE 12:4

2. DÉVELOPPEMENTS LÉGISLATIFS 12:5

2.1. ÉLARGISSEMENT DE L'EXEMPTION POUR LES CERTIFICATS D'EXEMPTION : SOUS-ALINÉA 212(1)B)(IV) L.I.R. 12:5
2.2. SOMME REÇUE AU TITRE D'UNE CLAUSE RESTRICTIVE : ALINÉA 212(1)I) L.I.R. 12:6
2.3. SOMME REÇUE AU TITRE D'UNE CLAUSE RESTRICTIVE : SOUS-ALINÉA 212(1)D)(IV) L.I.R. 12:7

2.4. MATÉRIEL DE NAVIGATION AÉRIENNE : DIVISION 212(1)D)(XI)(D) L.I.R. 12:7
2.5. FILMS CINÉMATOGRAPHIQUES : PARAGRAPHE 212(5) ET SOUS-ALINÉA 212(1)D)(XII) L.I.R. 12:8
2.6. REMPLACEMENT DE CRÉANCE PAR UNE SOCIÉTÉ EN DIFFICULTÉ : PARAGRAPHE 212(3) L.I.R. 12:8
2.7. FIDUCIE CANADIENNE DE RÉASSURANCE : ALINÉA 212(9)D) L.I.R. 12:9
2.8. ENTREPRISE EXPLOITÉE AU CANADA PAR UNE PERSONNE NON RÉSIDENTE : PARAGRAPHE 212(13.2) L.I.R. 12:10
2.9. CLAUSE RESTRICTIVE PAYÉE PAR UNE PERSONNE NON RÉSIDENTE : PARAGRAPHE 212(13) L.I.R. 12:11
2.10. MÉCANISME DE PRÊT DE VALEURS MOBILIÈRES : SOUS-ALINÉA 212(1)B)(XIII), PARAGRAPHE 212(2.1) ET SOUS-ALINÉA 212(1)B)(XII) L.I.R. 12:12
2.11. FIDUCIE NON RÉSIDENTE : PARAGRAPHE 215(1) L.I.R. 12:14

3. DÉVELOPPEMENTS JURISPRUDENTIELS 12:14

3.1. *SIEMENS CANADA LTD.* C. *LA REINE* 12:14
3.2. *PRÉVOST CAR INC.* C. *LA REINE* 12:16
3.3. *TRANSOCEAN OFFSHORE LTD.* C. *LA REINE* 12:18

CONCLUSION 12:20

INTRODUCTION*

Ce texte comporte quatre sections. La première présente les principes et règles de base relatifs à l'imposition, par le biais de la Partie XIII de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[1], du revenu passif de source canadienne gagné par les non-résidents. Ensuite, les deuxième, troisième et quatrième sections se livrent, respectivement, à une analyse détaillée des récents développements législatifs et jurisprudentiels relatifs à la Partie XIII L.I.R., et ce, à la lumière des principes de politique fiscale qui leur sont sous-jacents.

1. PRINCIPES ET RÈGLES DE BASE

1.1. STRUCTURE GÉNÉRALE DE LA PARTIE XIII L.I.R.

Il est bien établi en droit international coutumier qu'un pays a le droit d'imposer tout revenu qui a sa source dans ce pays[2]. Au Canada, cette imposition se fait principalement par le biais de la Partie I L.I.R., qui assujettit à l'impôt canadien le revenu gagné activement, ainsi que de la Partie XIII L.I.R., qui assujettit à l'impôt canadien le revenu passif.

L'impôt de la Partie XIII L.I.R. est structurellement différent de l'impôt de la Partie I L.I.R. Ces différences s'expliquent par les difficultés administratives d'assujettir à l'impôt canadien des personnes et sociétés non résidentes qui n'exercent aucune activité au Canada et desquelles il serait impossible, pour des raisons à la fois pratiques et politiques, d'exiger la production d'une déclaration de revenus au Canada. Étant donné ce contexte administratif particulier, l'impôt de la Partie XIII L.I.R. a été conçu en tant qu'impôt final, pour lequel aucune déclaration n'est exigée du non-résident. De plus, contrairement à l'impôt de la Partie I L.I.R., il est calculé sur une base de revenu brut et ne permet aucune déduction à son encontre au Canada.

À la base, l'impôt de la Partie XIII L.I.R. assujettit les non-résidents à un impôt fixe de 25 % sur certains montants visés qui leur sont, ou qui leur

---

* L'auteur tient à remercier M^e^ Jakub Malczewski de KPMG de sa collaboration à la rédaction de ce texte. L'auteur est désormais responsable de toute erreur ou omission dans le présent texte.

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

2 Voir généralement Brian J. ARNOLD et Michael J. McINTYRE, *International Tax Primer*, 2^e^ éd., La Haye, Kluwer Law International, 2002, c. 2.

sont réputés, versés ou portés à leur crédit. Le taux applicable de 25 % peut toutefois être réduit en vertu d'une convention fiscale bilatérale conclue par le Canada.

Les montants visés par la Partie XIII L.I.R. incluent, notamment, les intérêts, redevances, frais de gestion et dividendes, et ce, lorsqu'ils sont de source canadienne. Un revenu sera habituellement réputé de source canadienne aux fins de la Partie XIII L.I.R. s'il est payé par un résident canadien. Ainsi, l'intérêt sur un titre de créance payé par un résident canadien à un non-résident sera généralement réputé être de source canadienne. Cependant, cette règle est parfois remplacée par des règles spécifiques qui sont censées mieux refléter la nature économique de certaines transactions. À titre d'exemple, des paiements de loyer pour un immeuble situé au Canada sont réputés être de source canadienne sans égard à la résidence du payeur.

Afin de faciliter le prélèvement de cet impôt, le résident canadien qui paie une somme visée par la Partie XIII L.I.R. a l'obligation d'effectuer une retenue sur le montant versé égale à l'impôt exigible. Il doit ensuite remettre cet impôt au Receveur général au nom du non-résident. À défaut d'effectuer cette retenue, le résident canadien engage sa responsabilité relativement à l'impôt exigible du non-résident.

1.2. LA PARTIE XIII L.I.R. ET LA POLITIQUE FISCALE

La Partie XIII L.I.R. est conçue par rapport à deux principes de politique fiscale particuliers[3]. Son principal objectif est d'éviter que l'assiette fiscale canadienne ne soit érodée par des versements à des non-résidents n'ayant aucune activité au Canada et qui ne seraient pas, de ce fait, imposables au Canada. Cependant, la Partie XIII L.I.R. doit créer un équilibre entre cet objectif et celui de ne pas compromettre la compétitivité économique du Canada en nuisant indûment à l'entrée des capitaux étrangers. Ce second objectif est clairement opposé au premier et sert à justifier la plupart des exemptions prévues dans la Partie XIII L.I.R., dont, à titre d'illustration, l'exception prévue au sous-alinéa 212(1)b)(vii) L.I.R., qui exonère d'impôt les intérêts sur les dettes avec un terme d'au moins cinq ans, et qui répondent à certaines exigences bien précises. À ces deux objectifs particuliers s'ajoutent les objectifs généraux de la politique fiscale, c'est-à-dire l'équité, la neutralité, et l'efficacité administrative.

---

[3] Voir généralement Jinyan LI, Arthur COCKFIELD et J. Scott WILKIE, *International Taxation in Canada: Principles and Practices*, Lexis Nexis Canada Inc., 2006, c. 2.

Tous les développements législatifs présentés dans la prochaine section peuvent être reliés à un ou plusieurs des objectifs de politique fiscale susmentionnés.

2. DÉVELOPPEMENTS LÉGISLATIFS

Cette section examine les principaux développements législatifs récents relatifs à la Partie XIII L.I.R. Ceux-ci comprennent, notamment, les modifications proposées par le ministre des Finances dans le cadre des *Propositions législatives concernant l'impôt sur le revenu (Partie 2 – Modifications techniques)*[4].

2.1. ÉLARGISSEMENT DE L'EXEMPTION POUR LES CERTIFICATS D'EXEMPTION : SOUS-ALINÉA 212(1)B)(IV) L.I.R.

Le sous-alinéa 212(1)b)(iv) L.I.R. exempte de l'impôt de la Partie XIII L.I.R. les intérêts sur les obligations ou les titres semblables payables à une personne n'ayant aucun lien de dépendance avec le payeur et à qui une certification d'exemption, valide le jour où la somme est payée ou créditée, a été délivrée.

Les certificats d'exemption dont il est question sont les certificats délivrés en vertu du paragraphe 212(14) L.I.R. à des organismes étrangers, tels les organismes sans but lucratif, les organismes de bienfaisance et les fonds de pension qui sont exonérés d'impôt dans leur pays d'origine et qui seraient également exonérés d'impôt au Canada s'ils étaient résidents au Canada.

Le nouveau sous-alinéa 212(1)b)(iv) L.I.R., qui s'applique aux années d'imposition 1998 et suivantes, étend cette exemption afin d'exonérer de l'impôt de la Partie XIII L.I.R. tous les intérêts payés par les titulaires des certificats d'exemption, sans égard à ce que ces intérêts soient payables « sur les obligations ou les titres semblables ». Ainsi, il permet aux sociétés canadiennes de se financer auprès des organismes étrangers exemptés d'impôt au moyen d'une plus grande variété d'instruments financiers, tel le papier commercial qui était jusqu'alors exclu du sous-alinéa 212(1)b)(iv)

---

[4] CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives concernant l'impôt sur le revenu (Partie 2 – Modifications techniques)*, 18 juillet 2005. Ce projet de modifications techniques est principalement composé des versions amendées de modifications qui avaient été publiées le 20 décembre 2002 et émises à nouveau dans un ensemble d'avant-projets législatifs publié le 27 février 2004.

L.I.R.[5], à condition que les versements sur ces instruments puissent être qualifiés d'intérêts. Ce faisant, il améliore la neutralité du système fiscal en supprimant un obstacle non fondé à l'innovation financière.

2.2. SOMME REÇUE AU TITRE D'UNE CLAUSE RESTRICTIVE : ALINÉA 212(1)I) L.I.R.

Le nouvel alinéa 212(1)i) L.I.R., dont l'application est rétroactive au 7 octobre 2003[6], a été introduit à la suite des nouvelles règles d'inclusion portant sur les clauses restrictives. Il soumet à l'impôt de la partie XIII L.I.R. les sommes reçues ou à recevoir qui seraient à inclure dans le calcul du revenu en vertu du paragraphe 56.4(2) et de l'alinéa 56(1)m) L.I.R., c'est-à-dire les sommes reçues en vertu d'une clause restrictive, tel un engagement de non-concurrence, ou reçues à titre d'une créance qui a fait l'objet d'une déduction pour créance irrécouvrable en vertu de l'alinéa 60f) L.I.R. Cependant, le nouvel alinéa 212(1)i) L.I.R. ne s'applique pas aux sommes reçues en vertu d'une clause restrictive assujettie à l'une des exceptions énoncées au paragraphe 56.4(3) L.I.R.

La question reste ouverte à savoir si les montants visés par l'alinéa 212(1)i) L.I.R. sont admissibles aux taux de retenu réduits prévus aux conventions fiscales conclues par le Canada. Étant caractérisés d'« autres sources de revenu » en droit interne canadien de par leur inclusion dans la sous-section d de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, ils pourraient ne pas constituer des bénéfices d'entreprise ou revenus d'entreprise aux fins des conventions fiscales. Certains commentateurs ont d'ailleurs suggéré que ces montants pourraient être qualifiés de « gains » ou d'« autres revenus », au sens prévu par les articles XIII et XXII, respectivement, de la *Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis*[7]. Cependant, il n'y a pas encore de position ferme de l'Agence du revenu du Canada (« ARC ») à cet effet.

---

5 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques *rrrr18* et *rrrr19*, 2 septembre, 1980.

6 Le comité conjoint CICA-CBA a porté l'effet rétroactif de la disposition à l'attention du ministère des Finances. Celui-ci confirma, lors du séminaire en fiscalité internationale de l'IFA 2006, qu'il n'entendait pas changer la date d'application de la disposition.

7 S. C. 1984, c. 20 et mod. Andrew FORBES et Martin GANGADEEN, « Selected Review of the February 27, 2004 Draft Technical Amendments and the March 23, 2004 Federal Budget Proposals », dans *2004 Ontario Tax Conference*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, n. 57; Manon THIVIERGE, « Planning for

(à suivre…)

2.3. SOMME REÇUE AU TITRE D'UNE CLAUSE RESTRICTIVE : SOUS-ALINÉA 212(1)D)(IV) L.I.R.

Le sous-alinéa 212(1)d)(iv) L.I.R. assujettit à l'impôt de la Partie XIII L.I.R. les paiements faits conformément à une convention ayant pour objet d'interdire à une partie certaines utilisations de biens intangibles, tels les brevets d'invention, les marques de commerce et les procédés industriels, ou de renseignements relatifs à des connaissances industrielles, commerciales et scientifiques particulières.

Le nouveau sous-alinéa 212(1)d)(iv) L.I.R., qui s'applique aux montants payés ou crédités après le 7 octobre 2003, vise les mêmes versements que son prédécesseur, mais il y exclut explicitement les montants qui sont assujettis à l'impôt de la Partie XIII L.I.R. par l'effet du nouvel alinéa 212(1)i) L.I.R., c'est-à-dire les sommes reçues en vertu d'une clause restrictive ou reçues à titre d'une créance ayant fait l'objet d'une déduction pour créance irrécouvrable en vertu de l'alinéa 60f) L.I.R. Ainsi, le nouveau sous-alinéa 212(1)d)(iv) L.I.R. assure que de telles sommes ne soient pas simultanément assujetties à l'inclusion du sous-alinéa 212(1)d)(iv) ni à celle de l'alinéa 212(1)i) L.I.R.

2.4. MATÉRIEL DE NAVIGATION AÉRIENNE : DIVISION 212(1)D)(XI)(D) L.I.R.

Le sous-alinéa 212(1)d)(xi) L.I.R. exempte de l'impôt de la Partie XIII L.I.R. les paiements faits à une personne sans lien de dépendance relativement à l'usage ou au droit d'usage d'un aéronef ou d'accessoires d'aéronef. Il sert ainsi à faciliter les diverses opérations de crédit-bail utilisées dans l'industrie aérienne pour financer l'acquisition d'équipements[8].

La nouvelle division 212(1)d)(xi)(D) L.I.R., qui s'applique aux années d'imposition 2000 et suivantes, étend dorénavant la portée de cette exemption pour y inclure le matériel de navigation aérienne et les logiciels connexes. Ce faisant, elle accorde plus de flexibilité aux compagnies aériennes canadiennes à l'égard du financement par crédit-bail.

(…suite)
the Purchase or Sale of a Business », dans *2005 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2006, pp. 10:1-34, aux pages 10:12-13.

[8] Roger D. ASHTON, « Leasing: Recent Developments », dans *(1997) Current Issues in Corporate Finance, Corporate Management Tax Conference*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1998, p. 11:19.

2.5. FILMS CINÉMATOGRAPHIQUES : PARAGRAPHE 212(5) ET SOUS-ALINÉA 212(1)D)(XII) L.I.R.

Le paragraphe 212(5) L.I.R. prévoit l'imposition d'une retenue fiscale de 25 % sur tout paiement effectué, ou porté au crédit ou réputé versé par une personne résidant au Canada au profit d'une personne non résidente relativement à tout droit d'utilisation sur un film cinématographique, bande magnétique ou autre procédé de reproduction.

D'un point de vue de politique fiscale, une telle retenue devrait s'appliquer uniquement lorsque le paiement a une source canadienne. Or, les revenus tirés de l'utilisation ou de la reproduction d'une œuvre ont leur source dans la juridiction où cette reproduction a lieu. Cela découle du fait qu'un droit d'auteur, à l'instar des autres droits de propriété intellectuelle, tire sa valeur des lois qui y donnent effet, c'est-à-dire les lois qui le protègent et qui accordent un monopole à son détenteur[9]. Néanmoins, le libellé du paragraphe 212(5) L.I.R. ne fait pas cette distinction de politique fiscale et impose une retenue sur les revenus relatifs à l'utilisation d'œuvres à l'étranger, et ce, malgré le fait que ces revenus soient entièrement attribuables aux lois étrangères et ne soient pas de source canadienne.

Pour corriger cette situation, le nouveau paragraphe 212(5) L.I.R., qui s'applique aux années d'imposition 2000 et suivantes, adopte un test plus adapté aux réalités économiques des transferts de propriété intellectuelle. Ainsi, il limite dorénavant l'imposition de la retenue aux montants relatifs à une utilisation ou reproduction des œuvres au Canada uniquement.

Afin de mieux démarquer le champ d'application de cette nouvelle disposition, le nouveau sous-alinéa 212(1)d)(xii) L.I.R., qui s'applique également aux années d'imposition 2000 et suivantes, a été ajouté dans le but de donner la priorité, dans ce contexte, au paragraphe 212(5) sur l'alinéa 212(1)d) L.I.R.

2.6. REMPLACEMENT DE CRÉANCE PAR UNE SOCIÉTÉ EN DIFFICULTÉ : PARAGRAPHE 212(3) L.I.R.

De manière générale, l'exception prévue au sous-alinéa 212(1)b)(vii) L.I.R. exonère de l'impôt de la Partie XIII L.I.R. les intérêts payés ou payables sur un titre par une société résidente au Canada à une personne non liée lorsque la société débitrice ne peut, en aucun cas, être tenue de verser

---

9 J. LI, A. COCKFIELD, J. S. WILKIE, *op. cit.*, note 3, p. 131.

plus de 25 % du montant du principal de l'obligation. Afin de rendre les conditions du sous-alinéa 212(1)b)(vii) L.I.R. moins onéreuses pour les sociétés éprouvant des difficultés financières importantes, le paragraphe 212(3) L.I.R. contient une présomption leur permettant d'effectuer un remplacement de créance sans perdre le bénéfice de l'exonération.

Pour trouver application, l'ancien paragraphe 212(3) L.I.R. requérait que le débiteur soit sous séquestre, qu'il y procède dans le cadre d'une proposition concordataire ou qu'il (ou qu'une société résidente au Canada avec qui il a un lien de dépendance) manque à un engagement découlant du titre. La présomption exigeait également que le produit du titre de remplacement ait été utilisé par la société émettrice (ou une autre société avec lien de dépendance) pour financer l'entreprise qui était exploitée activement au Canada immédiatement avant l'émission du titre de remplacement.

Le nouveau paragraphe 212(3) L.I.R. élargit la portée de cette exception en éliminant la condition relative à l'utilisation du titre de l'obligation de remplacement pour le financement de l'entreprise exploitée activement au Canada avant l'émission du titre de remplacement. D'après les notes techniques du ministère des Finances, cette condition était superflue, n'étant pas justifiée par l'objectif de politique fiscale derrière la règle en question[10].

Cet amendement, qui s'applique aux titres de remplacement émis après 2000, permettra aux sociétés qui connaissent des difficultés financières importantes de refinancer leur dette sans perdre les bénéfices du paragraphe 212(3) L.I.R., nonobstant le fait que cette dette ait servi à financer un investissement dans une société étrangère affiliée.

2.7. FIDUCIE CANADIENNE DE RÉASSURANCE : ALINÉA 212(9)D) L.I.R.

Avant l'ajout du nouvel alinéa 212(9)d) L.I.R., les assureurs non résidents étaient assujettis à une retenue sur des biens qu'ils déposaient en fiducie afin de se conformer à des exigences réglementaires imposées par le surintendant des institutions financières. Or, n'étant pas soumis à ces mêmes exigences réglementaires, les assureurs résidents bénéficiaient d'un taux d'imposition effectif inférieur.

---

[10] CANADA, ministère des Finances, *op. cit*., note 4.

Le nouvel alinéa 212(9)d) L.I.R., qui s'applique à partir de 2000, vise à corriger cette disparité et à améliorer la neutralité du régime fiscal à l'égard des capitaux importés. Il exonère de l'impôt de la Partie XIII L.I.R. les distributions effectuées par une fiducie en réassurance lorsqu'il est raisonnable de considérer ces distributions comme provenant de dividendes et intérêts gagnés par la fiducie dans la mesure où aucune retenue n'aurait été exigible si le revenu d'intérêt ou de dividende avait été payé directement au non-résident. De cette manière, il exonère d'impôt les sommes payées par des assureurs non résidents pour des motifs de conformité réglementaire plutôt que des motifs d'ordre économique.

2.8. ENTREPRISE EXPLOITÉE AU CANADA PAR UNE PERSONNE NON RÉSIDENTE : PARAGRAPHE 212(13.2) L.I.R.

L'actuel paragraphe 212(13.2) L.I.R. répute, aux fins de la Partie XIII L.I.R., certains non-résidents exploitant une entreprise au Canada être résidents du Canada relativement à certains paiements effectués à d'autres non-résidents.

Pour que l'actuel paragraphe 212(13.2) L.I.R. trouve application, l'entreprise du payeur non résident doit :

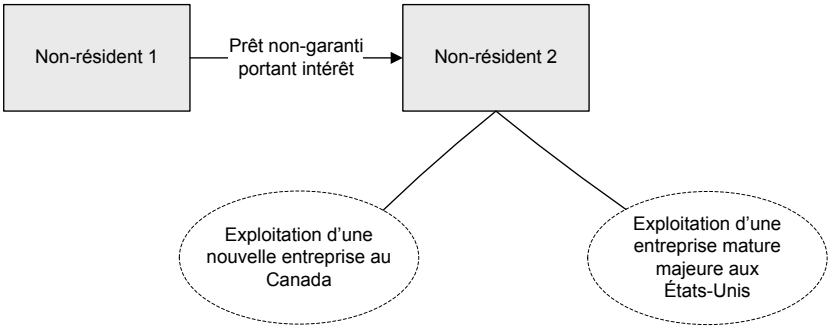
- être exploitée principalement au Canada;
- fabriquer ou transformer des marchandises au Canada;
- exploiter un puits ou gisement de pétrole ou de gaz situé au Canada; ou
- extraire des minéraux de ressources minérales au Canada.

L'amendement proposé vise à élargir la portée de la présomption prévue au paragraphe 212(13.2) L.I.R. en établissant que sa seule condition d'application sera dorénavant la déductibilité de la somme payée dans le calcul du revenu imposable canadien du non-résident. Cette règle remplace, aux fins de la Partie XIII L.I.R., le critère de résidence du payeur par un critère fondé sur le lieu où est exploitée l'entreprise donnant droit à des dépenses déductibles.

Du point de vue de la politique fiscale, cette nouvelle règle est fondée sur le principe que la « source » d'un paiement est la juridiction dont l'assiette fiscale est réduite à cause de la déduction permise à l'égard de ce paiement. Par ce principe, le paragraphe 212(13.2) L.I.R. protège l'assiette fiscale canadienne en assujettissant à l'impôt de la Partie XIII L.I.R. les

montants qui sont déductibles d'impôt au Canada pour le débiteur non résident[11].

Figure 1 : Structure désormais visée par le paragraphe 212(13.2) L.I.R.



2.9. CLAUSE RESTRICTIVE PAYÉE PAR UNE PERSONNE NON RÉSIDENTE : PARAGRAPHE 212(13) L.I.R.

Le paragraphe 212(13) L.I.R. répute un non-résident qui effectue certains paiements ayant une source canadienne, tels les loyers pour l'usage de biens au Canada, être une personne résidant au Canada relativement à ces paiements. À l'instar du paragraphe 212(13.2) L.I.R., cette disposition remplace, aux fins de l'assujettissement à la Partie XIII L.I.R., le test de résidence par un test fondé sur la substance économique d'une transaction.

Le nouvel alinéa 212(13)g) L.I.R. étend la portée du paragraphe 212(13) L.I.R. en y incluant les paiements visés par le nouvel alinéa 212(1)i) L.I.R. (qui, notamment, soumet à l'impôt de la Partie XIII L.I.R. les sommes reçues en vertu d'une clause restrictive ou reçues à titre d'une créance ayant fait l'objet d'une déduction pour créance irrécouvrable) lorsque le paiement influe sur l'acquisition ou la fourniture de biens au Canada, l'acquisition ou la fourniture de biens ou de services à l'étranger par une personne résidant au Canada ou encore l'acquisition ou la fourniture à l'étranger d'un bien canadien imposable. Ainsi, le nouvel alinéa 212(13)g) L.I.R. étend l'alinéa 212(1)i) L.I.R. afin qu'il englobe les paiements effectués par des personnes

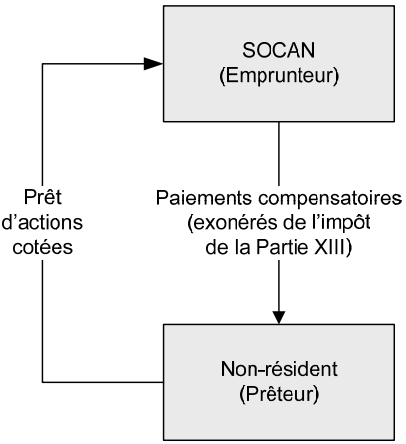
[11] J. LI, A. COCKFIELD, J. S. WILKIE, *op. cit.*, note 3, p. 64.

non résidentes lorsque la clause dont il est question a un lien économique avec le Canada.

2.10. MÉCANISME DE PRÊT DE VALEURS MOBILIÈRES : SOUS-ALINÉA 212(1)B)(XIII), PARAGRAPHE 212(2.1) ET SOUS-ALINÉA 212(1)B)(XII) L.I.R.

De manière générale, l'alinéa 260(8)c) L.I.R. prévoit que tout montant compensatoire versé par un emprunteur dans le cadre d'un mécanisme de prêt de valeurs mobilières, tel qu'il est illustré à la figure 2 ci-dessous, est réputé être un paiement d'intérêt fait au prêteur aux fins de la Partie XIII L.I.R.

Figure 2 : Mécanisme de prêt de valeurs mobilières : sous-alinéa 212(1)b)(xiii) L.I.R.

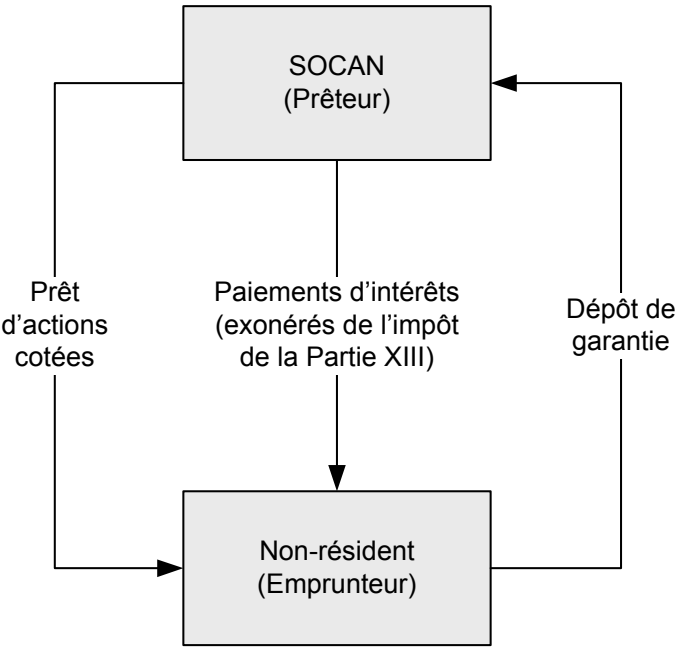


Le nouveau sous-alinéa 212(1)b)(xiii) L.I.R. vient préciser que le montant autrement réputé être un paiement d'intérêt par l'effet de l'alinéa 260(8)c) L.I.R. sera exonéré de l'impôt de la Partie XIII L.I.R. si ce paiement est effectué dans le cadre de l'exploitation de l'entreprise de l'emprunteur à l'étranger et que les titres empruntés sont ceux d'un émetteur étranger. De la même manière, lorsque le sous-alinéa 260(8)c)(i) L.I.R. répute un paiement être un paiement de dividendes, le nouveau paragraphe 212(2.1) L.I.R. procure la même exonération sous les mêmes conditions. Ces dispositions s'appliqueront, notamment, aux institutions financières canadiennes

qui acquièrent des actions d'un émetteur étranger dans le cadre de leur entreprise exploitée à l'étranger par le biais d'une succursale étrangère.

Par ailleurs, l'article 260 L.I.R. a fait l'objet d'une modification de telle sorte que le prêteur et l'emprunteur n'ont plus à transiger à distance afin de bénéficier de la présomption prévue au paragraphe 260(2) L.I.R., par le biais de laquelle un prêteur est réputé ne pas disposer de ses titres dans le cadre d'un mécanisme de prêt de valeurs mobilières. Le langage utilisé au sous-alinéa 212(1)b)(xii) L.I.R. a donc été modifié en vue d'exiger que le prêteur et l'emprunteur traitent à distance pour bénéficier de l'exception qui y est prévue.

Figure 3 : Mécanisme de prêt de valeurs mobilières : sous-alinéa 212(1)b)(xii) L.I.R.



D'un point de vue de politique fiscale, ces nouvelles dispositions relatives au mécanisme de prêt de valeurs mobilières substituent, aux fins de l'assujettissement à la Partie XIII L.I.R., le critère de résidence du payeur à un critère basé sur la substance économique d'une transaction. Plus précisément, ces dispositions se fondent sur le principe économique voulant

que le revenu tiré d'un bien, telle une valeur mobilière, ait sa source dans le lieu où se trouve ce bien.

2.11. FIDUCIE NON RÉSIDENTE : PARAGRAPHE 215(1) L.I.R.

Le paragraphe 215(1) L.I.R. impose aux résidents canadiens l'obligation de retenir l'impôt de la Partie XIII L.I.R. sur les montants versés aux non-résidents et de le remettre au Receveur général au nom de la personne non résidente. À défaut d'effectuer cette retenue, un résident canadien sera passible des pénalités décrites aux paragraphes 227(8) et (9) L.I.R.

L'amendement proposé au paragraphe 215(1) L.I.R. a pour objectif d'assurer l'intégrité de ce système en établissant que la retenue d'impôt soit effectuée malgré la présomption prévue au nouvel alinéa 94(3)a) L.I.R. selon laquelle une fiducie non résidente est réputée résidente. Les fiducies non résidentes réputées résidentes par le nouvel alinéa 94(3)a) L.I.R. demeureront donc assujetties à la retenue obligatoire prévue au paragraphe 215(1) L.I.R., nonobstant leur qualification aux fins des autres règles fiscales.

3. DÉVELOPPEMENTS JURISPRUDENTIELS

Il y a relativement peu de décisions judiciaires concernant la Partie XIII L.I.R. Cependant, les causes existantes donnent un excellent aperçu des moyens que l'ARC pourrait utiliser pour contrecarrer les structures qu'elle juge abusives, ainsi que des moyens de défense qui pourraient éventuellement être soulevés par les contribuables.

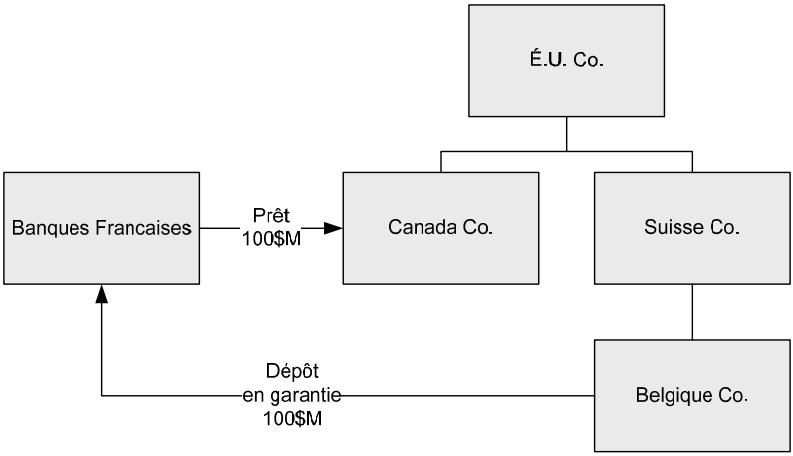
3.1. *SIEMENS CANADA LTD. C. LA REINE*[12]

Dans cette affaire, SOCAN a emprunté 100 M$ auprès de deux banques françaises au moyen d'un prêt structuré afin de bénéficier de l'exonération prévue au sous-alinéa 212(1)b)(vii) L.I.R. La société mère de SOCAN a garanti ce prêt en déposant, par l'entremise de la filiale belge, Belco, 100 M$ auprès des banques françaises en question. Le ministre du Revenu national (ci-après « Ministre ») fut d'avis que cet arrangement était destiné à contourner la condition prévue au sous-alinéa 212(1)b)(vii) L.I.R., selon laquelle les parties au prêt doivent être sans lien de dépendance, et a assujetti l'intérêt payé par SOCAN à une retenue fiscale.

---

[12] C.C.I. n° 2001-2957 (IT) G (règlement hors cour) (ci-après « *Siemens* »).

Figure 4 : Affaire *Siemens*



Le Ministre a allégué, notamment, que le prêteur véritable dans cet arrangement était la société mère américaine et que les banques françaises, qui n'ont reçu que 0,07 % d'intérêt en considération de leur participation, n'étaient que des conduits. À ce titre, le Ministre a souligné le fait que les prêts et les dépôts se sont produits simultanément et que l'un n'aurait pas eu lieu sans l'autre. Par ailleurs, le Ministre a allégué que la transaction était une opération d'évitement qui ne pouvait raisonnablement être considérée comme ayant été principalement effectuée pour un objet non fiscal.

En réponse au Ministre, SOCAN a notamment invoqué le fait que, même s'il y avait eu opération d'évitement, l'avantage fiscal découlant de celle-ci appartenait soit aux banques françaises, soit à la société mère américaine, qui sont dans tous les cas des sociétés étrangères auxquelles la règle générale antiévitement ne s'applique pas. De plus, SOCAN a soutenu que la transaction permettait des économies fiscales encore plus importantes au niveau de la société suisse du groupe en raison de particularités de la *Convention entre la Confédération suisse et les États-Unis d'Amérique en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu*[13] et que, par conséquent, la transaction avait un objectif légitime autre que celui de tirer un avantage fiscal canadien.

[13] RS 0.672.933.61,

Le tribunal n'a jamais eu à trancher entre ces différents arguments puisque la cause s'est conclue en 2006 par un règlement hors cour entre le contribuable et l'ARC.

3.2. *PRÉVOST CAR INC. C. LA REINE*[14]

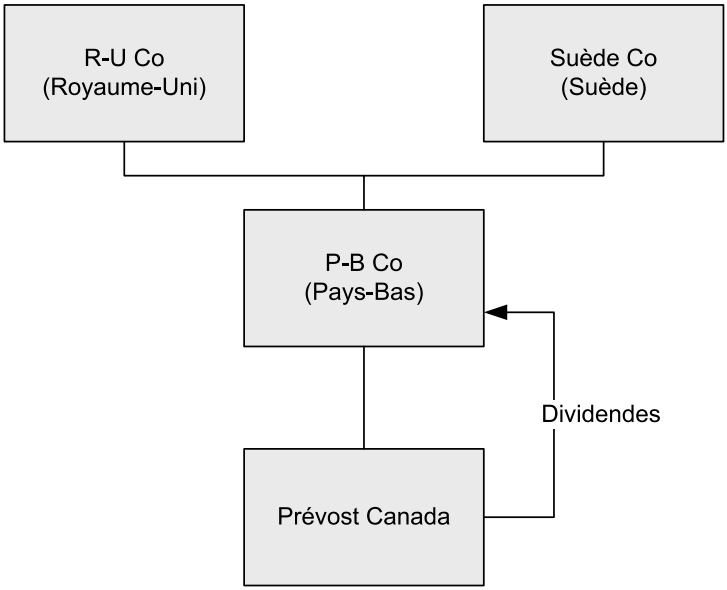
L'affaire *Prévost Car* est une cause pendante devant la Cour canadienne de l'impôt. Dans cette affaire, une société canadienne (ci-après « Prévost Canada ») était détenue par une société de portefeuille néerlandaise (ci-après « P-B Co »), qui était elle-même détenue à 51 % et 49 %, respectivement, par une société suédoise (ci-après « Suède Co ») et une société anglaise (ci-après « R-U Co »). Prévost Canada a versé un dividende à P-B Co d'un montant approximatif de 78 M$ et a effectué une retenue fiscale au taux de 5 %, tel qu'il est prévu par l'alinéa 10(2)(a) de la convention fiscale entre le Canada et les Pays Bas[15]. Or, l'ARC soutient que la compagnie des Pays-Bas n'était pas le bénéficiaire effectif des dividendes, car ceux-ci étaient ultimement reçus par Suède Co et R-U Co. Par conséquent, l'ARC est d'avis que ces dividendes sont assujettis aux taux de 10 % et 15 % actuellement prévus dans les conventions fiscales conclues avec ces pays.

---

14 C.C.I. n° 2004-4226 (IT) G, (ci-après « *Prévost Car* »).

15 *Convention entre le Canada et le Royaume des Pays-Bas en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôts sur le revenu*, signée le 27 mai 1986.

Figure 5 : Affaire *Prévost Car*



L'argument de Prévost Canada est qu'il s'agit d'une structure d'affaire standard où deux sociétés mettent en commun leurs investissements par le biais d'une société de portefeuille. La structure n'aurait donc pas été implantée dans le seul but d'obtenir un avantage fiscal.

Quant à elle, l'ARC fait référence aux avantages fiscaux de la structure et au fait que P-B Co. n'avait aucune activité, ni bureau, ni employés, ni aucun autre actif hormis les actions de Prévost Canada. L'ARC a également souligné que R-U Co et Suède Co ont avancé tous les fonds d'exploitation à la société de portefeuille, pour qu'elle puisse payer ses dépenses, et que celle-ci avait l'obligation de remettre à R-U Co et à Suède Co tous les dividendes qu'elle recevait. Ce dernier argument, en particulier, pourrait être concluant pour démontrer que P-B Co n'était pas le bénéficiaire effectif des dividendes.

3.3. *TRANSOCEAN OFFSHORE LTD. C. LA REINE*[16]

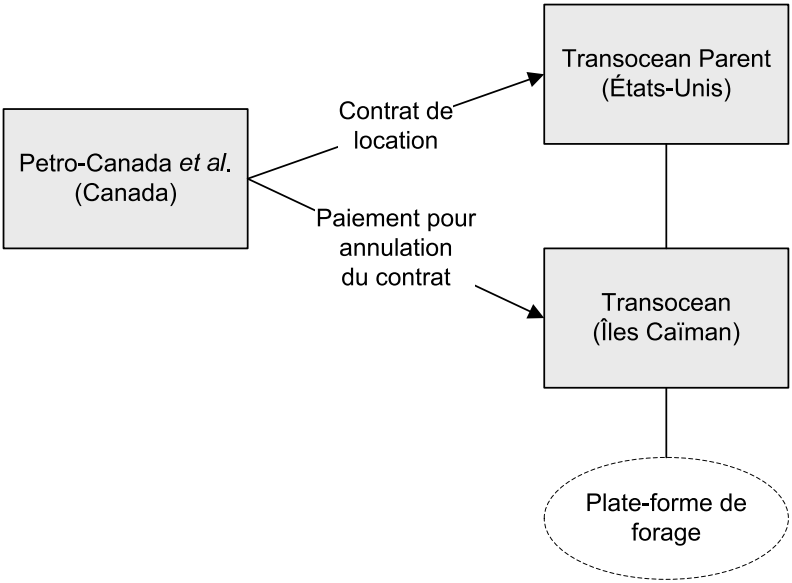
Dans l'affaire *Transocean Offshore*, la Cour d'appel fédérale a confirmé un jugement de la Cour canadienne de l'impôt selon lequel les dommages-intérêts versés par une société canadienne à un non-résident en guise de dommages-intérêts pour la résiliation d'un contrat d'affrètement coque nue étaient assujettis à une retenue en vertu de l'alinéa 212(1)d) L.I.R.

En 1997, Petro-Canada a pris part à un projet de forage au large des côtes de Terre-Neuve dans le cadre duquel la société concluait, en son nom et en celui de ses coentrepreneurs, un contrat d'affrètement coque nue avec Transocean Offshore Inc. (ci-après « Transocean Parent ») relativement à la plate-forme de forage Transocean Explorer. Cette dernière est propriété de l'appelant (ci-après « Transocean »), une société affiliée de Transocean Parent. L'entente prévoyait que Petro-Canada paierait 60 000 $ US par jour d'utilisation de la plate-forme, pour une somme totale estimée de 43,8 M$ US. Si le contrat prévoyait que la plate-forme serait utilisée au Canada, il permettait néanmoins à Petro-Canada de lui choisir un autre emplacement, droit que Petro-Canada n'a jamais exercé. Ultimement, Petro-Canada a décidé de résilier l'entente avant même qu'elle ne prenne effet et a accepté, en guise de réparation, de payer à Transocean des dommages-intérêts de 40 M$ US.

---

16 [2005] C.A.F. 104; 2005 D.T.C. 5201 (ci-après « *Transocean Offshore* »).

Figure 6 : Affaire *Transocean Offshore*



Étant donné que la plate forme n'a jamais été déplacée au Canada et qu'elle est demeurée au Royaume-Uni, Petro-Canada a effectué une retenue de 25 % sur les dommages-intérêts relatifs au contrat. Transocean a demandé un remboursement de cet impôt et, à la suite du refus de l'ARC, a porté l'affaire devant la Cour canadienne de l'impôt. Celle-ci a conclu, et la Cour d'appel fédérale a confirmé, que le paiement qui avait été fait à Transocean était assujetti à l'impôt de la Partie XIII L.I.R. par le biais de l'alinéa 212(1)(d) L.I.R., car ce paiement était versé « en lieu » des paiements de loyer qui devaient être effectués.

Trois aspects de cette décision retiennent l'attention aux fins de l'impôt de la Partie XIII L.I.R. Dans un premier temps, le tribunal a conclu que la plate-forme de forage, qui n'avait jamais quitté les côtes britanniques, avait un lien suffisant avec le Canada aux fins de la Partie XIII L.I.R. Cette conclusion peut sembler surprenante, mais elle concorde avec la réalité économique des faits puisque les profits que Transocean a tirés de sa plate-forme étaient entièrement attribuables au fait que celle-ci devait être utilisée

au large des côtes de Terre-Neuve. Le revenu du non-résident avait donc une source canadienne, tel qu'il est exigé par la Partie XIII L.I.R.

Dans un deuxième temps, le tribunal a conclu que l'expression « au titre de » à l'alinéa 212(1)(d) L.I.R. a le même sens étendu que l'expression anglaise *in lieu of*, c'est-à-dire « à la place de » ou « tenant lieu de ». Ainsi, dans le contexte d'un contact de location, l'expression ne vise pas les paiements qui sont payés « à titre de compensation pour l'utilisation de la propriété », mais bel et bien ceux qui sont payés « à la place de la compensation prévue ». La Cour d'appel fédérale a donc renversé le précédent établi dans l'affaire *Puder* c. *MRN*[17] selon lequel l'expression « au titre de » vise de manière étroite un paiement ayant une fonction économique identique que le paiement qu'il remplace.

Enfin, il est intéressant de considérer le cas hypothétique où le paiement aurait été effectué au profit d'un locateur résidant dans un pays avec lequel le Canada avait signé une convention fiscale. Est-ce que le taux réduit normalement prévu au paragraphe 2 de l'article 12 de la convention aurait trouvé application? Le paragraphe 4 de ce même article définit généralement le terme « redevances » et ne comprend pas les expressions « au titre de » ni *in lieu of*. Dans cette situation, il est possible que les paiements visés par la retenue ne puissent pas bénéficier du taux réduit prévu par la convention.

CONCLUSION

En se basant sur ce qui précède, on constate aisément que l'impôt prévu en vertu de la Partie XIII L.I.R. fait l'objet de développements très dynamiques et continue de constituer une source importante de revenu pour le gouvernement canadien. Il y a fort à parier que l'impôt de la Partie XIII L.I.R. fera l'objet de nombreuses autres modifications si la tendance en matière d'investissements étrangers au Canada se maintient, le Canada étant de plus en plus convoité pour ses ressources.

---

[17] 63 D.T.C. 1282; [1963] C.T.C. 445 (C. de l'É.).

UTILISATION DE FIDUCIES RÉVOCABLES ENTRE VIFS POUR LA DÉTENTION D'IMMEUBLES AUX ÉTATS-UNIS : PROBLÈMES TRANSFRONTALIERS ET SOLUTIONS

David A. Altro
Notaire, Pl. Fin.
Altro Racicot, s.e.n.c.r.l.

Marcel Racicot
Avocat, M. Fisc.
Altro Racicot, s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 13:3

1. FONCTIONNEMENT D'UNE FIDUCIE RÉVOCABLE AUX ÉTATS-UNIS 13:3
2. PROCÉDURE EN HOMOLOGATION (*PROBATE*) EN FLORIDE 13:4
3. PROBLÈMES D'INCAPACITÉ 13:6
4. DROITS SUCCESSORAUX AMÉRICAINS 13:7
5. ANALYSE DES INCIDENCES FISCALES AMÉRICAINES 13:7
6. PROBLÈMES TRANSFRONTALIERS PARTICULIERS 13:7

7. ANALYSE DES INCIDENCES FISCALES CANADIENNES 13:8

7.1. FIDUCIE EN FAVEUR DE SOI-MÊME 13:9
7.2. FIDUCIE POUR SOI 13:10
7.3. SIMPLE FIDUCIE 13:11

CONCLUSION 13:12

INTRODUCTION

L'utilisation de fiducies révocables entre vifs (*revocable living trust*) pour détenir des immeubles aux États-Unis est très répandue actuellement. Les principaux avantages d'utiliser une telle fiducie sont les suivantes :

- éviter les frais d'homologation (*probate*) liés au règlement de la succession;
- faciliter l'administration et le transfert des biens au décès;
- faciliter la gestion des biens en cas d'incapacité;
- protéger le patrimoine fiduciaire contre les créanciers potentiels des bénéficiaires;
- protéger le patrimoine fiduciaire contre les réclamations en cas de divorce des bénéficiaires.

La fiducie révocable entre vifs peut être utilisée soit par un résident ou un citoyen américain, ou par un non-résident des États-Unis. Un résident canadien utilisant la fiducie révocable pour détenir ses biens situés aux États-Unis doit à la fois considérer les incidences fiscales aux États-Unis (lieu de l'actif) et au Canada (lieu de résidence).

Selon la façon dont l'acte de la fiducie est rédigé au point de vue juridique ainsi que la qualification du type de la fiducie sur le plan fiscal canadien, les incidences fiscales canadiennes pourraient être très importantes et occasionner de sérieux problèmes transfrontaliers.

Dans le présent texte, nous utiliserons comme exemple la fiducie révocable de la Floride (ci-après « F.R.F. »).

1. FONCTIONNEMENT D'UNE FIDUCIE RÉVOCABLE AUX ÉTATS-UNIS

Une fiducie révocable entre vifs est une fiducie qui est établie du vivant du cédant (celui qui transfère des biens à une fiducie), laquelle, selon ses termes, réserve à ce dernier le pouvoir de mettre fin à la fiducie et d'exiger que le fiduciaire lui restitue ses biens.

Le fiduciaire (la personne nommée dans l'acte de fiducie qui détient le titre de propriété, le contrôle et l'administration exclusive des biens de la

fiducie au bénéfice du bénéficiaire) sera généralement le cédant lui-même et le seul bénéficiaire des revenus et du capital de la fiducie durant toute sa vie.

L'acte de la fiducie sera normalement rédigé selon les lois de l'État où sont situés les biens. Dans notre exemple, ce sera la Floride.

2. PROCÉDURE EN HOMOLOGATION (*PROBATE*) EN FLORIDE

La procédure de *probate* se définit comme étant la procédure judiciaire, selon les lois de la Floride, qui permet de prouver la validité du testament du défunt et ainsi de transférer les biens de la succession de la Floride pour et au nom des héritiers. Les désavantages d'une telle procédure se résument ainsi:

a) la procédure est très coûteuse;

b) la procédure est complexe, elle peut être contestée et s'étale dans le temps;

c) les biens de la succession sont « gelés » durant tout le processus.

La procédure de *probate* ou d'homologation suit le cheminement suivant :

1) la rencontre initiale avec un avocat, membre du Barreau de l'État de la Floride;

2) la traduction du testament du Québec vers l'anglais (le cas échéant);

3) la demande auprès de la Chambre des notaires pour l'obtention d'un certificat de conformité du notaire instrumentant lors de la rédaction et de la signature du testament;

4) l'application auprès du consulat américain pour la certification de la Chambre des notaires;

5) l'opinion légale quant au fait que le testament en forme notariale du Québec est exempté de la procédure d'homologation au Québec;

6) également, les étapes suivantes sont nécessaires afin de compléter la procédure de *probate* en Floride :

i) la production d'une requête en homologation devant le tribunal successorale de la Floride et nomination du liquidateur de la succession *Petition for Approval of Personal Representative*;

ii) la préparation de l'inventaire de la succession et le dépôt au tribunal;

iii) la signification d'avis aux créanciers;

iv) le serment du *Personal Representative*;

v) la publication d'avis aux créanciers dans les journaux locaux (délai de trois mois);

vi) la requête *Order to Appoint Personal Representative*;

vii) la requête *Order Admitting Will of Non-Resident*;

viii) la requête pour *Discharge of Probate*;

ix) l'acceptation de l'inventaire et distribution des biens.

La procédure de *probate* s'applique à tous les biens détenus en Floride par le défunt, tels que :

a) les biens immeubles;

b) les biens meubles;

c) les comptes de banques, etc.

En matière de procédure de *probate,* les frais engagés incluent les coûts reliés à la préparation des déclarations de droits successoraux (Formule 706-NA de l'Internal Revenue Service) et ceux du Florida Department of Revenue, varient entre 3 % et 5 % de la valeur totale de la succession en Floride. Quant aux délais, ils peuvent varier entre 4 et 12 mois à partir du dépôt initial de la procédure.

Afin d'éviter la procédure d'homologation ou de *probate*, nous recommandons fréquemment que le propriétaire de l'immeuble transfère le bien de son vivant à une F.R.F afin de contrer les effets négatifs du *probate*. En effet, en créant une fiducie (*Revocable Living Trust*) le propriétaire/fiduciaire

élimine par le fait même la nécessité du *probate* lors de son décès, en plus de bénéficier des autres avantages.

Les biens situés en Floride, tels que le condo, sont transférés dans la fiducie et le propriétaire devient le fiduciaire de la fiducie, gardant par le fait même tous les droits et pouvoirs pour gérer, administrer, hypothéquer, louer ou vendre les biens de la fiducie. Le fiduciaire principal peut nommer un successeur fiduciaire garantissant ainsi que son remplaçant, par décès ou par incapacité, acquiert les mêmes droits et pouvoirs de sorte que, lors du décès, le successeur fiduciaire peut transférer la propriété au nom des héritiers nommés dans la fiducie, évitant ainsi la procédure de *probate*.

De plus, les biens qui font partie de la fiducie bénéficient d'une protection contre les créanciers des bénéficiaires du fiduciaire.

La création d'une fiducie permet aussi de garder les biens actifs et élimine la possibilité du gel des biens de la succession. Il est aussi important de noter que les coûts reliés à la fiducie sont beaucoup moins élevés que les frais de *probate*.

3. PROBLÈMES D'INCAPACITÉ

Lors de l'incapacité d'une personne, les conséquences sont les suivantes :

a) le titre de l'immeuble est gelé et celui-ci ne peut être vendu;

b) le mandat d'incapacité du Québec n'est généralement pas valide en Floride en matière de transfert de biens immeubles d'une personne déclarée inapte par la loi, car ce dernier n'est pas conforme aux stipulations de la loi de l'État de la Floride.

Dans le cas d'incapacité d'un Québécois propriétaire d'un condo en Floride, la procédure s'appelle *Foreign Guardianship* (curatelle). Cette procédure juridique devant les tribunaux de la Floride est coûteuse et, tout au long de celle-ci, les biens sont « gelés ».

L'utilisation d'une fiducie révocable de la Floride évitera les procédures légales en Floride en cas d'incapacité, puisque l'acte de fiducie prévoit simplement le remplacement du fiduciaire par le successeur fiduciaire après l'attestation d'un médecin.

4. DROITS SUCCESSORAUX AMÉRICAINS

Une analyse détaillée des droits successoraux américains dépasse le cadre de ce texte. Soulignons simplement qu'un résident canadien détenant un bien immeuble aux États-Unis sera généralement assujetti aux règles américaines visant les droits successoraux tels que prévus aux dispositions de la *Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis*[1].

Il y a lieu de noter que l'utilisation d'une F.R.F. ne changera pas les incidences fiscales américaines au décès, puisque le cédant est considéré comme étant le propriétaire du bien aux fins de l'assujettissement des droits successoraux.

Par ailleurs, certaines planifications peuvent permettre de réduire, de retarder ou possiblement d'éviter les droits successoraux payables au décès, dont le prêt sans recours (*non-recourse mortgage*). Le prêt sans recours est un prêt dont le seul recours du prêteur en cas de défaut est à l'encontre de l'immeuble. Un tel prêt permet une déduction dans le calcul de la valeur de la succession imposable, de telle sorte que l'impôt successoral du défunt pourrait ainsi être diminué ou éliminé.

5. ANALYSE DES INCIDENCES FISCALES AMÉRICAINES

Du point de vue américain, l'utilisation de la fiducie révocable n'aura aucun impact fiscal négatif. Selon les règles de Grantor Trust prévues à l'*Internal Revenue Code*[2], le cédant sera considéré comme étant le véritable propriétaire des biens de la fiducie. Ainsi, le transfert de biens à la fiducie révocable ne sera pas considéré comme une disposition et donc il n'y aura aucune incidence fiscale

Au moment du décès, le cédant sera assujetti aux droits successoraux américains de la même façon que s'il était propriétaire des biens plutôt que la fiducie révocable.

6. PROBLÈMES TRANSFRONTALIERS PARTICULIERS

Même si la fiducie révocable de la Floride est régie par les lois de la Floride et que ses biens sont situés en Floride, elle sera assujettie aux lois

---

1 S.C. 1984, c. 20 et mod. (ci-après « Convention »).

2 *Internal Revenue Code of 1986* et mod.

fiscales canadiennes. En effet, puisque le fiduciaire est résident du Canada, la fiducie sera résidente au Canada et sera assujettie à l'impôt canadien sur son revenu mondial. Dans le but d'illustrer certains problèmes transfrontaliers particuliers qui devraient être soigneusement analysés lorsqu'un résident du Canada envisage l'utilisation d'une fiducie révocable pour détenir des biens aux États-Unis, nous examinerons trois exemples pratiques. Ces exemples illustrent l'importance de bien analyser, tant au Canada qu'aux États-Unis, les conséquences fiscales pour ces deux pays impliqués :

Exemple 1 : Un résident canadien transfère une propriété de la Floride (ou une part) au nom du conjoint ou à une fiducie révocable conjointe (*joint trust*).

- Cette transaction pourrait donner lieu à un problème d'impôt américain sur les dons pour un non-résident.

Exemple 2 : Un résident canadien de 50 ans transfère une propriété de la Floride d'une valeur de 1 M$ à une fiducie révocable.

- Même s'il n'y a pas de disposition selon l'*Internal Revenue Code*, cette transaction pourrait entraîner une disposition imposable au Canada.

Exemple 3 : Un résident canadien achète un condo en Floride de 200 000 $, en utilisant une fiducie révocable et décède lorsque le condo a une valeur de 1,5 M$.

- Dans cet exemple, les droits successoraux américains pourraient ne pas être crédités au Canada selon la Convention.

7. ANALYSE DES INCIDENCES FISCALES CANADIENNES

Afin d'identifier les incidences fiscales canadiennes applicables, il y aura lieu de déterminer de quels types de fiducies il s'agit. Nous analyserons donc les types de fiducies suivants :

a) la fiducie en faveur de soi-même (*alter ego*);

b) la fiducie pour soi (*self-benefit*);

c) la simple fiducie (*bare trust*).

7.1. FIDUCIE EN FAVEUR DE SOI-MÊME

En 2001, la *Loi de l'impôt sur le revenu*[3] a introduit de nouvelles fiducies dont la fiducie en faveur de soi-même. Tout d'abord, cette nouvelle fiducie permet un roulement lors du transfert des biens à la fiducie selon le paragraphe 73(1) L.I.R. Pour que le roulement ait lieu, certaines conditions énoncées aux paragraphes 73(1.01) et 73(1.02) L.I.R. doivent être respectées :

- le cédant a le droit de recevoir sa vie durant tous les revenus de la fiducie, et nulle autre personne que lui ne peut, avant le décès de celui-ci, recevoir une partie quelconque du revenu ou du capital de la fiducie ni autrement en obtenir l'usage;

- la fiducie a été établie après 1999;

- le cédant avait atteint l'âge de 65 ans au moment de l'établissement de la fiducie.

Du vivant du bénéficiaire, les règles d'attribution du paragraphe 75(2) L.I.R. s'appliqueront selon le *Bulletin d'interprétation* IT-369 RSR C.S.[4] Les revenus, les pertes, les gains en capital et les pertes en capital seront alors attribués au constituant de la fiducie.

Au moment du décès du cédant, la fiducie sera réputée avoir disposé de chacun de ses biens pour la juste valeur marchande (ci-après « JVM »). De plus, elle sera réputée avoir acquis de nouveau les biens immédiatement après ce jour pour un montant égal (selon sa JVM). La disposition réputée des biens au décès du cédant empêche le conjoint de celui-ci de bénéficier d'un roulement en sa faveur puisque les biens sont considérés comme étant propres à la fiducie. Une autre conséquence dû au fait que la présomption de disposition soit considérée comme ayant lieu à la fin du jour du décès du cédant (en vertu du paragraphe 104(4) L.I.R.) est que les pertes et les gains réalisés par la fiducie seront séparés des pertes et des gains de la succession. Puisque le paragraphe 75(2) L.I.R. ne trouve plus application, les représentants légaux ne pourront profiter de l'utilisation du paragraphe

---

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

4 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-369RSR C.S. (révisé) « Attribution du revenu provenant d'une fiducie à un auteur où à un disposant », 12 mars 1990.

164(6) L.I.R. pour les biens de la fiducie. Puisque les biens de la fiducie seront exclus de la succession, la fiducie sera imposée sur ces biens.

En résumé, si la fiducie révocable entre vifs de la Floride est considérée comme une fiducie en faveur de soi-même, le résultat sera le suivant :

- pas de disposition au transfert des biens à la fiducie si les conditions sont respectées;

- s'il y a disposition d'un bien durant la vie du bénéficiaire, le paragraphe 75(2) L.I.R. s'applique;

- au décès du bénéficiaire, les biens de la fiducie sont imposés entre les mains de la fiducie;

- la fiducie ne bénéficie pas de l'application de l'article 29(6) de la Convention et elle ne peut donc pas réclamer un crédit pour impôt étranger payés par le bénéficiaire aux États-Unis.

Afin que le bénéficiaire de la fiducie puisse profiter de l'application de l'article 29(6) de la Convention, nous suggérons la possibilité de faire correspondre la fiducie révocable entre vifs de la Floride à une simple fiducie.

7.2. FIDUCIE POUR SOI

La fiducie pour soi a également été introduite en 2001. Elle est l'alternative de la fiducie en faveur de soi-même pour les particuliers qui n'ont pas atteint l'âge de 65 ans. Malgré le fait que la fiducie pour soi soit soumise aux mêmes conditions et qu'elle produise les mêmes résultats, elle est régie par des dispositions différentes, soit l'alinéa 104(4)a.4), le paragraphe 73(1.01) et le sous-alinéa 73(1.02)b)(ii) L.I.R.

Le sous-alinéa 73(1.02)b)(ii) L.I.R. énonce les conditions d'une fiducie pour soi :

- le transfert n'a pas pour effet de changer la propriété effective du bien et, immédiatement après le transfert, aucune personne (sauf le cédant) n'a de droit absolu ou conditionnel à titre de bénéficiaire de la fiducie (déterminé selon le paragraphe 104(1.1) L.I.R.);

- la fiducie a été établie après 1999.

Ainsi, pour bénéficier du roulement lors du transfert du bien à la fiducie pour soi, il faudra établir qu'aucune autre personne que le cédant n'est bénéficiaire de la fiducie.

Le paragraphe 104(1.1) L.I.R. vient restreindre le sens du mot « bénéficiaire ». Il prévoit qu'une personne est réputée ne pas être le bénéficiaire d'une fiducie à un moment donné si son droit de bénéficiaire dans la fiducie à ce moment n'existe qu'en raison du droit pouvant découler des dispositions du testament ou autre instrument testamentaire d'un particulier qui est bénéficiaire de la fiducie à ce moment, tel qu'il est prévu à l'alinéa 104(1.1)a) L.I.R.

Par ailleurs, l'utilisation d'un pouvoir général de désignation (*General Power of Appointment*) a été analysée dans une demande d'interprétation technique datée du 24 mai 2001. Ainsi, le droit d'une personne à recevoir les biens d'une fiducie révocable au décès du cédant bénéficiaire en vertu d'un pouvoir général de désignation dans un testament ou autre instrument testamentaire du cédant bénéficiaire ne serait pas considéré comme un droit de bénéficiaire aux fins du paragraphe 104(1.1) L.I.R. et le transfert des biens à la fiducie pour soi pourrait bénéficier du roulement tel qu'il est prévu à l'article 73 L.I.R. Il est à remarquer que les notes explicatives, émises par le ministère des Finances lors des modifications apportées à la *Loi de l'impôt sur le revenu* en 2001, confirment que la conservation d'un pouvoir général de désignation par le cédant lors du transfert d'un bien à une fiducie pour soi ne devrait pas entraîner de changement dans la propriété bénéficiaire des biens aux fins de l'article 73 L.I.R.

Lorsque la fiducie révocable est considérée comme une fiducie pour soi, le résultat est le même que pour la fiducie en faveur de soi-même. Il y a lieu de noter que, lors du décès du bénéficiaire de la fiducie pour soi, la fiducie ne pourra pas bénéficier du crédit pour les impôts étrangers payés par le bénéficiaire aux États-Unis selon les termes de l'article 29(6) de la Convention.

Afin que le bénéficiaire de la fiducie puisse profiter de l'article 29(6) de la Convention, nous suggérons la possibilité de faire correspondre la fiducie révocable entre vifs de la Floride à une simple fiducie.

7.3. SIMPLE FIDUCIE

Aux fins de l'impôt sur le revenu, le transfert d'un bien à une simple fiducie est ignoré. Le cédant, de son vivant, sera donc considéré comme étant le propriétaire des biens au sens de la loi. Pour qu'un transfert soit

ignoré, le fiduciaire n'aura pas de responsabilités ni de pouvoirs importants. De plus, il ne pourra agir que selon les instructions du constituant. La seule fonction du fiduciaire est de détenir le titre légal du bien et le constituant est le seul bénéficiaire et peut demander en tout temps que les biens lui soient retournés. La fiducie sera alors considérée comme agissant en qualité de mandataire de tous les bénéficiaires de celle-ci (selon le paragraphe 104(1) L.I.R.).

En conséquence de l'application du paragraphe 104(1) L.I.R., les biens détenus par une simple fiducie sont réputés avoir fait l'objet d'une disposition immédiatement avant le décès du bénéficiaire en vertu de la disposition applicable au particulier, soit le paragraphe 70(5) L.I.R. Toute perte ou tout gain réalisés seront alors imposables entre les mains du bénéficiaire de la fiducie.

Par conséquent, si les biens sont transférés à une simple fiducie, les conséquences ne seront pas les mêmes que pour une fiducie en faveur de soi-même ou pour une fiducie pour soi. Le résultat sera le suivant :

- pas de disposition au transfert des biens à la fiducie;
- le contribuable est réputé être le propriétaire et, au décès du particulier, les biens de la fiducie sont imposés entre les mains du bénéficiaire;
- l'article 29(6) de la Convention trouve application et le bénéficiaire peut alors réclamer les crédits pour impôt étranger.

CONCLUSION

Comme il a été démontré dans le présent texte, de nombreux pièges fiscaux guettent les professionnels non avertis qui ne prennent pas en considération les aspects transfrontaliers des fiducies révocables entre vifs.

Plus particulièrement lorsqu'un client consulte un avocat américain pour la préparation d'une fiducie révocable en vue de détenir un bien situé aux États-Unis, il sera très important que la fiducie soit rédigée de façon à être conforme aux lois fiscales canadiennes, sinon les conséquences fiscales canadiennes pourraient être néfastes pour le client.

Dans plusieurs cas, ni l'avocat local ni le client ne seront au courant des pièges potentiels, d'où l'importance de consulter des professionnels compétents en matière de fiscalité transfrontalière.

Finalement, nous croyons que tout client qui détient déjà des biens par l'entremise d'une fiducie révocable entre vifs devrait faire analyser son document et, le cas échéant, effectuer les modifications appropriées afin d'éviter les conséquences dommageables décrites dans ce texte.

ÉTATS-UNIS : ACTUALITÉS

Denis Rousseau
CPA, D. Fisc.
Ernst & Young s.r.l./s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

1. L'AFFAIRE *SWALLOWS HOLDING LTD. V. COMMISSIONER OF INTERNAL REVENUE* 14:3

1.1. RÈGLES GÉNÉRALES POUR DÉDUIRE UNE DÉPENSE AUX ÉTATS-UNIS PAR UNE SOCIÉTÉ ÉTRANGÈRE 14:4
1.2. L'AFFAIRE *SWALLOWS HOLDING LTD.* – LES FAITS 14:4
1.3. LE LITIGE OPPOSANT LE PÉTITIONNAIRE AU DÉFENDEUR 14:5
1.4. LA DÉCISION DE LA COUR D'IMPÔT DES ÉTATS-UNIS 14:5
1.5. INCIDENCE DE LA DÉCISION POUR L'INTERNAL REVENUE SERVICE 14:6
1.6. RAISONS POUR UNE SOCIÉTÉ ÉTRANGÈRE DE PRODUIRE UNE DÉCLARATION DE REVENUS 1120-F 14:6

2. LIMITATION SPÉCIALE DE L'ARTICLE 382 I.R.C. SUR LES PERTES FISCALES À REPORTER 14:7

2.1. RÈGLES RELATIVES AU CHANGEMENT DE CONTRÔLE 14:7
2.1.1. Définitions 14:8
2.2. DÉTERMINATION DE LA RESTRICTION PRÉVUE À L'ARTICLE 382 I.R.C. 14:10
2.2.1. Limitation 382 – Généralités 14:10
2.2.2. Incidence de la limitation 382 lors d'un changement de contrôle durant l'année 14:11
2.3. MESURES ANTIÉVITEMENT AYANT UNE INCIDENCE SUR LA LIMITATION 382 ..... 14:12
2.4. GAIN LATENT (PERTE LATENTE) SUR ÉLÉMENTS D'ACTIF 14:15
2.5. CHANGEMENTS DE CONTRÔLE SUCCESSIFS 14:16
2.6. RÈGLES S'APPLIQUANT AUX GROUPES CONSOLIDÉS 14:16
2.6.1. Règles SRLY 14:16
2.6.2. Règle de chevauchement des règles SRLY et de changement de contrôle en vertu de l'article 382 I.R.C 14:17
2.7. DOCUMENTATION REQUISE EN VERTU DE L'ARTICLE 382 I.R.C. 14:18

3. DÉTENTION D'UN IMMEUBLE AUX ÉTATS-UNIS PAR UNE SOCIÉTÉ CANADIENNE 14:18

3.1. *FOREIGN INVESTMENT IN REAL PROPERTY TAX ACT* 14:18
3.2. SURVOL DE L'ARTICLE 897 I.R.C. 14:19
3.3. INTÉRÊT DANS UN BIEN IMMEUBLE AUX ÉTATS-UNIS 14:19
3.4. STATUT DE SOCIÉTÉ « DOMESTIQUE » DÉTENANT DES BIENS IMMEUBLES AUX ÉTATS-UNIS 14:20
3.5. DISPOSITION D'UN INTÉRÊT DANS UN BIEN IMMEUBLE AUX ÉTATS-UNIS 14:22
3.6. RETENUE D'IMPÔT À LA SOURCE – ARTICLE 1445 I.R.C. 14:22
3.7. LES CERTIFICATS D'EXEMPTION DE RETENUE À LA SOURCE 14:23
3.8. LE CHOIX FISCAL EN VERTU DU PARAGRAPHE 897(I) I.R.C. 14:24

1. L'AFFAIRE *SWALLOWS HOLDING LTD. V. COMMISSIONER OF INTERNAL REVENUE*[1]

L'article 882(c) de l'*Internal Revenue Code*[2] requiert qu'une société étrangère produise une déclaration de revenus en bonne et due forme et de la manière prescrite en vertu des règlements afin que cette société étrangère puisse bénéficier de ses dépenses et crédits aux États-Unis. Les règlements 1.882-4(a)(2) et 1.882-4(a)(3)(i) prévoient qu'une société étrangère produise sa déclaration de revenus en utilisant le Formulaire prescrit 1120-F, *US Income Tax Return of a Foreign Corporation*, dans les 18 mois suivant la date prescrite pour la production de la déclaration de revenus afin de préserver son droit de déduire ses dépenses. Les sociétés étrangères ont par ailleurs remis en question la validité de la période de production de 18 mois dans le cas où le pays de résidence de la société étrangère a signé une convention fiscale avec les États-Unis et que cette convention permet la déduction des dépenses liées aux opérations dans l'autre pays.

Le 26 janvier 2006, la Cour d'impôt des États-Unis a rendu un jugement dans la cause *Swallows Holding Ltd*. (ci-après « pétitionnaire ») contre *Commissioner of Internal Revenue* (ci-après « défendeur ») selon lequel le délai de production de 18 mois est sans fondement et, par conséquent, invalide. Cette décision n'élimine pas l'obligation pour une société étrangère de produire une déclaration de revenus afin de pouvoir déduire ses dépenses et frais contre son revenu américain, mais elle élimine le délai de production de 18 mois prescrit.

Observations

Si la déclaration de revenus n'est pas produite dans les délais prescrits et qu'elle présente une charge d'impôts non payée par la société étrangère dans les délais prescrits, des intérêts et pénalités, basés sur le montant d'impôt impayé par la société étrangère, peuvent toutefois s'appliquer.

---

1 126 T.C. 96 (ci-après « *Swallows Holding Ltd*. »). En ligne : http://www.ustaxcourt.gov/InOpHistoric /SwallowsHolding.TC.WPD.pdf.

2 Tous les articles de loi et règlements cités dans le présent texte font référence à l'*Internal Revenue Code of 1986* et mod. (ci-après « I.R.C. ») et à ses règlements sous-jacents.

1.1. RÈGLES GÉNÉRALES POUR DÉDUIRE UNE DÉPENSE AUX ÉTATS-UNIS PAR UNE SOCIÉTÉ ÉTRANGÈRE

Une société étrangère peut normalement déduire les dépenses qui sont liées ou allouées au revenu attribuable à une entreprise exploitée activement aux États-Unis[3]. Cependant, les dépenses attribuables aux opérations de placement, réalisées dans le but d'en tirer un profit et non liées à une entreprise exploitée activement aux États-Unis, ne peuvent être appliquées en réduction du revenu de placement aux États-Unis.

Exemple

Une société étrangère achète des terrains aux États-Unis pour 1 M$ US[4] à titre d'investissement. Les terrains sont vendus trois ans plus tard pour la somme de 1,3 M$. Les impôts fonciers, les intérêts sur hypothèque des terrains et autres charges représentent 350 000 $ pour ces trois ans. Les dépenses de 350 000 $ engagées par la société étrangère ne seront pas déductibles du profit provenant de la transaction. Ainsi, bien que la société étrangère subisse une perte financière de 50 000 $ (1 300 000 $ - 1 350 000 $), le gain en capital imposable sera de 300 000 $ (1 300 000 $ - 1 000 000 $) sur la vente des terrains.

Afin d'éviter ce résultat, l'article 882(d) I.R.C. permet à une société étrangère de faire un choix fiscal de façon à traiter les revenus de biens immobiliers comme des revenus provenant d'une entreprise exploitée activement aux États-Unis.

1.2. L'AFFAIRE *SWALLOWS HOLDING LTD.* – LES FAITS

Voici un résumé des faits concernant le jugement rendu le 26 janvier 2006 dans le litige opposant le pétitionnaire et le défendeur. Pour de plus amples informations sur les faits, le litige ou le jugement, nous invitons le lecteur à consulter le texte juridique de l'affaire *Swallows Holding Ltd.*[5]

T est une société de la Barbade dont la fin d'exercice est le 31 mai. T a été incorporée en 1991 par un citoyen et résident du Mexique et a reçu 160 acres de terre non développée à San Diego, en Californie. Durant les

---

3 I.R.C. § 882(c)(1).

4 Tous les montants sont en dollars américains, à moins qu'il ne soit précisé autrement.

5 Précité, note 1.

années 1994, 1995 et 1996, T a gagné un revenu de loyer pour la location de 10 acres de terrain et leur utilisation par des écoles de parachutistes. T a également reçu une somme pour une option d'achat de certains de ses terrains. Durant cette même période, T a engagé des frais au titre des taxes municipales du comté de San Diego, des taxes sur le capital de l'État de Californie et certains autres frais. Les dépenses de T excédaient le revenu de loyer de chacun des exercices. Le 14 septembre 1992, le pétitionnaire a produit une déclaration de revenus fédérale en utilisant le Formulaire 1120-F, *US Corporation Income Tax Return of a Foreign Corporation*. Le formulaire a été envoyé au centre de l'*Internal Revenue Service* (ci-après « IRS ») de Philadelphie, en Pennsylvanie, pour l'exercice initial du 27 juin 1991 au 31 mai 1992. La déclaration de revenus a été préparée par le conseiller fiscal et expert-comptable du pétitionnaire en Californie. La déclaration de revenus initiale du pétitionnaire ne présentait aucun revenu ni aucune dépense lié à une entreprise exploitée activement aux États-Unis. Les déclarations de revenus de T pour les années 1993 à 1996 ont été préparées par l'expert-comptable et produites le 23 juillet 1999 auprès du centre de l'IRS de Philadelphie et présentaient une perte d'exploitation pour chacun des exercices visés par une déclaration.

1.3. LE LITIGE OPPOSANT LE PÉTITIONNAIRE AU DÉFENDEUR

Le 31 janvier 2002, l'IRS a refusé les dépenses et frais réclamés par T en se basant sur le fait qu'une société étrangère ne peut déduire ses dépenses et frais opérationnels seulement si la société étrangère produit une déclaration fiscale de la manière et dans les délais prescrits par les règlements 1.882-4(a)(2) et 1.882-4(a)(3)(i). Or, T n'avait pas respecté le délai de 18 mois suivant la date de production prescrite dans les règlements.

1.4. LA DÉCISION DE LA COUR D'IMPÔT DES ÉTATS-UNIS

La Cour d'impôt américaine a rendu sa décision le 26 janvier 2006, selon laquelle la position du défendeur qui retirait le pouvoir au pétitionnaire de déduire ses dépenses et frais en raison du fait que le pétitionnaire n'avait pas produit ses déclarations de revenus dans les délais prescrits, en vertu de l'article 882(c)(2) I.R.C. et de ses règlements, était sans fondement et invalide. Le pétitionnaire a donc pu déduire les dépenses ordinaires et les frais nécessaires qu'il a engagés pour les années 1993 à 1996 de son revenu de loyer gagné aux États-Unis.

1.5. INCIDENCE DE LA DÉCISION POUR L'INTERNAL REVENUE SERVICE

Il est difficile de prévoir les effets de cette décision sur la position de l'IRS à l'égard des sociétés étrangères qui ont des opérations commerciales aux États-Unis et qui ne produisent pas une déclaration de revenus. Récemment, l'IRS a instauré un programme pour réviser environ 1 000 déclarations de revenus produites par des sociétés étrangères avec le Formulaire 1120-F et prévoit faire une vérification fiscale complète de 100 d'entre elles. L'objectif de ce programme est de trouver des moyens d'examiner et de déterminer les positions fiscales non reportées sur le revenu de source américaine gagné par les sociétés étrangères. Une autre option pour l'IRS serait de modifier la législation afin que les délais de production soient dans les statuts de l'*Internal Revenue Code* plutôt que dans ses règlements, ce qui leur donnerait un pouvoir juridique supérieur.

1.6. RAISONS POUR UNE SOCIÉTÉ ÉTRANGÈRE DE PRODUIRE UNE DÉCLARATION DE REVENUS 1120-F

Une société étrangère qui n'a pas (ou qui estime qu'elle n'a pas) de revenu assujetti à l'impôt sur le revenu américain peut tout de même produire une déclaration de revenus américaine pour les raisons suivantes :

- sous réserve de certaines restrictions, une société étrangère qui réclame une position en vertu de la convention fiscale ou un taux de déduction à la source réduit en vertu de cette convention doit généralement produire les Formulaires 1120-F et 8833, *Treaty-Based Return Position Disclosure*, pour faire valoir sa position fiscale à l'IRS;

- la production de la déclaration de revenus complète déclenche la période de prescription que l'IRS a pour vérifier la position fiscale de la société étrangère. Une fois la période de cotisation dépassée, l'IRS ne pourra plus contester la position fiscale ou vérifier la déclaration de revenus produite par la société étrangère;

- si la société étrangère a été assujettie à une retenue à la source américaine supérieure à ce qui est normalement prévu en vertu des lois fiscales nationales ou à celle prévue en vertu de la convention fiscale, la société étrangère peut demander le remboursement à l'IRS en produisant la Déclaration de revenus 1120-F;

- la société étrangère peut produire une Déclaration de revenus 1120-F par mesure de précaution afin de préserver la possibilité de déduire ses frais et dépenses dans le cas où l'IRS est en désaccord avec la position fiscale

de la société étrangère indiquant qu'elle n'a pas gagné du revenu assujetti à l'impôt des sociétés américaines.

2. LIMITATION SPÉCIALE DE L'ARTICLE 382 I.R.C. SUR LES PERTES FISCALES À REPORTER

2.1. RÈGLES RELATIVES AU CHANGEMENT DE CONTRÔLE

Un changement de contrôle d'une société américaine enclenche une restriction annuelle en vertu de l'article 382 I.R.C. à l'égard de l'utilisation future de ses pertes fiscales d'exploitation, de ses pertes en capital, de ses pertes latentes, ainsi que de certains autres attributs fiscaux. Le revenu imposable[6] des exercices suivant l'acquisition de contrôle ne peut être diminué des pertes fiscales accumulées avant l'acquisition de contrôle, jusqu'à concurrence de la restriction définie à l'article 382 I.R.C.[7] L'article 382 I.R.C. prévient ainsi le trafic d'acquisition des sociétés américaines pour leurs pertes fiscales.

La limitation de l'utilisation des pertes fiscales et autres attributs fiscaux en vertu de l'article 382 I.R.C. s'applique seulement s'il y a eu un changement de contrôle de la société américaine ayant des pertes fiscales ou des pertes latentes sur ses éléments d'actif. De façon générale, un changement de contrôle survient lorsqu'il y a une augmentation de plus de 50 points de pourcentage des actionnaires détenant 5 % ou plus des actions (ci-après « actionnaires de 5 % »), pendant une période de trois ans. Le changement de contrôle est calculé en déterminant, d'abord, le pourcentage d'augmentation en pourcentage de détention des actions possédées par chaque actionnaire de 5 % par rapport au pourcentage le plus bas des actions possédées par cet actionnaire durant la période en question. La détermination du changement de contrôle se fait au cours d'une période de trois ans se terminant à la date du changement de contrôle. Toutes les augmentations dans le pourcentage des actions possédées par les actionnaires de 5 % sont alors prises en considération afin de déterminer si ce pourcentage totalise plus de 50 %. Le pourcentage de détention est déterminé en comparant la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») des actions possédées par les actionnaires de 5 % avec la JVM totale de toutes les actions de la société à perte à la date de la détermination du changement de contrôle de la société. L'augmentation dans la détention des actions est mesurée en référence au

6 I.R.C. § 382(k)(4).

7 I.R.C. § 382(a).

pourcentage le plus bas des actions possédées par actionnaire de 5 % à tout moment durant la période de trois ans. Par exemple, si un actionnaire de 5 % vend toutes ses actions de la société et que, plus tard, il les acquiert de nouveau, en tout ou en partie, dans la période de trois ans, l'augmentation en pourcentage de cet actionnaire équivaudra à son pourcentage de détention dans la société lors de la détermination du changement de contrôle. En général, l'augmentation du pourcentage de détention des actionnaires de 5 % sera calculée selon la formule suivante :

% d'augmentation	=	(% au moment de la détermination du changement de contrôle	-	% de détention le plus bas au cours des trois dernières années)

2.1.1. Définitions

2.1.1.1. Société à perte

Une société à perte est généralement définie comme étant une société ayant des pertes fiscales d'exploitation, des pertes en capital à reporter, des pertes latentes sur ses éléments d'actif, des crédits d'impôt à reporter, des crédits d'impôt à reporter aux fins de l'impôt minimum, ou des crédits d'impôt étranger à reporter[8].

2.1.1.2. Changement de contrôle

En général, un changement de contrôle survient lorsque le pourcentage de détention des actions d'une société par des actionnaires de 5 % augmente de 50 % ou plus durant une période de trois ans. Les augmentations sont mesurées en comparant le pourcentage de détention d'un actionnaire de 5 % immédiatement après certaines transactions avec le plus bas pourcentage de détention de cet actionnaire durant la période de trois ans[9]. Un changement de contrôle pourra aussi avoir lieu lors d'un changement du capital-actions de la société à perte au moment d'une réorganisation imposable ou non[10].

---

8 I.R.C. § 382(k)(1) et Treas. Reg. 1.382-2(a)(1).

9 I.R.C. § 382(g)(1).

10 I.R.C. § 382(g)(3).

2.1.1.3. Pourcentage de détention

Le pourcentage de détention dans une société pour un actionnaire est déterminé selon la JVM de ses actions, détenues directement ou indirectement, par cet actionnaire relativement à la JVM de l'ensemble des actions de la société à perte[11]. En règle générale, toutes les actions sont considérées dans la détermination d'un changement de contrôle, à l'exception de certaines actions privilégiées sans droit de vote, sans participation, qui ne peuvent être converties en actions ordinaires ou qui sont limitées à leur valeur fixe lors d'une liquidation ou d'un rachat d'action[12].

2.1.1.4. Actionnaire de 5 %

Un actionnaire de 5 % est défini comme une personne possédant, directement ou indirectement, au moins 5 % des actions de la société à perte à n'importe quel moment durant la période de trois ans[13]. Généralement, la détention directe ou indirecte d'un intérêt dans une société à perte doit être ajoutée afin de déterminer si l'actionnaire ultime détient 5 % ou plus de la société à perte.

2.1.1.5. Actionnaires de moins de 5 %

En général, tous les actionnaires détenant moins de 5 % de la société à perte doivent être traités comme un seul actionnaire de 5 % de la société à perte[14].

Exemple

USCO est une société à perte détenue par les actionnaires suivants : X possède 80 actions, Y possède 10 actions et A, B, C, D et E possèdent 2 actions chacun. Puisque A, B, C, D et E détiennent moins de 5 % des actions chacun, leurs actions sont regroupées et sont traitées comme 10 actions d'un actionnaire de 5 %, ce qui représente 10 % des actions d'USCO. Les actionnaires de 5 % d'USCO seront donc : X, Y et groupe Z (regroupant A, B, C, D et E).

---

11 I.R.C. § 382(g)(1).

12 I.R.C. § 382(k)(6)(C).

13 I.R.C. § 382(k)(7).

14 I.R.C. § 382(g)(4)(A).

Quant aux sociétés publiques, les transactions journalières des actionnaires possédant moins de 5 % ne devraient pas créer de changement de contrôle en vertu de l'article 382 I.R.C. Les transactions d'actionnaires de moins de 5 % sont regroupées comme étant celles d'un seul actionnaire de 5 %. Donc, le pourcentage de l'actionnaire « public » de 5 % ne changera pas. Cependant, on tiendra compte des ventes d'actions d'un actionnaire de 5 % à un actionnaire de moins de 5 % ou l'inverse, d'un actionnaire de moins de 5 % à un actionnaire de 5 %.

2.1.1.6. Période de trois ans

La période pour déterminer si un changement de contrôle a eu lieu est de trois ans. La période de trois ans prend fin à la date où il y a eu un changement du point de vue des actionnaires de 5 %[15]. La période de trois ans peut cependant, dans certaines circonstances, être de moins de trois ans si, par exemple, la société à perte a été incorporée il y a moins de trois ans ou s'il y a déjà eu un changement à l'intérieur des trois années[16].

2.1.1.7. Options

Les droits relatifs aux options accordées par la société à perte à des personnes seront présumés avoir été exercés si l'exercice du droit de ces options occasionne un changement de contrôle pour la société à perte.

2.2. DÉTERMINATION DE LA RESTRICTION PRÉVUE À L'ARTICLE 382 I.R.C.

2.2.1. Limitation 382 – Généralités

Lorsque la restriction prévue à l'article 382 I.R.C. est exécutée, la restriction (ci-après « limitation 382 ») s'applique et limite l'utilisation future des pertes fiscales encourues avant l'acquisition de contrôle du revenu imposable de la société générée après l'acquisition de contrôle. La limitation 382 est égale à la JVM de la société ayant des pertes fiscales immédiatement avant le changement de contrôle, multipliée par le « taux d'intérêt exonéré d'impôt à long terme »[17]. Le taux d'intérêt exonéré d'impôt à long terme

---

15 I.R.C. § 382(i)(1).

16 I.R.C. § 382(i)(2).

17 I.R.C. § 382(b)(i).

correspond au taux publié mensuellement par l'IRS et qui est le plus élevé au cours des trois mois précédant le changement de contrôle[18].

La limitation 382 projette le rapprochement lié au retour de capital qu'un investisseur aurait pu obtenir s'il avait investi ses fonds dans des titres à long terme exonéré d'impôt au lieu d'acquérir les actions d'une société ayant des pertes fiscales. Le taux d'intérêt exonéré d'impôt a été apparemment choisi dans le but d'éviter une surévaluation de la valeur réelle de la société à perte compte tenu de l'avantage d'impôt prévu de l'utilisation future des pertes fiscales.

Dans la mesure où la limitation 382 excède le revenu imposable de la société à perte au cours d'un exercice quelconque suivant le changement de contrôle, la limitation 382 déterminée pour l'exercice suivant l'exercice en question sera augmentée des montants inutilisés au titre de la limitation 382[19].

2.2.2. Incidence de la limitation 382 lors d'un changement de contrôle durant l'année

À moins que le changement de contrôle n'arrive le dernier jour de l'année fiscale de la société à perte, la limitation 382 pour l'année du changement de contrôle sera assujettie à certaines règles spéciales. D'abord, la limitation 382 de la première année sera réduite proportionnellement au nombre de jours dans cette première année. Le rajustement de la limitation 382 est représenté par une fraction. Le numérateur de la fraction sera le nombre de jours de l'année fiscale écourtée et le dénominateur de la fraction sera 365[20]. Puis, si la société est à profit ou à perte dans l'année du changement de contrôle, les règles suivantes s'appliqueront :

i) Si la société est à profit durant l'année, il est permis de porter les pertes fiscales antérieures en diminution du profit de la société avant le changement de contrôle, et ce, sans aucune limite[21]. En général, le revenu imposable d'une société est calculé au prorata du nombre de jours. Cependant, la règle du nombre de jours ne s'appliquera pas sur certains gains latents ou pertes latentes relativement à des éléments

18 I.R.C. §§ 382(b)(1) et 382(f).

19 I.R.C. § 382(b)(2).

20 Treas. Reg. 1.382-5(c).

21 I.R.C. § 382(b)(3)(A).

d'actif qui seront réalisés durant l'année. Le profit de la société après le changement de contrôle pourra être compensé par la perte fiscale jusqu'à concurrence de la limitation 382 et réparti proportionnellement selon le nombre de jours dans l'année suivant l'acquisition de contrôle[22].

ii) Si un changement de contrôle survient et que la société présente une perte fiscale pour l'année en cours, seule la perte attribuable à la période avant le changement de contrôle sera assujettie à la limitation 382. Les pertes encourues par la société après le changement de contrôle ne feront l'objet d'aucune limitation, à moins qu'il n'y ait un second changement de contrôle dans l'avenir.

2.3. MESURES ANTIÉVITEMENT AYANT UNE INCIDENCE SUR LA LIMITATION 382

Plusieurs mesures antiévitement peuvent avoir une incidence sur la limitation 382. Les principales mesures antiévitement sont les suivantes : a) la continuité des opérations commerciales de la société à perte, b) les règles anti-capitalisation, c) les règles de rachat d'actions, d) les règles visant les éléments d'actif non liés aux opérations commerciales, et e) l'article 269 I.R.C. lors d'une acquisition de contrôle visant à éviter l'impôt fédéral sur le revenu.

a) La continuité des opérations commerciales

Si une société à perte ne poursuit pas ses activités commerciales à tout moment durant une période de deux ans suivant le changement de contrôle, la limitation 382 est ramenée à zéro de façon rétroactive à la date de changement de contrôle[23]. Afin d'éviter la limitation 382 de zéro, la société à perte doit :

i) poursuivre une activité commerciale significative de la société à perte avant le changement de contrôle, ou

ii) utiliser les éléments d'actif ou une portion des éléments d'actif historiques de la société à perte de façon significative.

---

22 I.R.C. § 382(b)(3)(B).

23 I.R.C. § 382(c)(1).

b) Les règles anti-capitalisation

Les règles anti-capitalisation prévoient que toute contribution en capital faite à la société à perte et dont la raison principale est d'augmenter la valeur de la société à perte et, ainsi, d'éviter ou d'augmenter la limitation 382 sera ignorée. Avec certaines exceptions précisées dans les règlements, toute contribution en capital à l'intérieur des deux années précédant le changement de contrôle sera présumée avoir été faite pour augmenter la valeur de la société à perte[24]. Généralement, les seules exceptions permises seront les suivantes :

i) les contributions en capital faites lors de la constitution de la société;

ii) les contributions en capital faites avant que la société encoure des pertes; et

iii) les contributions en capital faites aux fins des opérations régulières de la société.

c) Les règles de rachat d'actions

Si un rachat d'actions ou une restructuration du capital de la société arrive au même moment que le changement de contrôle, la valeur de la société à perte doit être déterminée après considération du rachat d'actions ou de la restructuration du capital de la société à perte.

Exemple

La valeur d'une société à perte, détenue par un seul particulier, A, est de 1 M$. La fin d'exercice de cette société est le 31 décembre et la société a des pertes fiscales accumulées de 500 000 $. Le 31 décembre 2005, A vend 51 % de ses actions à une personne non liée, B, pour 510 000 $ dans une transaction qui constitue un changement de contrôle. Par la suite, la société à perte procède au rachat des actions restantes détenues par A. Le taux d'intérêt exonéré d'impôt à long terme le plus élevé d'octobre à décembre 2005 est de 6 %.

Résultat : La limitation 382 sera de 30 600 $ [(1 000 000 $ - 490 000 $) × 6 %] et non 60 000 $ (1 000 000 $ × 6 %).

[24] I.R.C. § 382(l)(1).

d) Les règles visant les éléments d'actif non liés aux opérations commerciales

Si une société à perte possède des éléments d'actif significatifs non liés à ses opérations commerciales lors d'un changement de contrôle, la valeur de la société à perte sera réduite du montant de la valeur des éléments d'actif non utilisés dans ses opérations commerciales, déduction faite des dettes liées à ses éléments d'actif. En règle générale, tout élément d'actif détenu comme investissement est présumé être un élément d'actif non lié aux opérations commerciales de la société à perte. Les éléments d'actif non liés aux opérations commerciales seront considérés comme significatifs si leur valeur excède le tiers de la valeur des éléments d'actif totaux de la société à perte[25].

Cependant, une règle d'exception s'applique dans le cas où la société à perte possède un investissement dans une autre société ou filiale. La société à perte sera présumée détenir la proportion équivalant à son pourcentage de détention dans les éléments d'actif de la société ou de la filiale[26].

e) L'article 269 I.R.C. – Acquisition faite pour éviter l'impôt fédéral sur le revenu

En général, l'article 269 I.R.C. est l'article « antiévitement » qui s'applique à toute transaction d'acquisition de société ayant pour but principal d'éviter l'impôt fédéral sur le revenu. La portée de l'article 269 I.R.C. est suffisamment large pour s'appliquer à toute acquisition de sociétés bien que la transaction ait une substance d'ordre économique entre le vendeur et l'acheteur. Bref, si une personne acquiert, directement ou indirectement, une société et que la principale raison de l'acquisition est l'évitement de l'impôt fédéral sur le revenu en sécurisant les attributs fiscaux, crédits, déductions ou autres que la société acquise n'aurait normalement pas pu utiliser, le secrétaire peut refuser les attributs fiscaux, crédits, déductions ou autres à la société ou à son actionnaire.

---

25 I.R.C. § 382(l)(A).

26 I.R.C. § 382(l)(4)(E).

2.4. GAIN LATENT (PERTE LATENTE) SUR ÉLÉMENTS D'ACTIF

L'article 382 I.R.C. prévoit des règles concernant des éléments d'actif ayant des gains latents (pertes latentes) à la date du changement de contrôle de la société.

Ces règles prévoient que les gains latents ou les pertes latentes seront assujettis à la limitation 382 s'ils ou elles sont réalisés durant les cinq années civiles suivant le changement de contrôle. Cependant, ces règles ne s'appliqueront que si le montant des gains latents ou des pertes latentes est important et qu'il représente un montant plus élevé que le montant déterminé comme suit :

– le moindre de :

  i) 15 % de la JVM des éléments d'actif, ou

  ii) 10 M$[27].

Si une société à perte avait une perte latente sur un élément d'actif lors de son changement de contrôle et que la perte se réalise durant la période de cinq ans, la limitation 382 s'appliquera sur la portion de la perte latente en date du changement de contrôle[28].

Inversement, si la société à perte avait un gain latent sur un élément d'actif, la limitation 382 sera augmentée si le gain latent devient réalisé durant une période de cinq ans suivant le changement de contrôle[29]. L'augmentation de la limitation 382 sera déterminée selon la formule suivante :

i) gain net réalisé lors de la vente de l'élément d'actif, réduit par

ii) la portion du gain réalisé après la date du changement de contrôle[30].

---

27 I.R.C. § 382(h)(3)(B).

28 I.R.C. § 382(h)(1)(B).

29 I.R.C. § 382(h)(1)(A).

30 I.R.C. § 382(h)(1).

2.5. CHANGEMENTS DE CONTRÔLE SUCCESSIFS

Les règlements en vertu de l'article 382 I.R.C. prévoient que les pertes fiscales lors d'un premier changement de contrôle seront assujetties à nouveau à la limitation 382 advenant un second changement de contrôle. Si la limitation 382 déterminée lors du premier changement de contrôle est inférieure à la seconde limitation 382 déterminée par suite du deuxième changement de contrôle, la première limitation s'appliquera toujours sur les pertes encourues avant le premier changement de contrôle. Cependant, si la deuxième limitation 382 est inférieure à la première limitation 382 déterminée lors du premier changement de contrôle, la deuxième limitation 382 s'appliquera sur l'ensemble des pertes fiscales, incluant celles encourues avant le premier changement de contrôle[31].

2.6. RÈGLES S'APPLIQUANT AUX GROUPES CONSOLIDÉS

2.6.1. Règles SRLY

Les règles s'appliquant à la limitation des pertes fiscales en vertu de l'article 382 I.R.C. dans un contexte de groupe consolidé sont nombreuses et complexes. De plus, d'autres règles limitant les pertes fiscales peuvent s'appliquer uniquement à un groupe de sociétés produisant une déclaration consolidée. Ces règles sont communément appelées pertes SRLY (*Separate Return Limitation Year*). Une perte SRLY est une perte encourue par un membre d'un groupe consolidé au cours d'un exercice où la société a produit une déclaration de revenus distincte du groupe consolidé ou a été incluse dans une déclaration consolidée d'un autre groupe de filiales. Une filiale qui fait partie d'un groupe consolidé peut employer une perte SRLY seulement en réduction de son revenu imposable et non en réduction du revenu imposable d'un ou d'autres membres du groupe consolidé.

Exemple

Une société A, ayant une fin d'exercice au 31 décembre, acquiert une société non liée B, ayant des pertes fiscales, le 1er janvier 2004. A et B font un choix pour produire une déclaration de revenus consolidée pour l'exercice 2004. B présente une perte SRLY de 1 M$. En 2004, B a un revenu imposable de 500 000 $ et A, une perte fiscale égale à 500 000 $. Puisque le revenu imposable consolidé est de zéro, aucune perte SRLY n'a été utilisée en 2004. En 2005, A et B ont un revenu imposable consolidé égal à 1,5 M$,

[31] Treas. Reg. 1.382-5(d).

dont 250 000 $ proviennent de B. Dans ces circonstances et sous réserve des règles de changement de contrôle en vertu de l'article 382 I.R.C., la perte SRLY de B peut être utilisée jusqu'à concurrence de 750 000 $ et pourra être appliquée en réduction du revenu imposable du groupe consolidé en 2005. La perte SRLY de 750 000 $ est permise et elle est basée sur la contribution cumulative de B au revenu imposable de A et B (500 000 $ en 2004 et 250 000 $ en 2005).

2.6.2. Règle de chevauchement des règles SRLY et de changement de contrôle en vertu de l'article 382 I.R.C.

Dans de nombreux cas, la date à laquelle une société devient membre d'un groupe consolidé, donc assujettie aux règles SRLY, est aussi la date où il y a un changement de contrôle de la société. Ainsi, les règles de limitation des pertes SRLY et la limitation 382 s'appliquent et se chevauchent. Les nouveaux règlements éliminent généralement l'application des règles SRLY lorsqu'une nouvelle filiale devient membre du groupe consolidé et que le nouveau membre a eu un changement de contrôle en vertu de l'article 382 I.R.C. dans les six mois où la filiale s'est jointe au groupe consolidé. Selon la règle de chevauchement, lorsqu'un changement de contrôle précède l'événement SRLY, les règles SRLY sont éliminées en date du changement de contrôle. De plus, les limites prévues dans les règles SRLY ne sont pas applicables sur les pertes encourues entre la date de changement de contrôle et la date à laquelle la nouvelle filiale s'est jointe au groupe consolidé.

L'exemple suivant illustre l'application de la règle de chevauchement dans les situations où un changement de contrôle précède un événement SRLY : une société mère, P, acquiert 100 % des actions d'une société cible, T, le 1er avril 2005. Puisque T a eu un changement de contrôle en vertu de l'article 382 I.R.C. au 1er avril 2005, et qu'elle devient un membre du groupe consolidé de l'acquéreur (P) à cette même date, les pertes encourues par T avant le 1er avril 2005 ne seraient pas assujetties aux règles SRLY. Ce résultat découle du fait qu'il y a eu un changement de contrôle en vertu de l'article 382 I.R.C. dans les six mois précédant l'événement SRLY.

Note : Les règles SRLY continueront de s'appliquer si un changement de contrôle en vertu de l'article 382 I.R.C. et un événement SRLY sont séparés par plus de six mois.

Cependant, quand un événement SRLY précède un changement de contrôle, l'élimination des limites prévues dans les règles SRLY est retardée jusqu'à la première année où il y a un changement de contrôle. Le but de

cette règle est de s'assurer qu'il y ait limitation à l'égard des pertes à tout moment.

L'exemple suivant illustre l'application de la règle de chevauchement dans la situation où un événement SRLY précède un changement de contrôle : une société, P, possède 45 % d'une société, T. Ces actions ont été acquises il y a plus de trois ans. Après un an, P acquiert 35 % des actions de T, et, après deux ans, P acquiert le reste des actions de T, soit 15 %. Dans ces circonstances, un événement SRLY se produit après la première année (lorsque P possède 80 % ou plus des actions de T) et un changement de contrôle se produit après la deuxième année (quand un changement de contrôle de 50 % s'est produit). Dans ce cas, les règles SRLY s'appliquent pour la première année et les règles de l'article 382 I.R.C. s'appliqueront à partir de la deuxième année.

2.7. DOCUMENTATION REQUISE EN VERTU DE L'ARTICLE 382 I.R.C.

Lorsqu'une société à perte connaît un changement en ce qui concerne ses actionnaires de 5 % durant l'exercice, la société à perte doit inclure dans sa déclaration de revenus annuelle certains renseignements faisant état du changement des actionnaires de 5 %. Cette information est requise même si le changement des actionnaires de 5 % est inférieur à 50 %. Essentiellement, l'information doit inclure, entre autres, le nom des actionnaires de 5 % au cours des trois exercices ainsi que leur pourcentage de détention à la date de détermination du changement de contrôle et leur pourcentage de détention le plus bas au cours des trois derniers exercices. De plus, l'information devra inclure le calcul de la limitation 382 s'il s'avère que la société à perte a connu un changement de contrôle durant l'exercice[32].

3. DÉTENTION D'UN IMMEUBLE AUX ÉTATS-UNIS PAR UNE SOCIÉTÉ CANADIENNE

3.1. *FOREIGN INVESTMENT IN REAL PROPERTY TAX ACT*

Les règles sous le *Foreign Investment in Real Property Tax Act* (ci-après « FIRPTA ») ont été établies en 1980 en vertu de l'article 897 I.R.C. Ces règles visent principalement à traiter la détention d'un intérêt dans un bien immeuble par un non-résident ou une société non résidente des États-Unis de façon similaire que si le bien immeuble était détenu par un résident américain ou par une société américaine.

---

[32] Treas. Reg. 1.382-2(a)(1).

3.2. SURVOL DE L'ARTICLE 897 I.R.C.

L'article 897 I.R.C. s'applique aux personnes non résidentes qui disposent d'un intérêt dans un bien immeuble situé aux États-Unis après le 18 juin 1980. En vertu de cet article, le gain résultant de la disposition d'un intérêt dans un bien immeuble aux États-Unis est traité comme un revenu attribuable à une entreprise exploitée activement aux États-Unis, donc imposable aux États-Unis[33].

Les règles FIRPTA visent aussi la disposition d'un intérêt dans une entité transparente dans la mesure où le gain est attribuable à un intérêt dans un bien immeuble situé aux États-Unis détenu par l'entité transparente[34]. Une entité transparente inclut généralement une société de personnes, une fiducie et une succession. Généralement, le revenu d'une entité transparente sera attribué à son associé ou à son bénéficiaire.

3.3. INTÉRÊT DANS UN BIEN IMMEUBLE AUX ÉTATS-UNIS

L'article 897(c) I.R.C. définit le terme « intérêt dans un bien immeuble aux États-Unis » de façon très large[35]. En outre, un intérêt dans un bien immeuble aux États-Unis inclut :

- un intérêt dans un bien immeuble situé aux États-Unis ou aux Îles Vierges;

- un intérêt dans une société américaine, à moins que le contribuable n'établisse que la société n'était pas une société détenant principalement des biens immeubles aux États-Unis ou aux Îles Vierges pour une période déterminée.

Un bien immeuble situé aux États-Unis inclut, entre autres, les biens suivants :

- un terrain et certains produits ou composantes naturels provenant du terrain;

---

33 I.R.C. § 897(a) et Treas. Reg. 1.864-4.

34 I.R.C. § 897(g).

35 Treas. Reg. 1.897-1(b).

- les améliorations locatives et les biens meubles associés à l'exploitation ou l'utilisation du bien immeuble;
- les forêts de droits de coupe;
- les champs agricoles;
- les mines;
- les sites de dépôt naturel avant extraction;
- les immeubles;
- les piscines;
- les clôtures;
- les panneaux publicitaires;
- les sites de pétrole et les pipelines;
- les câbles téléphoniques et de télévision installés de façon permanente;
- les options sur les biens immeubles; etc.

3.4. STATUT DE SOCIÉTÉ « DOMESTIQUE » DÉTENANT DES BIENS IMMEUBLES AUX ÉTATS-UNIS

Afin de déterminer si les règles FIRPTA s'appliquent lors de la disposition des actions d'une société domestique par une personne étrangère, nous devons déterminer si les actions de la société domestique seront traitées comme un intérêt dans un bien immeuble aux États-Unis. Si la société domestique est une société détenant, ou ayant détenu, principalement des biens immeubles situés aux États-Unis (ou si elle l'était pendant une période des cinq années qui ont précédé), ses actions seront traitées comme des intérêts dans un bien immeuble situé aux États-Unis.

Une société domestique sera une société détenant des biens immeubles aux États-Unis si le pourcentage de détention d'un intérêt dans un bien immeuble par la société domestique est de 50 % ou plus à n'importe quel moment à l'intérieur d'une période de cinq ans selon la formule suivante :

$$\text{\% de détention de bien immeubles} = \frac{\text{JVM des biens immeubles}}{\text{JVM des biens immeubles + JVM des autres éléments d'actif + JMV de biens étrangers}}$$

Note : La JVM d'un intérêt dans un bien immeuble est la JVM du bien immeuble moins ses hypothèques.

Si une société domestique possède des investissements dans une autre entité, elle sera considérée comme détenant une proportion égale des éléments d'actif qu'elle détient par le biais de cet investissement. Les entités sont généralement les suivantes :

- une société domestique;
- une société étrangère;
- une société de personnes;
- une fiducie; et
- une succession.

Cependant, si une société domestique possède des actions d'une société étrangère, les éléments d'actif de cette société étrangère seront considérés dans la détermination des règles FIRPTA seulement si les éléments d'actif de la société étrangère constituent au moins 50 % de biens immeubles situés aux États-Unis.

Afin d'éviter l'application des règles FIRPTA, une personne non résidente devra démontrer que les actions de la société domestique n'étaient pas des actions d'une société possédant un intérêt dans des biens immeubles situés aux États-Unis au moment de la disposition. Cette démonstration peut être faite par la personne non résidente de la façon suivante :

- L'obtention d'un certificat de la société indiquant que l'intérêt disposé n'est pas un intérêt dans un bien immeuble aux États-Unis à la date de production de la déclaration de revenus américaine de la société. Une copie signée doit être envoyé à l'IRS par la société, ou
- L'obtention d'une confirmation par l'IRS que l'intérêt ne constitue pas un intérêt dans un bien immeuble situé aux États-Unis. Cette confirmation peut être demandée si :

- la personne non résidente réclame une déclaration de la part de la société quant au statut de son intérêt au plus tard 90 jours avant la date limite, y compris les extensions, de production de sa déclaration de revenus, et;

- la société domestique manque à sa responsabilité de répondre à une telle demande dans les 30 jours suivant la réception de la demande[36].

3.5. DISPOSITION D'UN INTÉRÊT DANS UN BIEN IMMEUBLE AUX ÉTATS-UNIS

Les règlements en vertu de l'article 897 I.R.C. définissent le terme « disposition » dans un sens très large[37]. En effet, tout transfert est considéré comme une disposition aux fins de l'article 897 I.R.C. Cependant, certains transferts qui se qualifient comme des transferts non imposables en vertu des règles de roulement ou de réorganisation peuvent être exemptés de l'application des règles FIRPTA. Le terme « disposition » inclut généralement :

- une vente;
- un don;
- un échange d'un bien similaire;
- un changement dans une participation dans une société de personnes, une fiducie ou une succession;
- une réorganisation corporative, une fusion ou une liquidation;
- une conversion involontaire.

3.6. RETENUE D'IMPÔT À LA SOURCE – ARTICLE 1445 I.R.C.

Depuis le 1er janvier 1985, l'article 1445 I.R.C. impose une retenue à la source obligatoire lors de la disposition d'un intérêt dans un bien immeuble situé aux États-Unis. Lorsqu'un non-résident procède à la disposition d'un

36 Treas. Reg. 1.897-2(g).

37 Treas. Reg. 1.897-1(g).

bien immeuble aux États-Unis, l'acquéreur doit, en vertu de l'article 1445 I.R.C., retenir 10 % du montant réalisé par le non-résident lors de la disposition du bien immeuble. Cette retenue à la source sera un acompte contre les impôts payables par le vendeur du bien immeuble lors de la production de sa déclaration américaine afin de divulguer la transaction. L'acquéreur a généralement 20 jours à partir du jour de la transaction pour remettre les montants d'impôt à la source retenue lors de la transaction. Le vendeur recevra un remboursement d'impôt, si les impôts payables sur sa déclaration fiscale américaine sont inférieurs au montant des impôts retenus à la source en vertu de l'article 1445 I.R.C. À l'inverse, si les impôts payables sont supérieurs à l'acompte, le vendeur sera responsable d'un paiement d'impôt additionnel afin de couvrir la totalité des impôts payables au fisc américain.

De plus, l'article 1461 I.R.C. prévoit que l'acquéreur (américain ou étranger) achetant un intérêt dans un bien immeuble d'un non-résident étranger sera responsable des impôts impayés prévus à l'article 1445 I.R.C.

3.7. LES CERTIFICATS D'EXEMPTION DE RETENUE À LA SOURCE

L'article 1445 I.R.C. et ses règlements autorisent l'IRS à réduire ou à éliminer la retenue obligatoire en vertu de l'article 1445 I.R.C. si le contribuable demande un certificat d'exemption et que l'IRS délivre ce certificat au contribuable. La procédure pour la demande d'un certificat d'exemption est expliquée dans le document intitulé *Revenue Procedure 88-23*[38].

Le certificat d'exemption réduit seulement l'obligation de retenue à la source lors de la disposition d'un intérêt dans un bien immeuble situé aux États-Unis. Le contribuable a toujours l'obligation de produire une déclaration de revenus américaine afin de rapporter la transaction aux autorités fiscales américaines.

Si l'application pour le certificat d'exemption est soumise à l'IRS au plus tard à la date de disposition, aucun montant d'impôt en vertu de l'article 1445 I.R.C. n'a besoin d'être retenu immédiatement. Cependant, l'impôt deviendra redevable dans les 20 jours suivant la date où l'IRS a posté le certificat d'exemption ou si la demande du certificat d'exemption a été refusée.

---

38 *Revenue Procedure 88-23*, 1988-1 C.B. 787.

3.8. LE CHOIX FISCAL EN VERTU DU PARAGRAPHE 897(I) I.R.C.

Le paragraphe 897(i) I.R.C. permet à une société étrangère d'être imposée comme une société américaine pour les règles de l'application de l'article 897 I.R.C. Le choix fiscale s'applique uniquement aux règles FIRPTA et est disponible seulement si :

- la société étrangère détient un intérêt dans un bien immeuble situé aux États-Unis;

- la société se qualifie comme une société détenant principalement des biens immeubles aux États-Unis à la suite du choix fiscal;

- la société se qualifie sous la convention fiscale pour la clause non discriminatoire pour ses biens immeubles aux États-Unis;

- la société soumet le choix fiscal sur le formulaire prescrit par l'IRS.

À la suite du choix fiscal effectué en vertu du paragraphe 897(i) I.R.C., la société étrangère sera imposable aux États-Unis si elle procède à la vente de ses biens immeubles aux États-Unis. De plus, la disposition des actions d'une société étrangère ayant fait ce choix fiscal sera imposable aux États-Unis pour son actionnaire.

DÉVELOPPEMENTS RÉCENTS EN FISCALITÉ INTERNATIONALE : TIREZ AVANTAGE DES DIFFÉRENTES JURIDICTIONS

Serge Bilodeau
Associé, FCA
KPMG s.r.l./s.e.n.c.r.l.

Marc Desrosiers
Associé, CA
KPMG s.r.l./s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 15:3

1. STRUCTURES DE BASE ET DÉVELOPPEMENTS RÉCENTS 15:3

1.1. ISLANDE 15:3
1.2. HONGRIE 15:5
1.3. SUISSE 15:8
1.4. BELGIQUE 15:10

2. STRUCTURES À CONSIDÉRER 15:11

2.1. MINIMISATION DE LA RETENUE 15:11
2.2. RAPATRIEMENT D'UNE PERTE SUR LE CHANGE 15:14
2.3. FINANCEMENT PAR LA POLOGNE 15:17
2.4. FINANCEMENT PAR LA BELGIQUE 15:18

3. DÉVELOPPEMENTS JUDICIAIRES 15:19

3.1. L'AFFAIRE *MIL (INVESTMENTS) S.A.* C. *LA REINE* ET LA RÈGLE GÉNÉRALE ANTIÉVITEMENT 15:20

3.2. L'AFFAIRE *PRÉVOST CAR INC.* C. *LA REINE* ET LE CONCEPT DE BÉNÉFICIAIRE EFFECTIF 15:22

3.3. LA CAUSE *WOOD V. HOLDEN* ET LA RÉSIDENCE DES SOCIÉTÉS 15:25

CONCLUSION 15:26

INTRODUCTION*

Le présent texte comporte trois sections. La première examine les développements récents en fiscalité internationale à l'égard de quatre juridictions fréquemment utilisées par les sociétés canadiennes faisant affaire à l'étranger. La deuxième présente quatre structures internationales possibles qui pourraient être envisagées par les sociétés canadiennes à la suite de ces nouveaux développements. Enfin, la troisième section examine les récents développements judiciaires en matière d'abus de traité et de résidence des sociétés qui vont influer sur le choix et la nature des structures étrangères.

1. STRUCTURES DE BASE ET DÉVELOPPEMENTS RÉCENTS

La présente section présente les structures de base et les développements récents en fiscalité internationale dans quatre juridictions fréquemment utilisées par les sociétés canadiennes faisant affaire à l'étranger, soit l'Islande, la Hongrie, la Suisse et la Belgique.

1.1. ISLANDE

L'Islande est une juridiction utilisée par plusieurs sociétés canadiennes pour le financement de filiales américaines. Elle se distingue, notamment, par son inclusion dans l'espace économique européen ainsi que par son taux d'imposition des sociétés qui a récemment été réduit de 30 % à 18 %, pour devenir l'un des plus faibles des pays de l'Organisation de coopération et de développement économiques (ci-après « OCDE »)[1].

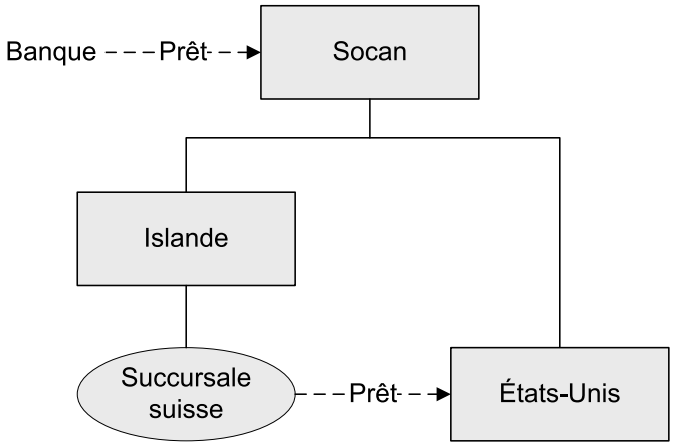
La structure de financement islandaise type est illustrée dans le diagramme suivant.

---

* Les auteurs tiennent à remercier Jakub Malczewski de sa précieuse collaboration à la rédaction du présent texte. Toute erreur ou omission relève de la responsabilité des auteurs.

1 Le taux de 18 % est en vigueur depuis le 1er janvier 2002.

Figure 1 : Financement par l'Islande



Dans cette structure, la société mère canadienne Socan emprunte des fonds qu'elle utilise pour capitaliser avec des capitaux propres une filiale islandaise incorporée en tant que société à responsabilité limitée. Cette dernière emploie les fonds pour consentir, par le biais d'une succursale établie en Suisse, un prêt portant intérêt à la filiale d'exploitation de Socan située aux États-Unis.

Grâce à cette structure, le groupe corporatif bénéficie de deux déductions d'intérêt, soit au niveau de la société mère canadienne et de la filiale américaine. Par ailleurs, l'impôt effectif payé à l'étranger demeure relativement faible. La convention fiscale entre l'Islande et les États-Unis ne prévoit aucune retenue américaine sur les intérêts versés des États-Unis en Islande. De plus, la convention fiscale entre l'Islande et la Suisse prévoit un régime d'exemption pour l'imposition des gains d'un établissement stable dans l'autre pays et fait en sorte que le revenu d'intérêt n'est assujetti en Suisse qu'à un taux effectif de 2 %, et en Islande qu'à un taux effectif de 0,18 % (correspondant à une allocation de 1 % du revenu au siège social islandais assujetti au taux d'imposition général des sociétés de 18 %). Enfin, une retenue de 5 % est imposée par l'Islande lorsque le revenu est rapatrié au Canada sous forme d'un dividende prélevé sur le surplus exonéré. Cette retenue peut toutefois être réduite au moyen de la structure présentée dans la section 2.1. ci-dessous.

Les avantages du financement au moyen d'une société de financement islandaise devraient être atténués à la suite de la modification de la politique de décisions anticipées des autorités fiscales islandaises et à la ratification d'une nouvelle convention fiscale entre l'Islande et les États-Unis.

Récemment, les autorités fiscales islandaises ont modifié leur politique de décisions anticipées eu égard aux succursales de financements étrangères. Elles exigent dorénavant une allocation de 5 % du revenu d'une telle succursale à son siège social islandais, ce qui a pour effet d'augmenter le taux d'impôt effectif en Islande de 0,18 % à 0,9 %.

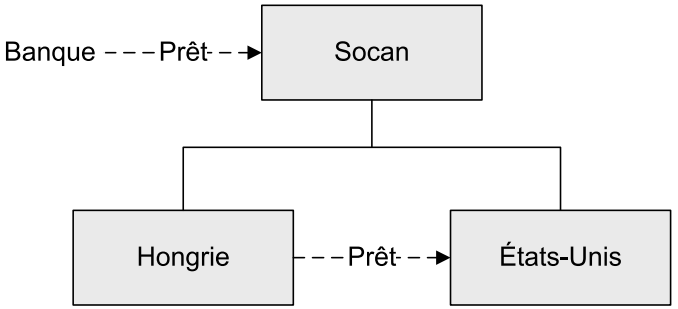
La nouvelle convention fiscale entre l'Islande et les États-Unis, dont l'entente finale a été annoncée le 28 septembre 2006, aura des effets encore plus importants quant aux structures de financement islandaises. Cette nouvelle convention inclut une clause de limitation des avantages (ci-après « LDA ») énonçant des critères à remplir pour obtenir la réduction de retenue sur certains paiements, dont les frais d'intérêt. Eu égard à la structure susmentionnée, cette clause de LDA aura pour effet d'augmenter le taux de retenue sur les intérêts versés des États-Unis en Islande à 30 %. La clause de LDA serait toutefois assujettie à une stipulation de droit acquis, permettant aux structures existantes qui contreviennent à la clause de LDA de bénéficier des pleins avantages de la convention pendant les 12 mois suivant sa ratification. Selon les autorités islandaises, l'entrée en vigueur de cette nouvelle convention n'a pas encore été déterminée. Les autorités américaines insistent, quant à elles, sur une signature et une ratification « aussitôt que possible ». Si la convention était ratifiée en 2007, elle entrerait en vigueur le 1er janvier 2008, soit le 1er janvier 2009 avec la règle « grand-père ». D'autre part, si la convention était ratifiée en 2008, elle entrerait en vigueur le 1er janvier 2009, soit le 1er janvier 2010 avec la clause de droit acquis.

1.2. HONGRIE

La Hongrie est une autre juridiction fréquemment utilisée par les sociétés canadiennes pour le financement de filiales aux États-Unis.

La structure de base d'une filiale de financement hongroise est illustrée dans le diagramme suivant.

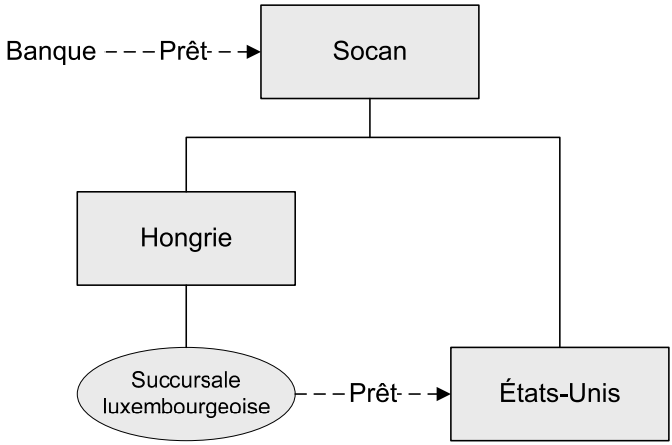
Figure 2 : Financement par la Hongrie



Dans cette structure, la société mère canadienne Socan emprunte des fonds qu'elle utilise pour capitaliser avec des capitaux propres une filiale hongroise. Cette dernière emploie les fonds pour consentir un prêt portant intérêt à la filiale d'exploitation de Socan située aux États-Unis. Le groupe corporatif bénéficie ainsi de deux déductions d'intérêt, soit au niveau de la société mère canadienne et de la filiale américaine. La société hongroise est assujettie à un taux d'imposition de 8 %, ce qui correspond au taux de base de 16 % réduit de moitié en vertu d'une disposition qui permet aux sociétés de déduire 50 % de leur revenu de redevances et de leur revenu d'intérêts intragroupe net. Il existe également un impôt municipal au taux effectif de 1 % généralement. Aucune retenue n'est imposée par la Hongrie lorsque la filiale hongroise verse un dividende.

Une structure de financement plus sophistiquée, au moyen d'une filiale hongroise possédant une succursale située au Luxembourg, est illustrée dans le diagramme suivant.

Figure 3 : Financement par la Hongrie



Dans cette structure, la société mère canadienne Socan emprunte des fonds qu'elle utilise pour capitaliser avec des capitaux propres une filiale hongroise. Cette dernière emploie les fonds pour consentir, par le biais d'une succursale luxembourgeoise, un prêt portant intérêt à la filiale d'exploitation de Socan située aux États-Unis. Le groupe corporatif bénéficie encore une fois de deux déductions d'intérêt, soit au niveau de la société mère canadienne et de la filiale américaine. Cependant, l'imposition globale en Hongrie et au Luxembourg est réduite à 2 %, et ce, en vertu de la convention fiscale entre la Hongrie et le Luxembourg qui prévoit que les bénéfices d'une succursale luxembourgeoise sont exonérés d'impôt en Hongrie.

Trois développements récents doivent être retenus par les sociétés canadiennes qui envisagent une structure de financement hongroise. Tout d'abord, une société hongroise peut dorénavant utiliser une devise étrangère aux fins comptables et fiscales.

Par ailleurs, un budget et une balance des paiements déficitaires ont poussé la Hongrie à adopter un impôt de « solidarité » additionnel de 4 %. Celui-ci est entré en vigueur le 1er septembre 2006. Dès lors, le taux d'imposition effectif en Hongrie est passé de 9 % à 13 % pour les filiales étrangères des sociétés canadiennes qui utilisent une structure de financement hongroise sans succursale.

Enfin, on s'attend à ce qu'une nouvelle convention fiscale entre les États-Unis et la Hongrie soit négociée dans un avenir rapproché. À l'image de la convention avec l'Islande, cette nouvelle convention devrait inclure une clause de LDA énonçant des critères à remplir pour obtenir la réduction de retenue sur certains paiements. Cette clause aurait pour effet d'augmenter de façon considérable le taux de retenue sur les intérêts versés des États-Unis en Hongrie et éliminerait la plupart des avantages liés aux structures de financement hongroises susmentionnées. Cependant, aucun développement à l'égard de ces négociations n'a été annoncé par les gouvernements américain et hongrois.

1.3. SUISSE

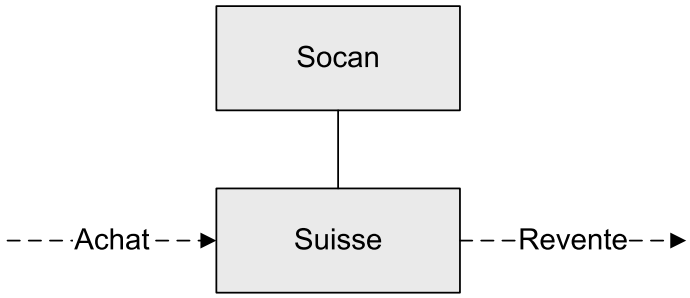
Avec un vaste réseau de traités et des régimes fiscaux locaux très avantageux, la Suisse est une autre juridiction fréquemment utilisée par les sociétés canadiennes pour leurs opérations étrangères. Cependant, des développements récents vont diminuer l'attrait de certaines structures suisses reposant sur le régime « 50/50 » ou celui des « sociétés mixtes »[2].

Le régime 50/50 était une pratique administrative utilisée par les autorités fiscales suisses pour déterminer les revenus des entreprises ayant peu ou pas d'activités économiques rattachées à la Suisse. Ce régime était souvent utilisé par les entreprises de refacturation, c'est-à-dire les entreprises dont les activités consistaient principalement à facturer à nouveau une marchandise ou un service. Il permettait notamment de déduire à titre de dépenses 50 % des revenus bruts d'une telle société sans avoir à justifier les déductions.

---

[2] Il convient de noter que le régime 80/20, qui n'est pas traité dans le présent texte, a également été aboli.

Figure 4 : Régime 50/50 suisse



En réponse à des pressions de l'OCDE, la Suisse a accepté d'abolir le régime 50/50. Les sociétés ayant obtenu avant le 30 juin 2005 des décisions anticipées leur permettant d'utiliser ce régime pourront continuer à l'utiliser jusqu'au 31 décembre 2008. Par la suite, toutes les déductions devront être commercialement raisonnables et être accompagnées de pièces justificatives.

Un autre régime avantageux fréquemment utilisé par les sociétés étrangères faisant affaire en Suisse est celui de la société internationale de services, mieux connue sous le nom de « société mixte ». Plus particulièrement, les sociétés dont plus de 80 % des revenus et des dépenses proviennent de sources étrangères, incluant les revenus provenant de ventes à l'étranger, peuvent se constituer en société mixte et bénéficier ainsi d'une exonération du revenu étranger au niveau communal et cantonal. Le taux effectif d'impôt des sociétés mixtes peut conséquemment être aussi bas que 10 %.

Les entreprises qui envisagent de constituer une société mixte doivent tenir compte du fait que le 13 février 2007, la Commission européenne a demandé à la Suisse d'éliminer les sociétés mixtes qui, selon elle, contreviennent à l'entente de libre-échange de 1972 conclu entre la Suisse et la Communauté européenne, et ce, parce qu'elles établissent une différence entre les sources de revenus nationaux et étrangers[3]. Ainsi, ces sociétés

[3] UNION EUROPÉENNE, *Communiqué* IP/07/176, « UE-Suisse : décision sur une aide d'État liée aux régimes d'imposition des sociétés », 13 février 2007.

pourraient être portées à disparaître ou leurs règles d'imposition pourraient être substantiellement modifiées. Il faut noter que si la Suisse décidait de modifier le régime des sociétés mixtes, il lui serait permis de maintenir pour une certaine période les droits acquis des sociétés mixtes existantes.

Malgré la disparition du régime 50/50 et les changements attendus au régime des sociétés mixtes, la Suisse est néanmoins devenue, à certains égards, une juridiction encore plus concurrentielle pour les sociétés multinationales. À ce titre, une entente multilatérale entre la Suisse et l'Union européenne mise en œuvre le 1er juillet 2005 a aboli, selon certaines conditions, la retenue d'impôt sur les versements de dividendes, intérêts et redevances[4]. Les conditions pour l'exonération de la retenue sur les dividendes sont sensiblement équivalentes aux conditions de la Directive mères-filiales de la Communauté européenne[5]. De même, les conditions pour l'exonération de la retenue sur les intérêts et redevances sont semblables aux conditions prévues dans la Directive sur les intérêts et les redevances de la Communauté européenne[6].

1.4. BELGIQUE

Grâce à son taux d'imposition concurrentiel et à son réseau de traités étendu, la Belgique demeure à l'image de la Suisse une juridiction fréquemment utilisée par les investisseurs canadiens pour l'établissement de sociétés de portefeuille et de succursales. Or, certains développements récents rendent cette juridiction encore plus avantageuse au plan fiscal.

Dans un premier temps, les transferts de biens meubles et immeubles à une société ayant un lieu de contrôle effectif et de gestion en Belgique étaient généralement soumis à un droit d'apport de 0,5 %. Ce droit a été supprimé à partir du 1er janvier 2006.

Dans un deuxième temps, la Belgique a instauré depuis le 1er janvier 2006 une déduction pour intérêt notionnel. Hormis certaines exceptions, cette déduction permet aux sociétés résidentes et non résidentes de déduire de leur revenu imposable un montant équivalent à leurs capitaux propres multiplié par un taux prescrit.

---

4 Accords bilatéraux II Suisse-Union européenne, 26 octobre 2004.

5 CONSEIL DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, Directive 90/435/CEE, 23 juillet 1990, telle qu'elle a été appliquée avant le 1er janvier 2005.

6 CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE, Directive 2003/49/CE, 3 juin 2003.

Finalement, à partir du 1er janvier 2007, la Belgique a éliminé la retenue d'impôt sur le versement des dividendes à une société mère qui réside dans un pays avec lequel la Belgique a conclu une convention fiscale.

Ces trois modifications sont principalement destinées à améliorer la neutralité du système fiscal belge à l'égard des sociétés financées par capitaux propres et celles financées par capitaux d'emprunt. Cependant, elles sont également destinées à attirer en Belgique des sociétés multinationales, et ce, à la suite de l'échec partiel du régime belge des centres de coordination. Ce régime, qui a subi d'importantes modifications en réponse aux pressions exercées par la Commission européenne, prévoyait notamment des exonérations de précompte mobilier et de droit d'apport visant uniquement les groupes multinationaux. Selon la Commission européenne, il constituait ainsi une forme d'aide d'État pour les sociétés multinationales, qui menaçait la concurrence et les échanges intracommunautaires[7].

2. STRUCTURES À CONSIDÉRER

La présente section présente quatre structures internationales qui pourraient être adoptées par des sociétés multinationales canadiennes à la lumière des nouveaux développements susmentionnés. Elles incluent une structure permettant de rapatrier les capitaux investis en Islande à la suite du démantèlement envisagé des structures islandaises, une structure permettant de rapatrier une perte sur le change subie par une filiale étrangère nonobstant toute modification au paragraphe 88(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[8], ainsi que des structures de financement belges et polonaises pouvant servir de solutions de rechange aux structures de financement islandaises et hongroises.

2.1. MINIMISATION DE LA RETENUE

L'annonce d'une nouvelle convention fiscale assujettie à une clause de LDA entre l'Islande et les États-Unis va sans doute mener au démantèlement de la plupart des structures de financement islandaises telle celle présentée dans la section 1.1. Dans ces circonstances, l'objectif est de rapatrier au Canada le capital investi tout en évitant la retenue d'impôt de 5 % qui est

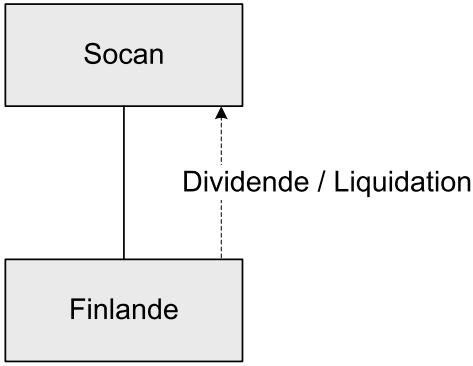
---

7 COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, Décision 2003/531/CE du Conseil du 16 juillet 2003 relative à l'octroi par le gouvernement belge d'une aide en faveur de certains centres de coordination établis en Belgique.

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

payable à l'égard des dividendes versés de l'Islande au Canada ou à l'égard de la distribution survenant lors de la liquidation de la société islandaise.

Figure 5 : Coût fiscal du démantèlement de la structure islandaise

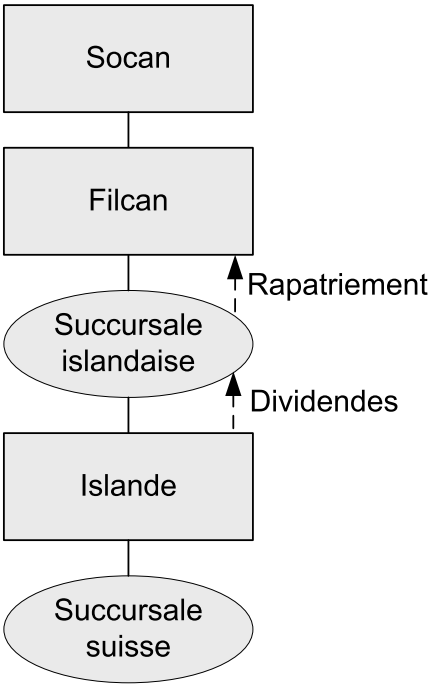


Retenue d'impôt lors du démantèlement =
5 % × ($Dividende ou $Liquidation)

Afin de rapatrier le capital en franchise d'impôt par voie de dividende, la société mère canadienne Socan incorpore tout d'abord une nouvelle filiale canadienne à laquelle elle transfère les actions de la filiale islandaise. Afin d'assurer l'effectivité juridique des transactions subséquentes, les articles de constitution de la filiale canadienne spécifient la détention d'actions comme objectif de la société. La filiale établit ensuite une succursale en Islande pour la détention des actions de sa filiale islandaise. Cette réorganisation de la structure est libre d'impôt car le transfert des actions de la filiale islandaise par Socan à sa filiale canadienne s'effectue en franchise d'impôt au Canada en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R. et en Islande en vertu du paragraphe 6 de l'article 13 de la convention fiscale entre le Canada et l'Islande[9].

[9] *Convention entre le Canada et la République d'Islande en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune*, signée le 19 juin 1997.

Figure 6 : Versement de dividendes



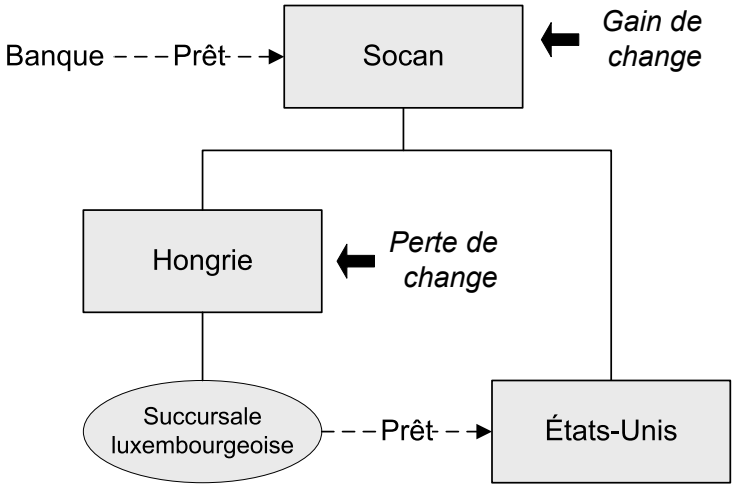
La structure résultant de la réorganisation susmentionnée permet de rapatrier le capital de la société islandaise tout en évitant la retenue d'impôt de 5 %. Cela s'effectue en deux étapes. Tout d'abord, la filiale islandaise verse un dividende à la succursale islandaise de Filcan. Le versement est assujetti à une retenue d'impôt de 10 % pour laquelle la succursale islandaise peut demander un remboursement lors de sa déclaration de revenus. Plus précisément, la retenue sera créditée envers l'impôt sur le revenu payable de la succursale islandaise. Ensuite, le revenu de dividendes détenu par la succursale est rapatrié par Socan. Ce rapatriement n'est pas assujetti à une retenue ni à un quelconque impôt sur les succursales. Notons qu'il est possible d'obtenir une décision anticipée des autorités fiscales islandaises à l'égard d'une telle transaction, mais cette décision exigera habituellement l'augmentation de 1 % à 5 % des revenus attribués au siège social islandais de la filiale Islandaise.

2.2. RAPATRIEMENT D'UNE PERTE SUR LE CHANGE

À la suite de la récente appréciation du dollar canadien par rapport au dollar américain, une conséquence du démantèlement éventuel de certaines structures de financement islandaises et hongroises est la possibilité d'un gain de change lié au remboursement par la société mère canadienne d'un prêt bancaire en devise américaine.

À titre d'exemple, si Socan a emprunté 1 M$ US le 1er janvier 2001 pour capitaliser sa filiale de financement hongroise, alors que le taux de change Canada-États-Unis était de 1,50, et qu'elle a remboursé ce prêt le 1er janvier 2007 alors que le taux de change était de 1,15, Socan aurait réalisé un gain de change de 350 000 $ US sur la dette. Or, la filiale de financement qui a prêté cette même somme à une filiale américaine aura réalisé une **perte** de change correspondante de 350 000 $ US.

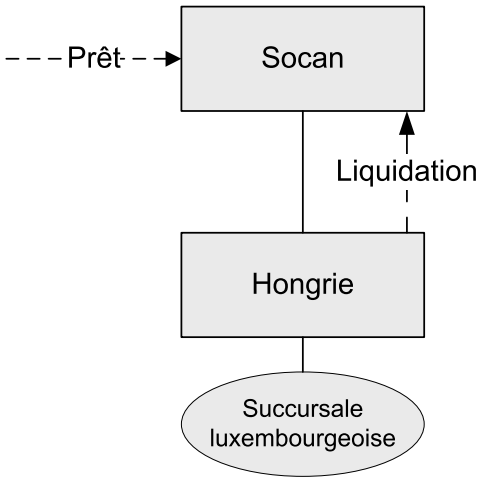
Figure 7 : Gain sur le change



Présentement, il est relativement simple d'effectuer une opération de consolidation de perte en procédant à une simple liquidation de la filiale de financement. Une telle liquidation constitue un cas d'application du paragraphe 69(5) L.I.R. Par conséquent, les actions de la société hongroise sont réputées disposées à leur juste valeur marchande, donnant lieu à une perte en capital. Cette perte est constatée nonobstant la limite prévue au paragraphe 40(3.2) L.I.R., et ce, en vertu de l'exception prévue à l'alinéa

69(5)d) L.I.R. De plus, la limite sur les pertes prévue au paragraphe 93(2) L.I.R. ne s'applique pas à la liquidation pourvu que la filiale de financement n'ait jamais versé de dividendes à Socan – condition qui est facilement remplie si la liquidation a été adéquatement anticipée et planifiée.

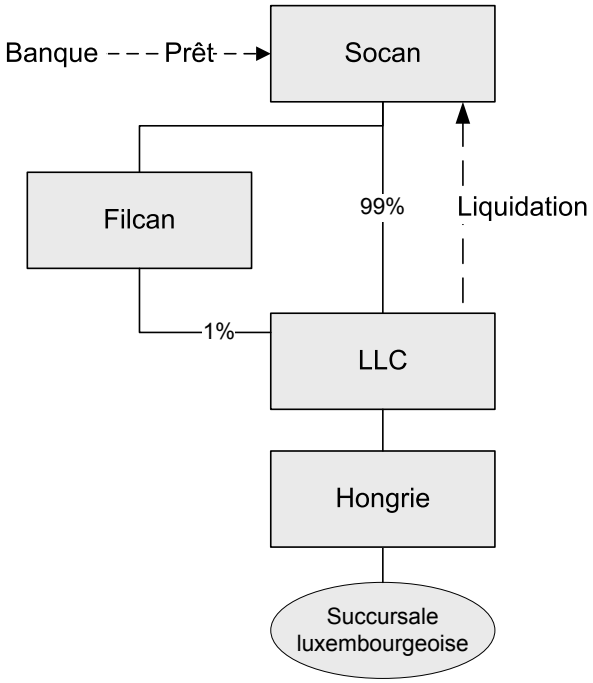
Figure 8 : Utilisation de la perte sur le change



L'introduction du nouveau paragraphe 88(3) L.I.R. a jeté un doute sur l'avenir de telles transactions. En effet, les commentaires du ministère des Finances à l'égard de la version définitive du paragraphe 88(3) L.I.R. laissent entrouverte la possibilité que celle-ci puisse, notamment, empêcher la constatation de certaines pertes lors de la liquidation d'une filiale étrangère en forçant le contribuable à effectuer la liquidation par le biais d'un roulement obligatoire. Il se pourrait donc que d'autres structures deviennent nécessaires pour réaliser la perte latente d'une filiale hongroise dans ces circonstances.

Une structure qui permet de réaliser la perte malgré un amendement défavorable au paragraphe 88(3) L.I.R. consiste à effectuer la liquidation au moyen d'une société américaine à responsabilité limitée (ci-après « LLC »).

Figure 9 : Utilisation de la perte sur le change au moyen d'une LLC



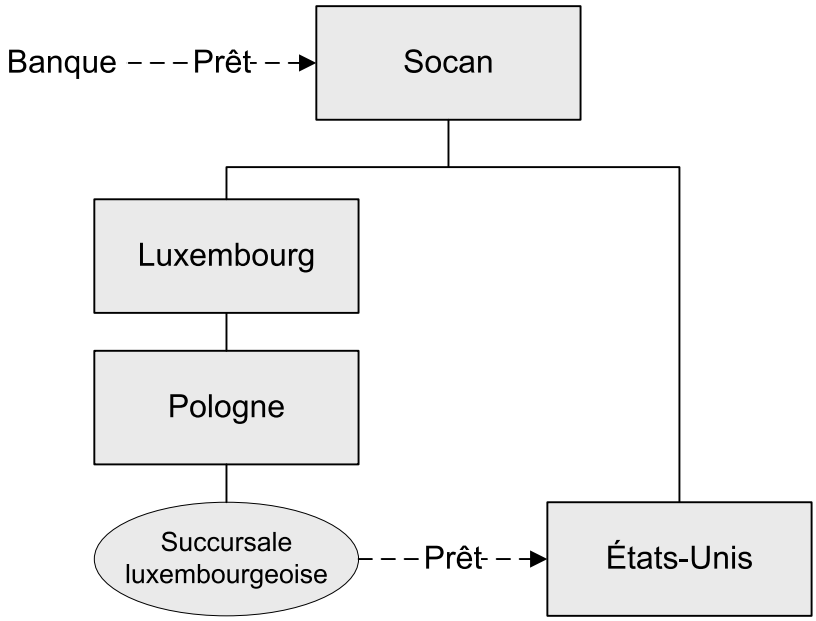
Dans cette structure, la société mère canadienne Socan constitue conjointement avec une filiale canadienne une nouvelle LLC résidente aux États-Unis. Elle y transfère les actions de la filiale de financement par le biais du roulement prévu au paragraphe 85.1(3) L.I.R. La LCC déménage ensuite son lieu de contrôle effectif et de gestion vers le Canada, devenant ainsi une société de personnes résidente au Canada, et ce, sans aucune conséquence fiscale défavorable. Finalement, la LLC est dissoute et la perte latente de la filiale de financement est réalisée en vertu du paragraphe 69(5) L.I.R. Malgré une complexité supplémentaire, cette structure évite l'incertitude entourant le nouveau paragraphe 88(3) L.I.R. puisqu'elle substitue la liquidation d'une société étrangère affiliée par la liquidation d'une société de personnes à laquelle le paragraphe 88(3) L.I.R. n'est pas applicable. Il importe toutefois de prendre des précautions adéquates en procédant avec cette structure afin de ne pas déclencher l'application de la règle générale antiévitement (ci-après « RGAÉ »).

2.3. FINANCEMENT PAR LA POLOGNE

La Pologne demeure l'une des principales options pour le financement de sociétés américaines. Elle est notamment une excellente juridiction pour les sociétés canadiennes qui envisagent la migration de leurs filiales de financement islandaises. Cependant, à la lumière de la renégociation imminente de la convention fiscale entre la Pologne et les États-Unis qui pourrait être amendée afin d'inclure une clause de LDA, il est impossible de déterminer si cette structure aura une durée de vie qui dépassera celle des structures hongroises.

La structure type d'une filiale de financement polonaise est illustrée dans le diagramme qui suit.

Figure 10 : Financement par la Pologne



Dans cette structure, la société mère canadienne Socan emprunte des fonds qu'elle utilise pour capitaliser avec des capitaux propres une filiale luxembourgeoise. Cette dernière capitalise, à son tour, une filiale polonaise. Enfin, la filiale polonaise émet par le biais d'une succursale luxembourgeoise un prêt portant intérêt à la filiale d'exploitation de Socan située aux États-Unis.

Grâce à cette structure, le groupe corporatif bénéficie de deux déductions d'intérêt, soit au niveau de la société mère canadienne et de la filiale américaine. L'imposition globale en Pologne et au Luxembourg est de 2 % à 3 %, et ce, en vertu de la convention fiscale entre la Pologne et le Luxembourg qui prévoit que les bénéfices d'une succursale luxembourgeoise sont exonérés d'impôt en Pologne.

L'interposition de la société luxembourgeoise entre Socan et la filiale de financement polonaise sert à réduire la retenue sur les dividendes versés de la Pologne à Socan. En effet, la convention fiscale entre la Pologne et le Canada[10] prévoit une retenue d'impôt de 15 % sur les dividendes. Or, les dividendes versés de la Pologne au Luxembourg ainsi que ceux versés du Luxembourg au Canada sont exonérés d'impôt à cause des conventions particulières conclues entre ces pays.

Notons qu'il est prudent d'obtenir des décisions anticipées des autorités fiscales du Luxembourg et de la Pologne afin de bénéficier pleinement des deux régimes. Signalons également que la Pologne et le Luxembourg perçoivent des droits d'apport de 0,5 % et 1 % respectivement, qui sont prélevés sur les apports de capitaux aux sociétés et sur certaines opérations de restructurations de ces sociétés. Il est cependant possible de minimiser l'effet de ces droits au moyen d'une planification adéquate.

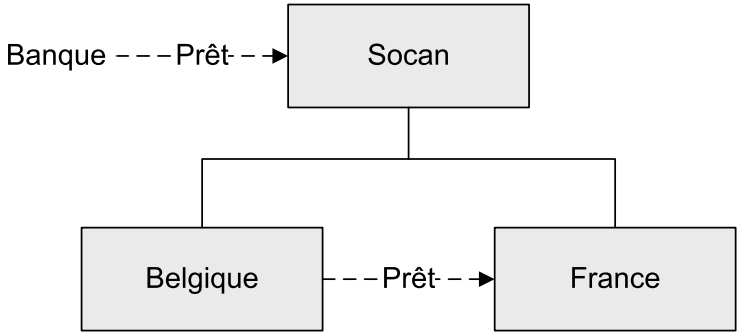
2.4. FINANCEMENT PAR LA BELGIQUE

La Belgique pourrait devenir une autre juridiction de financement envisageable pour certaines sociétés qui entreprennent de quitter la Hongrie ou l'Islande. Le nouveau système de déduction pour intérêt notionnel belge, expliqué plus en détail dans la section 1.4. du présent texte, permet notamment la mise en place de structures de financement où se cumulent les déductions d'intérêt et les déductions pour intérêt notionnel. Une structure de financement simplifiée permettant un tel cumul est illustrée dans l'exemple suivant.

---

[10] *Convention entre le gouvernement du Canada et de gouvernement de la République populaire de Pologne en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune*, signée le 4 mai 1987.

Figure 11 : Financement par la Belgique



Dans cette structure, la société mère canadienne Socan emprunte des fonds qu'elle utilise pour capitaliser avec des capitaux propres une filiale belge. Cette dernière emploie les fonds pour consentir un prêt portant intérêt à la filiale d'exploitation de Socan située en France.

Grâce à cette structure, le groupe corporatif bénéficie de deux déductions pour frais d'intérêt, soit au niveau de la société mère canadienne et de la filiale française, et d'une déduction pour intérêt notionnel en Belgique. Par ailleurs, il n'existe aucune retenue d'impôt sur les dividendes versés de la Belgique au Canada et les intérêts versés de la France à la Belgique.

3. DÉVELOPPEMENTS JUDICIAIRES

La présente section présente les récents développements judiciaires relatifs aux règles anti-abus et à la résidence des sociétés qui doivent être considérées lors de la mise en place de structures internationales bénéficiant d'avantages liés aux conventions fiscales.

3.1. L'AFFAIRE *MIL (INVESTMENTS) S.A.* C. *LA REINE*[11] ET LA RÈGLE GÉNÉRALE ANTIÉVITEMENT

En 2004, la *Loi sur l'interprétation des conventions en matière d'impôts sur le revenu*[12] et l'article 245 L.I.R. ont été amendés afin d'étendre de manière explicite la portée de la RGAÉ aux conventions fiscales, avec effet rétroactif à l'égard des transactions effectuées depuis le 12 septembre 1998[13].

Pour déterminer si la RGAÉ s'applique à une structure ou une transaction particulière, il faut se tourner vers les critères établis par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Hypothèques Trustco Canada* c. *La Reine*[14]. Ces critères sont : 1) un avantage fiscal découlant d'une série d'opérations; 2) une « opération d'évitement », c'est-à-dire une opération n'ayant pas d'objet véritable autre que celui d'obtenir un avantage fiscal; et 3) une opération d'évitement abusive où il n'est pas déraisonnable de conclure qu'un avantage fiscal serait conforme à l'objet ou à l'esprit des dispositions invoquées par le contribuable.

Malgré la quantité croissante de jurisprudence relative à la RGAÉ dans un contexte de droit canadien, il n'y avait pas, avant 2006, de jurisprudence sur l'application la RGAÉ dans un contexte où était allégué l'abus de traité. La décision de la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *MIL (Investments) S.A.* fut donc la première à apporter des indications à l'égard de ce qui distingue une structure internationale abusive d'une structure acceptable.

Dans cette affaire, le contribuable (ci-après « MIL ») était une société incorporée en 1993 aux îles Caïmans qui détenait une participation de 12,4 % dans une certaine société publique canadienne (ci-après « Socan »). En juin 1995, MIL a échangé 2,68 % de ses actions de Socan contre des actions de Inco dans une transaction exonérée d'impôt en vertu de l'article 85.1 L.I.R., réduisant ainsi sa participation dans Socan à 9,7 %. Un mois plus tard, MIL a été continuée au Luxembourg et a disposé de ses actions d'Inco réalisant un gain en capital de 65 M$. Dans l'année qui suit, Inco et

---

11 [2006] C.C.I. 460 (ci-après « *MIL (Investments) S.A.* »).

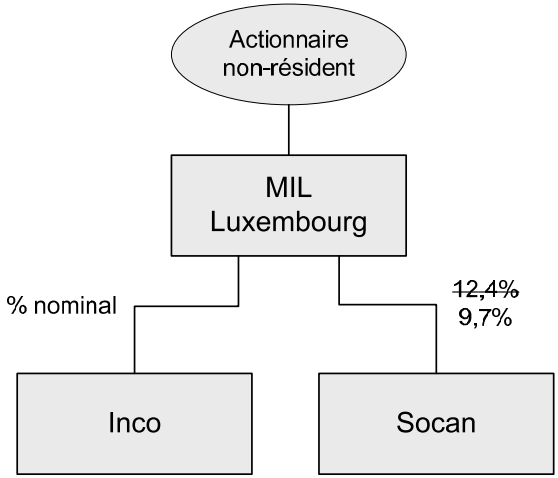
12 L.R.C. (1985), c. I-4.

13 La loi reçut un effet rétroactif notamment parce qu'il semble que la position du ministère des Finances ait toujours été que la RGAÉ s'appliquait dans ces circonstances.

14 [2005] 5 C.T.C. 215 (C.S.C.).

Falconbridge ont tous les deux tenté d'acquérir Socan dans le cadre d'offres publiques d'achat. Inco a ultimement déposé l'offre la plus élevée et a acquis la totalité des actions de Socan, permettant à MIL de vendre ses actions de Socan et réaliser un gain en capital de 426 M$.

Figure 12 : Affaire *MIL (Investments) S.A.*



Le déménagement des îles Caïmans au Luxembourg a procuré à MIL des avantages fiscaux considérables. Notamment, puisque MIL était résidente du Luxembourg et détenait moins de 10 % des actions de Socan lorsqu'elle a réalisé les gains en capital de 65 et 426 M$, ces gains ont été exonérés d'impôt au Canada en vertu de l'article XIII de la convention fiscale entre le Canada et le Luxembourg[15]. L'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») a allégué que ces transactions constituaient une opération d'évitement abusive et a invoqué la RGAÉ pour refuser à MIL les bénéfices fiscaux découlant du traité.

Le tribunal n'a pas retenu les arguments de l'ARC et a déterminé que la série de transactions effectuée par MIL n'était pas une opération d'évitement. Tout d'abord, le tribunal a conclu que l'échange d'actions de

[15] *Convention entre le gouvernement du Canada et le gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir la fraude fiscale en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune*, signée le 10 septembre 1999.

Socan pour des actions d'Inco, qui a permis à MIL de réduire sa participation dans Socan en-deça de 10 %, c'est-à-dire en-dessous de la limite requise par le traité, avait un objet véritable autre que l'obtention d'un avantage fiscal. En l'occurrence, selon les témoignages, cette transaction avait pour objet de permettre à MIL d'échanger une partie de sa participation dans Socan pour des actions moins volatiles. Par ailleurs, le tribunal a conclu que la vente finale des actions à Inco ne faisait pas partie de la série de transactions qui incluait la migration de MIL au Luxembourg car cette vente n'aurait pu être anticipée au moment de la migration.

Au-delà des conclusions liées aux faits spécifiques du litige, le tribunal a émis deux directives générales importantes concernant l'application des règles antiévitement aux structures internationales.

Dans un premier temps, le tribunal a déterminé que le sens ordinaire des mots de la convention fiscale entre le Canada et le Luxembourg ne permettait pas d'y inférer une disposition antiévitement implicite comme l'invoquait l'ARC. À ce titre, le tribunal a conclu que les commentaires de 2003 sur les articles du Modèle de convention fiscale de l'OCDE, qui font état d'une règle antiévitement implicite dans les traités, ne devaient pas servir d'aide interprétative à une convention conclue antérieurement à 2003. Ainsi, aux fins de la justice canadienne, le seul commentaire de l'OCDE qui peut être consulté pour interpréter une convention est celui qui existait au moment où la convention a été négociée.

Dans un deuxième temps, le tribunal a précisé qu'il n'y avait rien d'abusif dans le fait de s'établir dans une juridiction plutôt qu'une autre sur la base des avantages conférés par son réseau de traités. Si le choix d'une juridiction ayant un faible taux d'imposition pouvait signaler une intention d'effectuer une transaction pour un motif fiscal, le fait de s'établir dans une juridiction ayant des traités avantageux n'est pas en soi abusif. Donc, selon le tribunal, la RGAÉ peut seulement être invoquée à l'égard d'utilisation abusive d'un traité, et non à l'égard du choix d'un traité.

3.2. L'AFFAIRE *PRÉVOST CAR INC.* C. *LA REINE*[16] ET LE CONCEPT DE BÉNÉFICIAIRE EFFECTIF

La cause qui oppose présentement Prévost Car Inc. à l'ARC est une nouvelle occasion pour cette dernière d'invoquer une règle antiévitement à l'encontre d'une transaction qu'elle considère comme un abus de traité. Cette

[16] C.C.I. n° 2004-4226 (IT) G (ci-après « *Prévost Car* »).

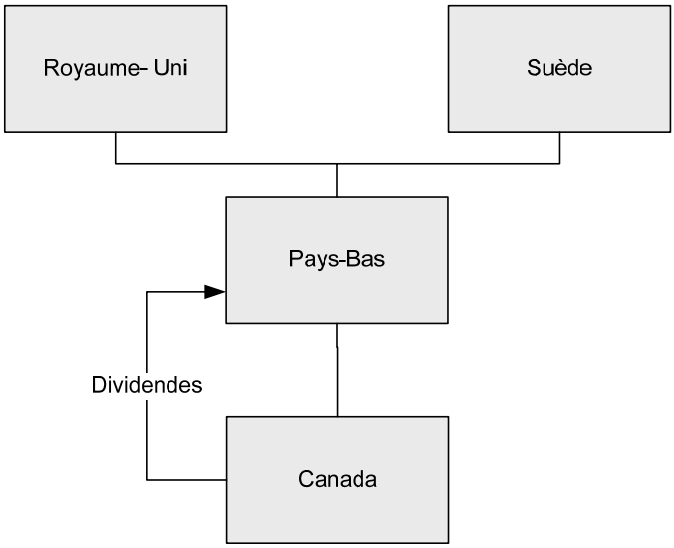
fois-ci, le moyen juridique choisi par l'ARC pour contester la transaction n'est pas la RGAÉ mais plutôt la doctrine de « bénéficiaire effectif ». Cette doctrine, élaborée par l'OCDE et mentionnée dans les commentaires à la convention modèle, prévoit que seuls les bénéficiaires effectifs de dividendes, intérêts ou redevances, par opposition aux entités tels les agents ou fiduciaires, peuvent se prévaloir des bénéfices des conventions fiscales.

Dans cette affaire, le contribuable canadien Prévost Car Inc. (ci-après « Prévost Canada ») était détenu par une société de portefeuille résidant aux Pays-Bas. Cette société de portefeuille était, quant à elle, détenue conjointement par une société suédoise et une société anglaise. La contestation de l'ARC vise la retenue de 5 % prélevée par Prévost Canada conformément à l'article 10 de la convention fiscale entre le Canada et les Pays-Bas[17] à l'égard d'un dividende versé de Prévost Canada à la société néerlandaise. Selon l'ARC, le dividende versé par Prévost Car devrait être assujetti à la retenue plus élevée prévue dans les conventions fiscales conclues avec la Suède et le Royaume-Uni puisque la société néerlandaise était un conduit et n'était pas le bénéficiaire effectif des dividendes.

---

17 *Convention entre le Canada et le Royaume des Pays-Bas en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôts sur le revenu*, signée le 27 mai 1986.

Figure 13 : Affaire *Prévost Car*



Pour démontrer que la société néerlandaise agissait comme simple conduit, l'ARC souligne que cette société n'avait aucune activité, ne disposait d'aucun bureau, n'avait aucun employé ni aucun actif autre que les actions de Prévost Canada. Par ailleurs, l'ARC allègue que la société néerlandaise avait l'obligation de transférer les dividendes reçus de Prévost Canada à la société suédoise et la société anglaise. Par conséquent, selon l'ARC, la société néerlandaise n'avait pas de pouvoir de décision à l'égard des dividendes et n'en était pas le bénéficiaire effectif.

Pour sa défense, le contribuable allègue que la société néerlandaise était une société de portefeuille typique dont l'objectif principal était de permettre à deux sociétés de mettre en commun leurs ressources pour exploiter conjointement une entreprise. Elle n'aurait donc pas, selon le contribuable, été constituée pour servir de conduit à des fins fiscales.

3.3. LA CAUSE *WOOD V. HOLDEN*[18] ET LA RÉSIDENCE DES SOCIÉTÉS

Dans l'affaire *Wood*, les autorités fiscales britanniques se sont attaquées à une structure internationale qu'ils jugeaient abusive en invoquant les concepts de résidence fiscale et de centre de direction et de contrôle, qui sont des principes très pertinents aux fins fiscales canadiennes également.

Dans cette affaire, les contribuables britanniques ont transféré certaines actions à une société résidente aux îles Vierges britanniques. Celle-ci les a subséquemment transférées à une société liée néerlandaise dont la gestion fut confiée à une société de fiducie néerlandaise. La société de portefeuille a éventuellement vendu les actions à un tiers. En somme, l'objet de la structure était de permettre aux contribuables britanniques de vendre les actions en réalisant un gain en capital exonéré d'impôt au Royaume-Uni.

Les autorités fiscales britanniques ont imposé la transaction nonobstant le fait qu'elle ait été conclue entre des sociétés apparemment non résidentes. Selon elles, la société de portefeuille néerlandaise était résidente du Royaume-Uni car son centre de direction et de contrôle était situé au Royaume-Uni.

Les Special Commissionners saisis de la cause ont donné raison aux autorités fiscales, déterminant que la direction exercée par la société de fiducie consistait en de simples formalités, telle la signature de documents juridiques, qui ne constituaient pas des actes de direction ni de contrôle véritables. Ils furent notamment d'avis que la société de fiducie n'avait pas suffisamment d'information pour diriger l'entreprise indépendamment et qu'elle suivait un programme préparé par les contribuables et leurs conseillers.

La cause a été portée devant la High Court et ensuite à la Cour d'appel, qui ont toutes les deux décidé en faveur du contribuable[19]. Ces décisions furent motivées par le fait que les actes de direction et de contrôle de la société de portefeuille, même s'ils pouvaient être qualifiés dans certains cas de formalités, avaient effectivement eu lieu aux Pays-Bas. De plus, le pouvoir des directeurs ne fut jamais usurpé par les contribuables ou leurs conseillers, et ce, même si ces derniers avaient à l'occasion prodigué des conseils aux directeurs.

---

[18] [2006] EWCA Civ 26, aff'g [2005] EWHC 547 (Ch) (ci-après « *Wood* »).

[19] La Chambre des Lords a refusé d'entendre un appel de la décision de la Cour d'appel.

CONCLUSION

Plusieurs éléments de fiscalité canadienne et étrangère doivent être évalués régulièrement lorsqu'une société canadienne fait affaire à l'étranger pour s'assurer des conséquences fiscales optimales. Nous espérons que ce survol donnera aux entreprises canadiennes une connaissance générale des développements récents en fiscalité internationale qui peuvent avoir un impact sur l'efficacité fiscale des opérations à l'étranger.

POT-POURRI DES PIÈGES À ÉVITER EN FISCALITÉ INTERNATIONALE (*INBOUND* ET *OUTBOUND*)

Caroline Paris
Avocate, M. Fisc.
PricewaterhouseCoopers, s.r.l./s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 16:3

1. ASSUJETTISSEMENT À L'IMPÔT 16:4

1.1. MULTINATIONALES ET ÉTABLISSEMENTS STABLES 16:4
1.1.1. Installation fixe d'affaires 16:6
1.1.2. Agent ayant le pouvoir de conclure des contrats 16:13

2. CAPITALISATION 16:18

2.1. RÈGLES CANADIENNES DE CAPITALISATION RESTREINTE 16:18
2.1.1. Généralités 16:18
2.1.2. Pièges de « timing » 16:20
2.1.3. Capitalisation restreinte et *Push-Down Accounting* 16:22
2.1.4. Prêts adossés 16:22

2.1.5. Capitalisation restreinte et utilisation d'une société de personnes 16:24
2.1.6. Compte de surplus et règles de capitalisation restreinte 16:25

3. FINANCEMENT 16:26

3.1. INTÉRÊT RÉPUTÉ EN VERTU DE L'ARTICLE 17 L.I.R. 16:26
3.1.1. Généralités 16:26
3.1.2. Financement par voie de prêts directs 16:27
3.1.3. Financement par voie de prêts indirects 16:37

CONCLUSION 16:46

INTRODUCTION[*]

Dans le cadre du présent texte, nous aborderons quelques sujets d'actualité en matière de fiscalité internationale. Notamment, nous discuterons de certaines questions visant la notion d'établissement stable, les règles de capitalisation restreinte et certains aspects liés au financement de sociétés étrangères.

En raison de l'importance accordée aux commentaires de l'Organisation de coopération et de développement économiques (ci-après « OCDE ») en matière d'interprétation de conventions fiscales par les tribunaux canadiens[1], le présent texte analysera d'abord les plus récents commentaires relatifs au Modèle de convention développé par l'OCDE[2], plus particulièrement ceux relatifs à la définition d'établissement stable. Par la suite, nous analyserons l'évolution des positions de l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») et des tribunaux à l'égard de ces commentaires.

L'importance des investissements de la part des sociétés étrangères au Canada, que ce soit du fait de la souscription au capital, ou l'apport de financement à une filiale canadienne fait en sorte qu'il est utile de revoir les règles de capitalisation restreinte canadiennes et les pièges les plus courants que ces dispositions contiennent.

De même, le financement de sociétés étrangères par des sociétés canadiennes peut avoir des conséquences importantes sur le calcul du revenu

---

[*] L'auteur remercie Luc Blanchette de sa collaboration au présent article et Pierre Bourgeois pour ses commentaires.

[1] *La Reine* c. *Crown Forest Industries Ltd*., [1995] 2 C.T.C. 64 (C.S.C.). Outre la décision *Crown Forest*, les tribunaux canadiens ont eu recours aux commentaires de l'OCDE dans les causes *Speciality Manufacturing Ltd.* c. *La Reine*, [1998] 1 C.T.C. 2095 (C.C.I.); *RMM Canadian Enterprise Inc.* c. *La Reine*, [1998] 1 C.T.C. 2300 (C.C.I.); *Cudd Pressure Control Inc.* c. *La Reine*, 98 D.T.C. 6630 (C.A.F.) (ci-après « *Cudd Pressure Control* »); *Hasbro Canada Inc.* c. *La Reine*, [1999] 1 C.T.C. 2512 (C.C.I.) et *La Reine* c. *Dudney*, 2000 D.T.C. 6169 (C.A.F.) (ci-après « *Dudney* »); permission d'appel à la Cour suprême du Canada refusée, 2 novembre 2000, 264 NR 394.

[2] *Tax Analysts*, dans *Tax Base* (en ligne), Falls Church, VA, ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Model Tax Convention on Income and on Capital*, version abrégée, Paris, OCDE, juillet 2005 (ci-après « Modèle »). La version française n'était pas disponible au moment de la rédaction de cet article.

de ces dernières, que ce soit au plan des règles relatives aux sociétés étrangères affiliées, ou en ce qui concerne l'application de l'article 17 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[3]. Le présent article révisera certaines règles applicables et commentera les règles proposées par les dernières modifications contenues aux propositions législatives de février 2004[4].

1. ASSUJETTISSEMENT À L'IMPÔT

1.1. MULTINATIONALES ET ÉTABLISSEMENTS STABLES

Dans la plupart des pays, l'assujettissement à l'impôt local dépend de la nature des activités exercées sur le territoire de l'administration visée. Une personne résidente d'un État sera généralement considérée exploiter une entreprise dans un autre État si elle y a des opérations commerciales. Cette dernière juridiction sera considérée comme le pays de la source du revenu (ci-après « État de la source ») par opposition à l'administration où la société, ou la personne, est résidente.

La pratique courante dans l'application des différentes conventions fiscales basées sur le Modèle de l'OCDE veut que l'État de la source renonce à son droit d'imposition en faveur du pays de résidence sauf lorsque les activités du contribuable dans l'État de la source sont suffisamment stables et importantes.

Cette idée de stabilité et de permanence est à la base de la notion d'établissement stable utilisée dans le Modèle de l'OCDE et justifie l'imposition des revenus en découlant dans cet autre État vu l'importance des activités qui y sont exercées.

La définition d'établissement stable est par conséquent plus qu'importante à l'égard de la détermination de l'assujettissement à l'impôt sur le revenu d'une personne non résidente dans une administration étrangère où des activités y sont exercées. Notons que le concept d'établissement stable est une notion très ancienne qui aurait été utilisée pour la première fois en 1899 dans le traité entre l'empire austro-hongrois et la Prusse.

---

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

[4] CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives et avant-projets de règlement concernant l'impôt sur le revenu (Partie 2 – Sociétés étrangères affiliées)*, 27 février 2004.

Selon le Modèle actuel, l'article 5 d'une convention fiscale intervenue entre deux administrations fiscales détermine s'il y a un établissement stable dans l'État de la source et l'article 7 indique comment les revenus devraient être attribués à un tel établissement aux fins d'imposition. Étant donné l'importance de l'application de ces concepts, ces deux articles ont fait l'objet de maintes discussions et révisions de la part de l'OCDE et méritent l'attention constante de la communauté fiscale internationale.

Le 15 juillet 2005, l'OCDE a approuvé une mise à jour de sa convention modèle[5] et des commentaires[6] y afférents. Cette mise à jour, conjointement avec l'ajout de nouveaux commentaires en 2003[7], a grandement contribué à étendre la notion d'établissement stable.

Le présent article analysera donc certains des commentaires énoncés en 2003 et ceux énoncés en 2005 relativement à la définition d'établissement stable, commentera le genre de situations qui pourraient être visées par ces modifications et analysera la position de l'ARC relativement à ces commentaires et situations.

Soulignons à cet effet que la récente décision de la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *MIL (Investments) S.A.* c. *La Reine*[8] est venue confirmer l'approche ambulatoire adoptée par les tribunaux canadiens en matière d'interprétation des conventions fiscales, et vient préciser que dans l'application des différentes conventions fiscales intervenues entre deux administrations, l'analyse d'une situation donnée ne devrait se faire qu'à la lumière des commentaires de l'OCDE parus au moment de la signature de la convention. Tous les commentaires subséquents à l'entrée en vigueur de ladite convention ne devraient pas être considérés.

---

5 *Tax Analysts*, *op. cit.*, note 2.

6 *Tax Analysts*, dans *Tax Base* (en ligne), Falls Church, VA, ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Model Tax Convention on Income and on Capital*, version abrégée, Commentary on Articles of the Model Tax Convention, Paris, OCDE, juillet 2005, la version française n'étant pas disponible au moment de la rédaction du présent article.

7 ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune*, Paris, OCDE, 28 janvier 2003.

8 [2006] C.C.I. 460 (ci-après « *MIL (Investments) S.A.* »).

En effet, le juge Bell, faisant référence à certains commentaires du juge McDonald dans l'affaire *Cudd Pressure Control*[9], a énoncé ceci :

> « The Respondent presented the 2003 revisions to the OECD commentary as support for the existence of an inherent anti-abuse rule in tax treaties. Article 31(1)(c) of the Vienna Convention states "there shall be taken into account, together with the context, any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties." I interpret that to mean that one can only consult the OECD commentary in existence at the time the treaty was negotiated without reference to subsequent revisions[10]. » (Notre soulignement)

En considérant que l'article 5 du Modèle n'a pas été modifié, la portée accrue de la définition d'établissement stable ne provenant que de l'ajout de commentaires, les principes énoncés dans ces dits commentaires ne devraient être pris en compte qu'à l'égard des conventions intervenues subséquemment à leur parution, malgré la position de l'ARC et du paragraphe 11 des commentaires relatifs à l'article 3 précisant que les commentaires devraient être perçus comme des « clarifications » aux articles du Modèle et devraient par conséquent s'appliquer à toute convention, peu importe le moment où elle est entrée en vigueur.

Le concept d'établissement stable comporte deux éléments fondamentaux qui servent de prémisses à l'assujettissement à l'impôt dans une juridiction. Un établissement stable n'existe que s'il y a dans l'État de la source une « présence » importante (l'installation fixe d'affaires), ou une « représentation » importante (la notion d'agent).

1.1.1. Installation fixe d'affaires

Trois éléments doivent coexister : il doit avoir une installation d'affaires, cette installation d'affaires doit être fixe et le non-résident doit exercer la totalité ou une partie de son activité par l'intermédiaire de cette installation fixe d'affaires. Cela comprend : un siège de direction, une succursale, un bureau, une usine, un atelier et une mine, un puits de pétrole ou de gaz, une carrière ou toute autre source d'extraction de ressources naturelles[11].

---

9 Précité, note 1, par. 23.

10 *MIL (Investments) S.A.*, précité, note 8, par. 86.

11 *Tax Analysts*, *op. cit.*, note 2, art. 5.

Le caractère fixe de l'installation se vérifie par deux composantes essentielles, c'est-à-dire la localisation géographique et un certain degré de permanence[12], le tout présentant un ensemble cohérent au plan commercial et géographique[13]. La définition d'établissement stable s'applique à une entreprise exploitée par une entité ou une personne, et non à une entité précise, ou un groupe d'entités[14]. Dans ce dernier cas, par exemple, l'analyse doit viser chaque entreprise de chaque entité du groupe ayant des opérations transfrontalières, entité par entité, entreprise par entreprise.

Notons cependant que certaines opérations qui respectent par ailleurs les critères énumérés ci-dessus ne mèneront pas à un établissement stable si elles sont de nature préparatoire ou ancillaire[15].

1.1.1.1. Utilisation de bureaux n'appartenant pas à l'entreprise

Il est de plus en plus fréquent que des entreprises n'acquièrent pas de bureaux dans une juridiction donnée, mais utilisent plutôt les locaux de leurs clients ou de leurs filiales pour y effectuer certaines de leurs activités.

Il importe peu que l'entreprise soit ou non propriétaire ou locataire de l'emplacement aux fins de l'analyse de l'existence d'un établissement stable dans l'État de la source. Il suffit qu'une entreprise ait à sa disposition un certain emplacement servant à ses activités d'entreprise pour qu'il s'agisse d'une installation d'affaires, de sorte qu'il n'est pas nécessaire que l'entreprise ait le « droit juridique formel » d'occuper cet espace[16].

---

12 *Tax Analysts*, dans *Tax Base* (en ligne), Falls Church, VA, ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Model Tax Convention on Income and on Capital*, version abrégée, Commentary on Articles of the Model Tax Convention, Commentary on Article 5 Concerning the Definition of Permanent Establishment, Paris, OCDE, juillet 2005, par. 5 et 6. La version française n'était pas disponible au moment de la rédaction du présent article.

13 *Id*., par. 5.4.

14 *Tax Analysts*, dans *Tax Base* (en ligne), Falls Church, VA, ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Proposed Clarification of the Permanent Establishment Definition*, Public Discussion Draft, 12 avril 2004.

15 *Tax Analysts*, *op. cit*., note 2, al. 4(e).

16 *Tax Analysts*, *op. cit*., note 12, par. 4.1.

A – Utilisation des bureaux d'un client

Au Canada, la Cour d'appel fédérale avait conclu dans l'arrêt *Dudney* que les locaux du client canadien d'un consultant résidant aux États-Unis ne constituaient pas une installation fixe d'affaires dont il pouvait disposer pendant qu'il y travaillait étant donné qu'il n'exerçait aucun contrôle sur cet environnement de travail.

Sans reprendre tous les faits et les conclusions de ce jugement qui a fait l'objet de nombreux articles[17], les facteurs à considérer selon la Cour d'appel fédérale incluent l'utilisation réelle du local, en vertu de quel droit la personne a exercé ou pouvait exercer un contrôle sur le local (le contrôle légal) et jusqu'à quel point le local pouvait être identifié objectivement à l'entreprise du consultant. La Cour ajoute que bien que cette liste ne soit pas exhaustive, elle est suffisante aux fins de conclure cette affaire.

Puisque le consultant n'avait accès au local que sur les heures normales de bureau, que l'espace physique qu'il occupait pouvait être modifié au gré de son client et que son entreprise n'était pas identifiée à ce lieu de travail, le tribunal a conclu qu'il n'exerçait pas son entreprise par l'intermédiaire d'une installation fixe d'affaires (pour le tribunal, le critère de base fixe d'affaires établi par l'article 14 est conceptuellement équivalent au concept d'établissement stable utilisé à l'article 5 du Modèle de convention[18]).

Étant donné que le tribunal mentionne que ces critères, sans être exhaustifs, sont suffisants pour conclure cette affaire, il semblait logique de considérer que le critère de contrôle et d'identification des lieux à une entreprise étaient déterminants dans l'analyse de l'existence d'un établissement stable au Canada.

---

[17] Voir, entre autres, Timothy W. CLARKE, « The Employee/Independent Contractor Conundrum », dans *2004 British Columbia Tax Conference*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2004, pp. 10:1-33; Nathalie GOYETTE, « Tax Treaty Abuse: A Second Look », (2003), vol. 51, n° 2 *Revue fiscale canadienne* 764-805; Christopher P. KONG et Liam M. FITZGERALD, « The Transition From an Autonomous to an Integrated Management Model: A Selection of Canadian Tax Issues », (2005), vol. 53, n° 3 *Revue fiscale canadienne* 781-805; J. Scott WILKIE, « Locating Corporate Business Income: Reconsidering the Tenets of International Tax Jurisdiction », (2003), vol. 51, n° 4 *Revue fiscale canadienne* 1574-1594.

[18] Ce commentaire est corroboré par le paragraphe 1.1 des commentaires relatifs à l'article 5, qui indique que les concepts de « base fixe » utilisés à l'ancien article 14 du Modèle et le concept d'établissement stable doivent recevoir la même interprétation.

Par contre, les commentaires de 2003, postérieurs à l'arrêt *Dudney*, énoncent plusieurs exemples d'activités où l'utilisation d'un espace particulier entraînerait la création d'un établissement stable selon le Modèle. Ces exemples étendent le concept d'établissement stable au-delà des critères retenus par le tribunal dans l'arrêt *Dudney*.

Entre autres, le paragraphe 4.5 des commentaires cite l'exemple d'un peintre qui, pendant deux ans, passe trois jours par semaine dans les locaux d'un seul client. Dans ce cas, la présence du peintre dans les locaux du client tandis qu'il exécute les fonctions les plus importantes de son entreprise (la peinture) est suffisante pour conclure à l'existence d'un établissement stable, bien que le peintre n'ait pas exercé de contrôle sur les locaux ou identifié les locaux, en tout ou en partie, comme étant le lieu de sa propre entreprise.

L'exemple utilise la situation hypothétique d'un projet de deux ans. La conclusion ne serait vraisemblablement pas la même si le projet avait une durée de trois mois puisque les modifications aux commentaires introduisent un critère de temps pour évaluer la permanence de l'installation fixe d'affaires[19]. Par conséquent, il semble que le critère de temps devient important dans la détermination.

Même en l'absence de contrôle sur les locaux de son principal client (en présumant par exemple que le peintre n'aurait accès aux locaux de son client comme Dudney, qu'à l'intérieur des heures d'ouverture), un tel peintre serait malgré tout considéré exercer la totalité ou une partie de son activité par l'intermédiaire des locaux de son principal client.

Ainsi, dans toute situation où une personne, par exemple un consultant, qui exercerait une partie de ses activités dans le local d'un client, ou dans tout autre espace où il n'a aucun contrôle, et sans aussi identifier ce local à son entreprise, pourrait être considérée avoir un établissement stable dans l'État où le local est situé si le local est à la disposition du consultant pour une période suffisamment longue pour respecter le critère temporel.

---

[19] Les commentaires émis en 2003 incluent un critère de temps pour établir le degré de permanence de l'installation fixe d'affaires : il n'y a normalement pas d'établissement stable si une entreprise exerce ses activités par l'intermédiaire d'une installation d'affaires maintenue pendant moins de six mois, mais, dans de nombreux cas, on considère qu'il y a un établissement stable si l'installation d'affaires est maintenue pendant une période de temps plus longue. Les activités à caractère récurrent font partie des exceptions. *Tax Analysts*, *op. cit.*, note 12, par. 6 à 6.3.

Une telle conclusion va à l'encontre de plusieurs causes de jurisprudence au niveau international.

Par exemple, l'arrêt *S.F.W.I.* c. *Belgium*[20], dans lequel il a été déterminé que l'accès limité et non exclusif d'un espace sur un chantier de construction belge ne constituait pas un établissement stable d'une entreprise chargée d'étudier, de concevoir et de superviser les activités de construction aux fins d'application de la convention fiscale Belgique-Norvège. Aussi, dans l'affaire *Mats Johansson* c. *Stavanger Municipality*[21], le tribunal avait conclu que les contribuables, qui avaient à leur disposition, sur une plate-forme de forage en mer, un emplacement identifiable à partir duquel ils fournissaient des services au propriétaire, avaient un lieu fixe d'affaires. Dans ces deux cas, les contribuables devaient avoir soit un certain degré de contrôle sur les locaux utilisés, soit que les locaux soient identifiables à leur entreprise par opposition à la simple utilisation du l'espace.

Un exemple où le local ne serait pas considéré comme une installation fixe d'affaires est celui où un vendeur visite son principal client de façon régulière pour s'entretenir avec le directeur des achats. Dans ce cas, le bureau du directeur n'est pas à la disposition du vendeur et il en résulte donc que l'utilisation du bureau du directeur ne peut pas constituer un établissement stable[22].

La différence entre les deux situations semble provenir de la notion de « mettre à disposition »[23]. Un local utilisé à l'égard duquel une personne n'a aucun contrôle est-il vraiment à la disposition de quelqu'un? Par analogie avec l'exemple du peintre, le vendeur exerce-t-il une partie de ses opérations commerciales (la vente) dans le bureau du directeur même s'il n'a aucun contrôle sur le bureau du directeur?

Faut-il en conclure qu'il y a désormais une possibilité de créer un établissement stable dans une juridiction alors qu'une partie des activités de l'entreprise y est exercée, si les opérations y sont réalisées à partir de quelque espace que ce soit pendant plus de six mois?

---

20 *Revue générale de fiscalité*, nº 10, octobre 1992, p. 32.

21 1989 Stavenger City Court (Norvège).

22 *Tax Analysts*, *op. cit.*, note 12, par. 4.2.

23 Les commentaires utilisent l'expression « at the disposal ». Par exemple, voir entre autres les paragraphes 4.2, 4.3, 4.4, 41 et 42.

Au Canada, l'ARC a récemment annoncé qu'elle interprétait le test de la durée énoncé dans les commentaires relatifs à l'article 5 du Modèle comme un test « réputant » qu'un établissement stable ne puisse exister si l'installation d'affaires est maintenue pendant moins de six mois[24]. Cette présomption ne fait pas en sorte qu'au-delà du délai de six mois, le critère de permanence de la définition d'établissement stable est automatiquement satisfait. La position de l'ARC à l'égard des commentaires relatifs à l'article 5 du Modèle est discutée plus en détail ci-après.

Par conséquent, les nouveaux commentaires de l'OCDE étendent la portée de la notion d'installation fixe d'affaires et semblent conférer plus d'importance à la notion de fixité qu'à la notion d'installation en tant que telle, puisque l'utilisation de l'installation semble secondaire comparée à la durée de l'utilisation de cette dernière.

B – Utilisation des bureaux au siège social d'une filiale étrangère

Il est généralement reconnu qu'une filiale ne constitue pas en tant que tel un établissement stable de sa société mère dans la juridiction où elle est constituée. Cependant, les règles de détermination de l'existence d'un établissement stable s'appliquent également dans le cadre d'échanges commerciaux entre personnes d'un même groupe puisque tel qu'il a été mentionné précédemment, la notion d'établissement stable vise l'entreprise exploitée par une entité ou une personne, et non l'entité en tant que telle. Il serait donc possible qu'une société mère exerce la totalité ou une partie de son entreprise par l'intermédiaire de sa filiale, auquel cas la détermination de l'existence d'un établissement stable dans l'État de la filiale doit être effectuée selon les mêmes critères discutés dans le présent document.

Ainsi, une filiale pourrait être considérée comme un établissement stable de sa société mère dans l'État où elle est constituée et effectue ses activités si cette dernière y a une « présence » importante (l'installation fixe d'affaires), ou une « représentation » importante (la notion d'agent). La notion d'agent est discutée ci-après.

---

[24] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Mémorandum* PTM 08, « La décision Dudney : Effet sur la vérification des bases fixes et des établissements stables et lignes directrices touchant les dérogations de la retenue d'impôt prévue à l'article 105 », 5 décembre 2005, p. 3.

Un cas où la filiale serait considérée, selon les commentaires relatifs à l'article 5 du Modèle de convention[25], comme un établissement stable de la société mère concerne une situation où un employé de la société mère utilise pour une longue période un bureau au siège social d'une filiale étrangère ayant récemment fait l'objet d'une acquisition. L'employé travaille à ce bureau pour s'assurer du respect de certaines obligations contractuelles de la filiale. Dans ce cas, selon l'OCDE, les locaux de la filiale seraient considérés comme une installation fixe d'affaires de la société mère.

Pour être considérée avoir un établissement stable, encore faut-il que la société mère exerce une partie de ses activités d'entreprise par l'intermédiaire de ce bureau, ce qui nous apparaît discutable. Le fait de superviser la gestion de la filiale quant aux ententes déjà conclues par la filiale est-il une fonction de l'entreprise exploitée par la société mère suffisante pour prétendre à l'exploitation de l'entreprise de la société mère à l'étranger? Par ailleurs, les fonctions de l'employé semblent plus reliées à l'acquisition des actions de la filiale qu'à l'exploitation de l'entreprise de la société mère. Dans ce cas, malgré la présence d'une installation fixe, la société mère n'exercerait pas la totalité ou une partie de son activité par l'intermédiaire de cette installation, auquel cas, selon nous, toutes les conditions à la définition d'établissement stable ne seraient pas satisfaites. Qui plus est, même si un établissement stable existait, quel bénéfice devrait-on attribuer à cet établissement selon les règles de prix de transfert?

Notons par ailleurs que pour éviter le débat, il pourrait être souhaitable de muter l'employé à la filiale, et ce, même temporairement.

Encore une fois, le commentaire fait référence à la durée de l'utilisation pour déterminer s'il y a installation fixe d'affaires. Ainsi, dans la mesure où il est clair qu'il y a exploitation de l'entreprise de la société mère, l'utilisation d'un espace dans les locaux d'une filiale peut mener à la création d'un établissement stable dans l'administration où la filiale est résidente, si l'utilisation du bureau est sur une période suffisamment longue pour satisfaire le critère de permanence.

Les commentaires de 2005 précisent par contre que dans le cas d'un groupe multinational partageant des services relatifs à l'entreprise exploitée par le groupe (la gestion, la fabrication, par exemple) et que ces services sont rendus à même les installations et par le personnel de la société rendant le service dans le cadre de l'exploitation de son entreprise ne devrait pas

[25] *Tax Analysts*, *op. cit.*, note 12, par. 4.3.

constituer une installation fixe d'affaires de l'autre société du groupe même si l'entente lui confère un avantage économique[26]. Par exemple, une filiale étrangère effectuant la fabrication à l'étranger pour le compte de sa société mère en raison du faible coût de la main-d'œuvre ne serait pas considérée comme un établissement stable de la société mère dans cet État.

Au Canada, l'ARC a déjà mentionné que l'utilisation d'un local mis à la disposition d'une société américaine par sa filiale canadienne sur une durée suffisamment longue pourrait mener à la création d'un établissement stable de la société mère au Canada[27]. Encore une fois, on fait référence davantage à la période pour déterminer s'il y a établissement stable ou non plutôt que d'analyser en détail les services rendus et l'utilisation des lieux.

À la suite de l'arrêt *Dudney*[28], on pouvait se questionner sur le bien-fondé de la position de l'ARC; les commentaires de l'OCDE ajoutés en 2003 et en 2005 viennent toutefois d'appuyer la position l'ARC dans cette interprétation technique.

Par contre, tel qu'il a été mentionné précédemment, à la suite de la récente décision de la Cour canadienne de l'impôt dans la cause *MIL (Investments) S.A*. et en considérant que l'article 5 du Modèle n'a pas été modifié, la portée accrue de la définition d'établissement stable ne provenant que de l'ajout de commentaires, les principes énoncés dans ces commentaires ne devraient être pris en compte qu'à l'égard des conventions intervenues subséquemment à leur parution.

1.1.2. Agent ayant le pouvoir de conclure des contrats

Parallèlement à la notion d'installation fixe d'affaires, un agent dépendant (particulier ou société, employé ou non) qui a le pouvoir de conclure des contrats peut constituer un établissement stable de la société pour laquelle il agit. Cette dernière peut être considérée comme ayant un établissement stable dans une juridiction donnée si une personne agit pour son compte selon certaines conditions, et ce, même si l'entreprise ne dispose pas dans cet État d'une installation fixe d'affaires.

---

26 *Id*., par. 42.

27 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9333340, 7 décembre 1993.

28 Voir nos commentaires à cet effet à la section 1.1.1.1. (A).

Pour être considéré comme un établissement stable d'une société donnée, un agent dépendant devra avoir le pouvoir de conclure des contrats pour le compte de la société et exercer habituellement ce pouvoir.

Seuls les agents dépendants sont visés. Un agent indépendant concluant des contrats pour le compte d'une société serait par ailleurs considéré exercer sa propre entreprise.

Le sujet ayant fait l'objet de maintes discussions[29], mentionnons que les commentaires relatifs à l'article 5 du Modèle de convention résument certains des facteurs à considérer dans la détermination du statut d'agent[30].

Parmi ces facteurs, mentionnons, entre autres, l'obligation d'exécuter des opérations pour le compte de l'entreprise qui maintient un contrôle important sur les activités de l'agent, notamment par des instructions détaillées, la nécessité pour l'agent d'obtenir l'approbation pour certaines opérations, l'unicité des activités de l'agent envers cette même entreprise, l'exécution des opérations dans le cours normal des activités de l'entreprise, etc. Ces facteurs sont généralement des indices démontrant un certain niveau de dépendance. Le fait que la personne n'assume pas les mêmes risques qu'un entrepreneur est également à considérer.

L'autorité de contracter doit couvrir les contrats qui ont trait aux opérations commerciales constituant les activités propres à l'entreprise, et ce pouvoir doit être exercé de façon habituelle.

À cet effet, rappelons que la notion de conclusion de contrats au nom de l'entreprise n'est pas limitée aux seules situations où l'agent dépendant conclut le contrat au nom de l'entreprise. Il vise également un agent qui conclurait des contrats engageant l'entreprise, sans en finaliser formellement les termes et conditions[31]. L'absence de participation des dirigeants de l'entreprise aux opérations dans l'administration où l'agent exerce ses

---

[29] Faye BROWN, « An Introduction to Carrying on Business in Canada, Permanent Establishments, and Part XIII Tax », dans *2004 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2005, pp. 38:1-20; T. W. CLARKE, *loc. cit.*, note 17; David G. THOMPSON, « Professional Corporations », dans *2005 British Columbia Tax Conference*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2005, pp. 16:1-76.

[30] *Tax Analysts*, *op. cit.*, note 12, par. 38, 38.1 et 38.2.

[31] *Id.*, par. 32.1.

fonctions peut démontrer une certaine délégation du pouvoir de conclure des contrats.

Ainsi, dans les situations où l'autorisation par la société est automatique (par exemple, lorsque les produits sont vendus avec une liste de prix et qu'il y a peu de risque de créances douteuses ou lorsqu'une limite de crédit préétablie existe pour les clients), les activités de l'agent pourraient mener à l'existence d'un établissement stable dans la juridiction où il exerce ses activités, et ce, malgré le fait qu'il n'y soit pas résident ni qu'il n'y ait d'installation fixe d'affaires.

Prenons l'exemple d'un employé canadien muté en Europe pour y développer un nouveau marché. Ses tâches incluent la conclusion de nouveaux contrats, en plus de fournir les services de consultation de l'entreprise. En raison de la proximité géographique des pays d'Europe, il est fréquent que l'individu muté couvre plusieurs pays. À moins d'avoir un bureau à la maison qui pourrait être son installation fixe d'affaires, l'entreprise pour laquelle il travaille pourrait avoir un établissement stable dans chacune des juridictions où cet individu exerce ses fonctions. Tel qu'il a été mentionné ci-dessus, l'autorité générale de contracter doit viser les opérations commerciales de l'entreprise (par exemple la vente, les services) et non être relative à l'administration interne de l'entreprise (par exemple, le pouvoir d'embaucher des employés ou de conclure des contrats pour les activités internes)[32].

Les nouveaux commentaires de la convention modèle relatifs à la définition d'établissement stable indiquent que cet agent dépendant n'a pas à être un résident de l'État où il agit pour le compte de l'entreprise ou à y avoir une installation d'affaires[33].

Par exemple, un employé d'une société américaine qui vient au Canada pour y conclure des contrats avec des clients de son employeur pourrait être considéré comme un établissement stable de la société américaine au Canada, et ce, malgré le fait que l'employé n'est pas un résident du Canada, et n'y dispose pas d'une installation fixe d'affaires.

---

[32] *Id*., par. 33.

[33] *Id*., par. 32.

Une personne autorisée à négocier tous les éléments d'un contrat qui lie l'entreprise peut exercer ce pouvoir même si le contrat est signé par une autre personne[34].

Les commentaires de l'OCDE de 2005 mentionnent enfin que la simple présence ou participation à des négociations avec un client n'est pas suffisante en soi pour conclure à l'exercice du pouvoir de conclure des contrats au nom de l'entreprise, mais ils indiquent par contre que la participation aux négociations peut être pertinente pour déterminer les fonctions exactes exercées par la personne pour le compte de l'entreprise[35].

1.1.2.1. Position de l'Agence du revenu du Canada

L'ARC a publié récemment des lignes directrices à l'égard de la détermination de la présence d'un établissement stable à la suite de l'arrêt *Dudney* et des récents commentaires de l'OCDE à l'égard de l'article 5 du Modèle[36].

Sans reprendre en détail les commentaires de l'ARC, notons que celle-ci semble donner priorité aux critères contenus dans les commentaires relatifs à l'article 5 du Modèle par rapport aux critères énoncés dans l'arrêt *Dudney*.

Pour l'ARC, les critères énoncés au paragraphe 5(2) du Modèle de convention forment un cadre approprié pour effectuer l'analyse de l'existence d'un établissement stable, et tout facteur pertinent permettant de déterminer l'existence d'un établissement stable doit être lié à l'une de ces trois conditions, c'est-à-dire qu'il y ait une installation, qu'elle soit fixe et que la personne, société ou individu, y exerce la totalité ou une partie de son activité.

Par ailleurs, l'ARC précise que l'analyse effectuée pour déterminer l'existence d'un établissement stable d'un non-résident au Canada ne devrait pas prendre fin simplement parce que celui-ci n'a pas de contrôle légal sur les locaux. L'ARC ne considère pas ce facteur comme déterminant, mais l'un parmi trois des facteurs mentionnés dans l'arrêt *Dudney*. Puisque le

---

34 *Id*., par. 32.1.

35 *Id*., par. 32.

36 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 22, 11 janvier 2002, et n° 33, 16 septembre 2005, ainsi que AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit*., note 24.

tribunal précisait dans cette affaire que cette liste n'était pas exhaustive, l'ARC adopte la position que dans les cas où les faits diffèrent sensiblement de l'arrêt *Dudney*, d'autres facteurs pourraient remplacer ceux énoncés par le tribunal.

Notons que la notion d'établissement stable étant une question de fait, chaque cas doit être analysé de façon individuelle. Au Canada, dans le cas où une situation se rapprocherait de celle de l'arrêt *Dudney*, le fait que la personne ait un certain contrôle à l'égard duquel elle conduit ses opérations devrait demeurer un facteur important dans la détermination de la présence d'un établissement stable.

À l'inverse, si les faits s'éloignent de ceux de l'arrêt *Dudney*, « d'autres facteurs pourraient l'emporter sur ceux énumérés par la CAF »[37] selon l'ARC. Malgré le fait que cette position nous semble discutable, étant donné la portée de la jurisprudence, de même que le récent jugement dans l'affaire *MIL (Investments) S.A*., l'ARC considère que dès qu'un espace est maintenu à la disposition d'une personne, individu ou société, dans une autre administration pour une période prolongée, cet espace pourrait être considéré comme une installation fixe d'affaires. La question de savoir si la totalité ou une partie de l'entreprise d'un contribuable donné y est exercée deviendra alors déterminante.

Le critère de permanence revêt aussi une nouvelle forme avec la présomption du délai de six mois.

Dans le cas des multinationales, une attention accrue devrait être portée au transfert d'employés vers une filiale. L'utilisation de locaux par ces derniers au siège social de la filiale pour une période prolongée pourrait mener à la création d'un établissement stable pour la société mère, dans le cas par exemple où il est démontré que la société mère exerce une partie, même infime, de son entreprise dans l'administration où la filiale est résidente.

Les nouveaux commentaires relatifs à la définition d'établissement stable indiquent qu'un agent dépendant n'a pas à être un résident de l'administration où il agit pour le compte de l'entreprise ou à y avoir une installation d'affaires. Ainsi, un employé d'une société étrangère qui viendrait au Canada pour y conclure des contrats avec des clients de son employeur pourrait être considéré comme un établissement stable de la

---

[37] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit*., note 24, p. 4.

société étrangère au Canada, et ce, malgré le fait que l'employé n'est pas un résident du Canada ni qu'il y dispose d'une installation fixe d'affaires. Le temps passé au Canada ou la valeur des contrats négociés au Canada en comparaison aux activités étrangères ne semble pas être pris en considération.

Dans cette perspective, il semble que la notion élargie d'établissement stable précisée par les commentaires relatifs à l'article 5 ne s'éloigne du fondement de la définition, à savoir donner le pouvoir d'imposition à l'État de la source dans la mesure où les activités d'une société étrangère dans cet État sont importantes. Dans un contexte où la globalisation ne fait qu'accroître, cette position a comme résultat d'augmenter le fardeau de conformité des contribuables sans pour autant permettre une augmentation significative des retombées pécuniaires pour le fisc.

Encore une fois, mentionnons qu'à la lumière des commentaires du juge Bell dans la cause *MIL (Investments) S.A.*, ces principes, énoncés dans les commentaires de l'OCDE en 2003 et en 2005, ne devraient être pris en compte dans la détermination de la présence d'un établissement stable que dans les cas où la convention fiscale entre les administrations fiscales impliquées est entrée en vigueur après l'introduction de ces commentaires.

2. CAPITALISATION

2.1. RÈGLES CANADIENNES DE CAPITALISATION RESTREINTE

2.1.1. Généralités

Les règles de capitalisation restreinte canadiennes sont entrées en vigueur lors de la réforme fiscale de 1972 et sont, de façon générale, connues de tous. Comme on le sait, ces règles ont pour but de réduire l'érosion et le dépouillement de la base fiscale imposable au Canada en limitant une déduction au Canada pour des intérêts débiteurs.

En fait, ces règles empêchent un groupe de sociétés ayant un lien de dépendance entre elles de réduire les bénéfices d'une société canadienne du groupe par une dépense d'intérêt en transférant ce revenu à un ou d'autres membres du groupe qui ne sont pas imposables au Canada et/ou qui le sont à taux moindre dans une autre administration fiscale.

À l'origine, les règles de capitalisation restreinte étaient basées sur les concepts de comptes de surplus fiscaux. Modifiées pour la première fois en 1977, elles se calculent maintenant selon les montants apparaissant aux états

financiers, sauf pour le capital versé fiscal, qui est toujours utilisé. Les règles de capitalisation restreinte ont relativement peu évolué par la suite, avant de subir de nouvelles modifications en 2000, afin, entre autres, d'ajuster le ratio dette-équité pour s'accorder sur les ratios de financement internationaux.

Ainsi, les règles aujourd'hui applicables limitent la déduction des intérêts payés ou payables par une société résidente du Canada à l'égard de dettes impayées envers des actionnaires non résidents déterminés si le rapport de ces dettes relativement à l'avoir de la société est de plus de deux pour un[38].

La restriction n'est applicable qu'aux intérêts payés ou payables sur des dettes que la société canadienne a envers des « actionnaires non-résidents déterminés[39] », c'est-à-dire une personne non résidente qui, à un moment donné, seule ou avec d'autres personnes avec qui elle a un lien de dépendance, est propriétaire d'actions de la société canadienne qui lui confère au moins 25 % des votes, ou qui ont une juste valeur marchande (ci-après « JVM ») d'au moins 25 %[40]. Seules les dettes portant intérêt et pour lesquelles une déduction pour intérêt serait par ailleurs permise dans le calcul du revenu imposable de la société canadienne sont considérées.

Les règles ne s'appliquent qu'aux sociétés par actions résidant au Canada[41]. Normalement, les sociétés de personnes, fiducies et sociétés non résidentes ne sont donc pas visées par ces règles. Le budget fédéral de 2000 annonçait cependant que le gouvernement envisageait d'étendre les dispositions relatives à la capitalisation restreinte aux sociétés de personnes. Toutefois, nous comprenons qu'aucune disposition à cet effet n'a encore été annoncée à ce jour.

Le montant des intérêts dont la déduction est refusée est exprimé en fonction de la moyenne des montants mensuels correspondant chacun au montant maximum des dettes envers des non-résidents déterminés au cours

---

38 Par. 18(4) L.I.R.

39 Par. 18(5) « actionnaire déterminé », « actionnaire non-résident déterminé » L.I.R.

40 En outre, il faut tenir compte des droits, immédiats ou futurs, conditionnels ou non, rattachés à des actions ou au droit d'en acquérir ou d'en contrôler les votes, ou d'obliger la société à racheter, acquérir ou annuler des actions. Ces droits ou obligations ne doivent cependant pas être pris en compte s'ils ne peuvent être exercés que lors du décès, de la faillite ou de l'invalidité permanente d'un particulier; voir par. 18(5) « actionnaire déterminé » L.I.R.

41 Selon le préambule du paragraphe 18(4) L.I.R.

de chaque mois terminé dans l'exercice financier pour lequel le calcul est fait, par rapport aux capitaux propres de la société pour la même période.

Trois composantes entrent dans le calcul des capitaux propres : les bénéfices non répartis (ci-après « BNR »), le surplus d'apport et le capital versé attribuables à des « actionnaires non-résidents déterminés ». Les BNR à inclure sont les bénéfices figurant aux états financiers non consolidés du début de l'exercice financier pour lequel le calcul est effectué, alors que les montants de surplus d'apport et de capital versé à inclure correspondent à la moyenne des montants figurant aux états financiers au début de chaque mois de l'année d'imposition en question.

Le texte même de la *Loi de l'impôt sur le revenu* utilise l'expression « bénéfices non répartis ». Tout déficit est donc exclu puisque les BNR ne peuvent être négatifs. Cela est confirmé par une position administrative de l'ARC qui prévoit qu'un déficit réduit le surplus d'apport ou le capital versé seulement s'il a été intégré légalement dans ces montants[42]. Toujours selon cette position administrative, les BNR doivent exclure les plus-values de réévaluation non réalisées[43].

2.1.2. Pièges de « timing »

La formule de calcul est basée sur plusieurs dates qu'il faut surveiller attentivement. En effet, une erreur en ce qui concerne le « timing » de l'injection de nouvelle dette ou de capital additionnel pourrait entraîner l'application non prévue de ces règles. Il est donc nécessaire d'effectuer un suivi des opérations tout au long de l'année afin d'anticiper l'application de ces règles puisqu'en fin d'année, il sera trop tard pour y remédier.

Jusqu'en 2001, il était possible de rajuster facilement les composantes du calcul en réinjectant du capital juste avant la fin d'année. Le capital versé pris en compte dans le calcul était en effet le montant le plus élevé du début ou de la fin de l'année d'imposition en question. Puisque les montants de surplus d'apport et de capital versé attribuables à des non-résidents déterminés correspondent maintenant à la moyenne des montants calculés au début de chaque mois d'une année d'imposition, l'injection de capital pour contrer l'application des règles n'aura vraisemblablement d'impact que si

---

42 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-59R3, « Intérêts sur des dettes non encore payées à des non-résidents déterminés (capital-actions réduit) », 26 septembre 1984, par. 8.

43 *Id*.

elle est substantielle ou effectuée au tout début d'une année fiscale, puisqu'elle sera pondérée en fonction du nombre de mois de l'exercice.

Par exemple, au moment de la création d'une filiale canadienne par une société mère étrangère ou tout autre non-résident déterminé, il est préférable de prévoir les contributions de capital le dernier jour du mois (l'ARC requiert à tout le moins que la contribution soit faite au moment le plus « tôt » du mois[44]) et la contribution en ce qui concerne la dette au premier jour du mois suivant afin de limiter l'application des règles, en particulier sur un exercice court.

En effet, prenons pour exemple une société mère américaine qui incorpore une filiale canadienne en septembre avec un ratio d'investissement en dette et en équité de près de deux pour un. La contribution de capital et l'émission de la dette se font au même moment, trois jours avant la fin de septembre. Basé sur un exercice se terminant au 31 décembre de cette même année, le ratio pourrait être dépassé du seul fait que la dette sera incluse dans le calcul pour le mois de septembre, mais la contribution de capital ne le sera pas, puisque le calcul prévoit le montant au début du mois[45].

Notons enfin que la déclaration d'un dividende en cours d'année n'a pas d'effet immédiat, mais peut se répercuter sur l'année suivante lorsque le solde des BNR au début de l'année sera utilisé dans le calcul.

La détermination du montant par ailleurs déductible au titre des intérêts pour l'année se fait selon les règles générales de déductibilité d'intérêts. Il est généralement reconnu que l'alinéa 20(1)c) L.I.R. permet à un contribuable de choisir de déduire les intérêts selon la méthode de comptabilité de caisse plutôt que selon la méthode de comptabilité d'exercice, pourvu que le contribuable utilise la même méthode de façon constante.

---

44 L'ARC utilise l'expression « earliest moment of the particular calendar month »; voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2002-0136985, 9 septembre 2002.

45 Une façon de contrer l'impact de cette opération serait de demander une fin d'exercice au 30 septembre de cette même année, afin de limiter l'impact de la non-déductibilité des intérêts à un seul mois. Ceci étant dit, une planification préalable aurait pu éviter cette situation.

Fait intéressant à noter : un récent jugement de la Cour canadienne de l'impôt[46] a réitéré ce principe, qui a permis à un contribuable de contourner les règles de capitalisation restreinte en choisissant la méthode de comptabilité de caisse plutôt que la méthode de comptabilité d'exercice.

2.1.3. Capitalisation restreinte et *Push-Down Accounting*

Une autre situation récente où les règles de capitalisation restreinte semblent s'appliquer résulte de la différence entre les principes comptables généralement reconnus (ci-après « PCGR ») canadiens et étrangers. Par exemple, une filiale canadienne d'une société mère américaine est débitrice d'un prêt portant intérêt envers sa société mère. La filiale canadienne ayant suffisamment de capitaux-propres (principalement des BNR) par rapport à la dette envers sa société mère, les règles de capitalisation restreinte ne s'appliquent pas. Par contre, lorsque subséquemment, la société mère est acquise par une autre société étrangère, la filiale canadienne, au moment de préparer ses états financiers pour l'année suivant l'acquisition de contrôle, doit reclasser ses BNR au compte de surplus d'apport selon les PCGR américains (*push-down accounting*), lesquels sont utilisés aux fins de rapport à la société mère américaine. Le compte de BNR au début de l'année est donc nul, et comme le surplus d'apport n'a pas été contribué par un actionnaire non résident déterminé, les montants reclassés ne peuvent entrer dans le calcul de l'avoir des actionnaires de la filiale. Les règles de capitalisation restreinte pourraient donc s'appliquer du seul fait que la filiale a utilisé les PCGR américains plutôt que canadiens.

2.1.4. Prêts adossés

Les prêts adossés qui sont effectués indirectement à une société résidant au Canada font l'objet d'une règle antiévitement spécifique[47]. Lorsqu'un premier prêt a été consenti, soit par un actionnaire non résident déterminé, soit par une personne non résidente, à une autre personne, à la condition que cette personne consente un prêt à la société résidant au Canada, le moindre des deux prêts sera considéré comme une dette contractée par la société canadienne envers l'actionnaire non résident déterminé qui a effectué le premier prêt et la société canadienne sera assujettie aux règles de capitalisation restreinte à l'égard de ce prêt si les autres conditions discutées préalablement sont satisfaites.

---

46 *Crown Forest Industries* c. *La Reine*, [2006] 2 C.T.C. 2332 (C.C.I.).

47 Par. 18(6) L.I.R.

De façon générale, par contre, la position administrative de l'ARC est plus souple[48]. Par exemple, lorsqu'une société non résidente, qui est un actionnaire non résident déterminé, prête à une filiale canadienne une somme qui est reprêtée à une autre filiale canadienne, la règle antiévitement ne s'appliquera pas à la somme reprêtée si les conditions suivantes sont remplies :

- le premier et le second prêt sont du même montant;
- les intérêts gagnés sur le second prêt dépassent les intérêts payés sur le premier prêt;
- l'actionnaire non résident déterminé de la première filiale canadienne détient un contrôle de droit à la fois sur la première filiale canadienne et sur la deuxième[49].

L'ARC cite par exemple les transactions suivantes comme étant exclues du champ d'application du paragraphe 18(6) L.I.R.

Une société non résidente, Étrangère ltée, a deux filiales en propriété exclusive résidentes du Canada : Canadienne 1 et Canadienne 2. Étrangère ltée souhaite prêter 10 M$ à Canadienne 2, mais les capitaux propres de celle-ci aux fins de l'application du paragraphe 18(4) L.I.R. sont faibles. Étrangère ltée prête donc 10 M$ à Canadienne 1 (ci-après « premier prêt ») à un taux d'intérêt commercial et Canadienne 1 prête les 10 M$ à Canadienne 2 (ci-après « second prêt ») à un taux d'intérêt plus élevé.

Dans cette situation, l'ARC considère que les paragraphes 18(4) et 18(6) L.I.R. ne s'appliquent pas pour empêcher Canadienne 2 de déduire les intérêts payés ou payables à Canadienne 1 sur le second prêt même si le paragraphe 18(4) L.I.R. ne permet pas la déduction des intérêts versés à Canadienne 1 sur le premier prêt.

---

48 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit*., note 42, par. 3. L'ARC mentionne que le paragraphe 18(6) L.I.R. n'est appliqué en général que si le paragraphe 18(4) L.I.R. ne peut l'être ou a été contourné.

49 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n^{o} 15, 18 décembre 1998.

2.1.5. Capitalisation restreinte et utilisation d'une société de personnes

Tel qu'il a été mentionné précédemment, les règles de capitalisation restreinte ne s'appliquent qu'aux sociétés par actions. L'ARC s'est prononcée à plusieurs reprises à l'égard de l'application du paragraphe 18(4) L.I.R. aux sociétés de personnes[50]. Le revenu d'une société de personnes étant calculé au niveau de la société, et non à celui des associés de la société, en vertu des dispositions du paragraphe 96(1) L.I.R., il est de pratique courante que le paragraphe 18(4) L.I.R. ne puisse être appliqué pour refuser en déduction les intérêts payables à l'égard des dettes de la société de personnes, puisque cette dernière n'est pas visée par ces dispositions[51].

À la suite du jugement dans l'affaire *Wildenburg Holdings Ltd*. c. *Ministère du Revenu (Ontario)*[52], l'ARC avait confirmé que dans la mesure où une société de personnes a un motif véritable d'exister, les règles de capitalisation restreinte ne s'appliqueraient pas aux dettes de cette dernière (c'est-à-dire que les dettes d'une société de personnes ne sont pas « attribuées » aux associés aux fins du calcul prévu au paragraphe 18(4) L.I.R.).

Par contre, dans la situation où le prêt est fait par une société de personnes à une société canadienne, l'ARC a récemment annoncé que la détermination du détenteur de la dette aux fins de la détermination du statut d'actionnaire non résident déterminé doit se faire au niveau des associés et non à celui de la société de personnes[53].

---

[50] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9010955, 23 novembre 1990; « Table ronde de Revenu Canada », dans *1992 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1993, pp. 54:37-75, question 12, aux pages 54:45-46; confirmé dans : AGENCE DU REVENU DU CANADA, document 9822340; « Table ronde de Revenu Canada », dans *1998 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1999, p. 52:14 et AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 16, 8 mars 1999.

[51] Encore une fois, selon le préambule du paragraphe 18(4) L.I.R.

[52] [2000] 3 C.T.C. 148. Dans cette affaire, le tribunal a jugé que les règles de capitalisation restreinte s'appliquaient (aux fins de l'impôt de l'Ontario) aux sociétés associées d'une société de personnes canadienne. L'un des associés étant responsable d'une portion de la dette de la société de personnes, le tribunal avait conclu que dans les faits, la dette était celle des associés et non de la société de personnes.

[53] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2005-0155331E5, 5 décembre 2005.

Par conséquent, une société canadienne qui serait détenue par des « actionnaires non-résidents déterminés » par l'intermédiaire d'une société de personnes ayant une dette envers cette dernière pourrait se voir refuser une déduction à l'égard des intérêts payables à la société de personnes.

L'ARC a aussi récemment précisé que si une société de personnes est créée pour acquérir les dettes qu'une société canadienne a envers des actionnaires non résidents déterminés dans un but d'évitement des règles de capitalisation restreinte, elle appliquera la règle générale antiévitement[54].

2.1.6. Compte de surplus et règles de capitalisation restreinte

Notons enfin que les propositions législatives de 2004[55] précisent que les règles de capitalisation restreinte prévues au paragraphe 18(4) L.I.R. ne doivent pas être prises en considération lors du calcul des « gains » aux fins de l'application du paragraphe 5907(1) du *Règlement de l'impôt sur le revenu*[56]. En effet, lorsqu'une société étrangère affiliée d'un contribuable canadien n'est pas requise de calculer un revenu ou un bénéfice selon la loi de son pays de résidence, la définition de « gains » au paragraphe 5907(1) R.I.R. prévoit que les « gains » de la société étrangère affiliée aux fins du calcul des surplus de cette dernière devront inclure les revenus et bénéfices calculés selon les règles canadiennes.

Bien que la définition de « gains » exclue certaines dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, aucune référence n'était faite au paragraphe 18(4) L.I.R. Par conséquent, au moment de calculer les « gains » de la filiale, il fallait tenir compte des dettes qu'elle pouvait avoir envers d'autres filiales du groupe afin de déterminer si la dépense d'intérêt était totalement déductible.

Il faudra à l'avenir ne pas tenir compte des règles de capitalisation restreinte canadienne dans le calcul des « gains », ce qui entraînera une

---

54 AGENCE DU REVENU DU CANADA, décision anticipée 2005-0123631, 3 janvier 2005.

55 CANADA, ministère des Finances, *op. cit.*, note 4, par. 133(15), proposant l'ajout du nouvel alinéa 95(2)f.1) L.I.R.

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

réduction des « gains » aux fins des différents comptes de surplus de la filiale[57].

En conclusion, notons que les règles de capitalisation restreinte actuellement en vigueur sont relativement simples et n'entraînent généralement pas de limitations indues des intérêts déductibles. Certaines précautions doivent cependant être prises lors du financement d'une société par des non-résidents afin de respecter le ratio permis de la dette sur l'avoir des actionnaires. Dans le cas contraire, une augmentation du fardeau fiscal aura des répercussions négatives sur le coût réel du financement obtenu.

3. FINANCEMENT

3.1. INTÉRÊT RÉPUTÉ EN VERTU DE L'ARTICLE 17 L.I.R.

3.1.1. Généralités

L'article 17 L.I.R. a fait l'objet de nombreux commentaires et analyses depuis les importantes modifications de 1998. De nombreux articles[58] font état de plusieurs anomalies et conséquences fiscales indésirables reliées au libellé de l'article. L'application de ces règles de façon presque quotidienne de la part de la communauté fiscale démontre que celles-ci présentent toujours des problèmes de double imposition ou d'imposition multiple.

Cependant, pour des raisons qui demeurent incertaines, le ministère des Finances n'a toujours pas annoncé de modifications visant à régulariser certaines de ces anomalies, qui conduisent parfois à double imposition pour la même entité, et/ou pour plusieurs entités.

---

[57] Ce rajustement fait suite à une lettre d'intention du ministère des Finances du 16 mai 2005 qui soulignait cette anomalie et à laquelle le Ministère acquiesçait.

[58] Voir, entre autres, Penny WOOLFORD-MARSHALL, « Amendments to Section 17 », (1999), vol. 47, n° 3 *Revue fiscale canadienne* 640-662; Richard TREMBLAY, « Amendments to Section 17 Anti-Avoidance Rules », (1999), vol. VIII, n° 3 *International Tax Planning* 573-578; Evelyn MOSKOWITZ, « Financing of Non-Residents and the Recent Amendments to Section 17 », dans *1999 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2000, pp. 43:1-61; Richard TREMBLAY et Scott WILKIE, « The Canadian Triangle: Tax Policy Reflections on the Uneasy Interaction of Subsection 15(2), Section 17 and Subsection 95(2) », dans *2002 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2003, pp. 18:1-17; et Terry MCDOWELL, « Section 17: Practical Issues Arising from the Indirect Indebtedness Rule », dans *2004 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2005, pp. 19:1-27.

La présente section analysera donc certaines de ces anomalies. Puisque l'objet du présent texte est de réviser certains pièges en fiscalité internationale, nous nous limiterons dans nos commentaires aux opérations les plus fréquentes.

3.1.2. Financement par voie de prêts directs

3.1.2.1. Généralités

Le paragraphe 17(1) L.I.R. prévoit l'inclusion d'un montant d'intérêt réputé aux revenus d'un créancier résidant au Canada lorsque celui-ci émet une créance en faveur d'une personne non résidente à un taux d'intérêt inférieur à un taux raisonnable dans certaines circonstances.

Une société canadienne sera tenue d'inclure, dans le calcul de son revenu pour l'année, un certain montant au titre des intérêts payables à l'égard de la créance si :

- une personne non résidente est débitrice d'une créance d'une société résidente du Canada;

- la créance est impayée depuis plus d'un an; et

- le total des montants suivants est inférieur aux intérêts calculés à un taux prescrit sur la créance pour la période de l'année pendant laquelle cette créance était due.

Le montant à inclure est égal à l'excédent éventuel des intérêts qui seraient inclus dans le calcul de son revenu s'ils étaient calculés au taux prescrit sur le total des trois montants suivants :

- le montant déjà inclus dans le calcul du revenu de la société résidente du Canada pour l'année au titre ou en règlement total ou partiel des intérêts sur la créance;

- le montant reçu ou à recevoir par la société résidente du Canada d'une fiducie qui est inclus dans le calcul du revenu de la société résidente du Canada pour l'année ou pour une année ultérieure et qu'il est raisonnable d'imputer aux intérêts sur la créance pour la période de l'année pendant laquelle elle était due; et

- un montant qui est inclus dans le calcul du revenu de la société résidente du Canada pour l'année ou pour une année ultérieure en vertu du

paragraphe 91(1) L.I.R. et qu'il est raisonnable d'imputer aux intérêts sur la créance pour la période de l'année pendant laquelle elle était due (le « revenu étranger accumulé tiré de biens » (ci-après « RÉATB ») pour l'année).

Des exceptions à l'application des dispositions du paragraphe 17(1) L.I.R. sont prévues au paragraphe 17(8) L.I.R.

Le paragraphe 17(8) L.I.R. s'applique à l'égard d'une somme qu'une personne non résidente doit à une société résidente du Canada si la personne non résidente est une société étrangère affiliée contrôlée de la société résidente canadienne et que l'une des deux conditions suivantes est satisfaite :

- La somme est attribuable à un prêt ou à une avance d'argent consenti à la société étrangère affiliée contrôlée dont elle s'est servie tout au long de la période ayant commencé au moment où le prêt ou l'avance a été consenti et s'étant terminée à la fin de l'année ou, s'il est antérieur, au moment où la somme a été remboursée, à l'une des fins suivantes :

  - tirer un revenu d'une entreprise exploitée activement au sens du paragraphe 95(1) L.I.R., par elle, ou gagner un revenu qui a été inclus, en vertu du paragraphe 95(2) L.I.R., dans le calcul de son revenu provenant d'une entreprise exploitée activement par elle, ou

  - consentir un prêt ou une avance d'argent à une autre société étrangère affiliée contrôlée de la société résidente canadienne dans le cas où, si des intérêts à inclure dans le calcul du revenu de la société étrangère affiliée contrôlée étaient payables sur le prêt ou l'avance d'argent, ils ne seraient pas à inclure dans le calcul du RÉATB de la société étrangère affiliée contrôlée[59];

ou

- La somme est attribuable à une entreprise exploitée activement, au sens du paragraphe 95(1) L.I.R., par la société étrangère affiliée contrôlée tout au long de la période ayant commencé au moment où la somme est devenue due et s'étant terminée à la fin de l'année ou, s'il est antérieur, au moment où la somme a été remboursée.

---

[59] Les intérêts seraient, par exemple, considérés comme des revenus d'entreprise exploitée activement par application du sous-alinéa 95(2)a)(ii) L.I.R.

Il est intéressant de noter que la première exception pour les sommes dues par une société étrangère affiliée contrôlée à sa société mère canadienne ne s'applique uniquement à l'égard d'un prêt ou d'une avance (contrairement au libellé du paragraphe 17(1) L.I.R. qui inclut toute « créance »). Par conséquent, toute autre dette d'une société étrangère affiliée contrôlée envers sa société mère qui n'est pas un prêt ou une avance pourrait techniquement être assujettie aux dispositions du paragraphe 17(1) L.I.R. Par contre, un compte client qui est attribuable à l'exploitation active de la filiale pourrait être couvert par l'application de la seconde exception puisque cette dernière ne requiert pas que la créance se qualifie de « prêt ou avance d'argent »[60].

Dans le cas où les sommes sont reprêtées, bien que le paragraphe 17(8) L.I.R. ne le prévoit pas expressément, il faut porter une attention particulière à quelle ou quelles entités les sommes sont reprêtées. En effet, pour pouvoir bénéficier des dispositions de recaractérisation des revenus prévue au paragraphe 95(2) L.I.R., l'entité à qui seront prêtées les sommes par la société étrangère affiliée contrôlée de la société canadienne doit être une société non résidente liée à la société canadienne et à la société étrangère affiliée contrôlée[61], une société étrangère affiliée dans laquelle la société canadienne a une participation admissible[62] ou une autre société étrangère affiliée contrôlée de la société canadienne[63].

Par conséquent, l'exception du paragraphe 17(8) L.I.R. ne serait pas applicable, par exemple, si la société étrangère affiliée contrôlée reprêtait ces sommes à une société autre que celles mentionnées ci-dessus.

La définition de « société étrangère affiliée contrôlée » s'entend au sens du paragraphe 95(1) L.I.R., si ce n'est que pour l'application de l'article 17

---

60 Al. 17(8)a) L.I.R.

61 Par application de la division 95(2)a)(ii)(A) L.I.R. À cet effet, notons que le ministère des Finances a annoncé récemment que les modifications aux règles des sociétés étrangères affiliées étendraient la portée de cette exception en enlevant la condition pour la société étrangère affiliée d'être liée à la société canadienne en permettant plutôt que la société étrangère affiliée dans laquelle la société canadienne a une participation admissible soit liée à l'autre société étrangère affiliée : CANADA, ministère des Finances, lettre d'intention, 17 juillet 2006.

62 Par application de la division 95(2)a)(ii)(B) L.I.R. L'expression « participation admissible » est définie à l'alinéa 95(2)m) L.I.R. et requiert que la société canadienne détienne, directement ou indirectement, au moins 10 % des actions de la société étrangère affiliée (en vote et en valeur).

63 Condition requise par le sous-alinéa 17(8)a)(ii) L.I.R.

L.I.R.; une société non résidente doit être contrôlée uniquement par des résidents canadiens[64]. En fait, une société étrangère affiliée ne sera une société étrangère affiliée contrôlée aux fins de l'article 17 L.I.R. que si elle est ultimement contrôlée par des Canadiens[65].

Par exemple, dans la situation où une multinationale étrangère (ci-après « MNE ») détient la totalité des actions d'une société canadienne (ci-après « Canco »), et que Canco détient 50 % des actions d'une société étrangère affiliée (ci-après « SÉA ») dont l'autre moitié est détenue par MNE, SÉA ne serait pas une société étrangère affiliée contrôlée de Canco aux fins de l'exception prévue au paragraphe 17(8) L.I.R. puisqu'elle n'est pas contrôlée par des Canadiens[66].

Les propositions législatives de 2002[67] et de 2004[68] relatives aux sociétés étrangères affiliées introduisent tour à tour une nouvelle définition de « société étrangère affiliée contrôlée ». Ces modifications font suite à l'affaire *Silicon Graphics Ltd.* c. *La Reine*[69] et incluent deux nouvelles définitions, la première applicable pour les années commençant après 1995 jusqu'au 27 février 2004 (3 critères), et l'autre applicable pour les années commençant après le 27 février 2004 (4 critères)[70].

---

64 Par. 95(1) « société étrangère affiliée contrôlée » et 17(15) L.I.R.

65 Le paragraphe 17(13) L.I.R. élargit également la définition et prévoit que toute société étrangère affiliée contrôlée d'une société canadienne doit aussi être considérée, aux fins de l'article 17 L.I.R., comme une société étrangère affiliée contrôlée d'une autre société canadienne ayant un lien de dépendance avec la première (autrement qu'en raison d'un droit visé à l'alinéa 251(5)b) L.I.R.).

66 Assujetti à l'application du paragraphe 17(14) L.I.R., qui a pour but de décourager les réorganisations ayant comme objectif de transférer le contrôle d'une société étrangère à une société canadienne, le transfert d'une action de SÉA à Canco serait suffisant pour qualifier SÉA de société étrangère affiliée contrôlée aux fins de l'application du paragraphe 17(8) L.I.R. Lors d'une telle réorganisation, il faudra entre autres démontrer qu'elle est motivée principalement par des raisons commerciales autres que l'évitement de l'article 17 L.I.R.

67 CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives et notes explicatives concernant l'impôt sur le revenu (Partie 1 – Modifications techniques)*, 20 décembre 2002.

68 CANADA, ministère des Finances, *op. cit.*, note 4.

69 [2002] 3 C.T.C. 527 (C.A.F.) (ci-après « *Silicon Graphics* »).

70 La différence entre les deux définitions est particulièrement subtile.

Essentiellement, les modifications visent à introduire à la *Loi de l'impôt sur le revenu* la position longtemps adoptée par l'ARC selon laquelle une société étrangère peut être considérée comme une société étrangère affiliée contrôlée (et assujettie par conséquent aux règles de RÉATB) si elle est contrôlée par moins de cinq personnes résidant au Canada, malgré l'absence de lien de dépendance entre elles, ou du fait qu'elles agissent de concert.

En effet, dans l'affaire *Silicon Graphics*[71], la Cour d'appel fédérale avait conclu que la détention dispersée d'actions par des non résidents ne conférait pas le contrôle à ces derniers, contrairement à la position de l'ARC. Les modifications rendront caduque cette décision en ce qui a trait à la détermination du statut de « société étrangère affiliée contrôlée » aux fins de l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

La définition de « société étrangère affiliée contrôlée » aux fins de l'article 17 L.I.R. est quant à elle modifiée pour s'aligner sur les nouvelles définitions prévues au paragraphe 95(1) L.I.R., et serait applicable aux années d'imposition de la société étrangère affiliée d'un contribuable canadien qui commencent après le 23 février 1998[72].

La nouvelle définition se lit comme suit :

« À un moment donné, société étrangère affiliée d'un contribuable résidant au Canada qui, selon le cas :

a) est, à ce moment, une société étrangère affiliée contrôlée du contribuable par l'effet de l'alinéa 94.1(2)h);

b) est, à ce moment, contrôlée par le contribuable;

c) serait, à ce moment, contrôlée par le contribuable s'il était propriétaire de chaque action du capital-actions de la société affiliée qui appartient aux personnes suivantes à ce moment :

(i) le contribuable,

---

71 *Id*.

72 Les propositions législatives introduisent également certaines règles dites de « transparence » qui attribueraient à une société, aux associés d'une société de personnes ou aux bénéficiaires d'une fiducie donnés les actions d'une autre société selon la JVM des actions sous-jacentes aux fins de qualifier une société étrangère affiliée donnée comme étant contrôlée. Voir les alinéas 95(2)u) à x) L.I.R., tels qu'ils sont proposés par CANADA, ministère des Finances, *op. cit*., note 4, par. 133(19).

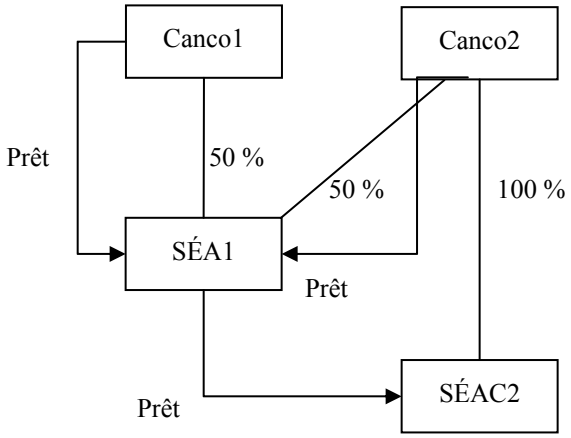
(ii) chaque personne ayant un lien de dépendance avec le contribuable,

(iii) chacune d'un maximum de quatre personnes, mis à part le contribuable et une personne visée au sous-alinéa (ii) résidant au Canada,

(iv) chaque personne ayant un lien de dépendance avec une personne résidant au Canada visée au sous-alinéa (iii)[73]. » (Notre soulignement)

Notons que l'application de la définition proposée de « société étrangère affiliée contrôlée » peut faire en sorte que certaines situations qui, à ce jour, ne pouvaient bénéficier de l'exception prévue au paragraphe 17(8) L.I.R. et étaient assujetties aux dispositions de l'article 17 L.I.R. soient dorénavant écartées de l'application de ces dispositions.

Par exemple, Canco1 et Canco2 détiennent chacune 50 % de SÉA1, une société non résidente. Canco1 et Canco2 n'ont pas de lien de dépendance entre elles. Canco2 détient la totalité des actions de SÉAC2, une société non résidente. Canco1 et Canco2 font chacune un prêt sans intérêt à SÉA1, qui reprête la totalité des sommes à SÉAC2 aux fins d'utilisation dans l'exploitation de son entreprise active.



La définition de « société étrangère affiliée contrôlée » prévue au paragraphe 95(1) L.I.R. telle qu'elle est appliquée par la communauté fiscale et confirmée dans l'affaire *Silicon Graphics* requiert que Canco1 et Canco2

[73] Par. 95(1) « société étrangère affiliée contrôlée » L.I.R. [proposé].

aient un lien de dépendance entre elles afin de déterminer s'il y a contrôle. Ainsi, SÉA1 ne serait pas une société étrangère affiliée contrôlée dans ce cas, puisque Canco1 et Canco2 n'ont pas de lien de dépendance entre elles.

La définition proposée ne requiert uniquement que SÉA1 soit contrôlée par un contribuable, s'il était propriétaire de chaque action du capital-actions de la société affiliée qui appartient à un groupe d'au plus quatre personnes résidentes du Canada, autres que le contribuable. Ainsi, puisque SÉA1 serait contrôlée par Canco1 (par attribution des actions de Canco2) et par Canco2 (par attribution des actions de Canco1) malgré l'absence de lien de dépendance entre elles, SÉA1 se qualifierait à titre de société étrangère affiliée contrôlée aux fins de l'application des paragraphes 95(1) et 17(15) L.I.R., SEA1 étant contrôlée par des résidents canadiens.

L'exception prévue au paragraphe 17(8) L.I.R. serait par conséquent applicable. Dans ce cas, notons également que le paragraphe 17(2) L.I.R. ne trouverait pas application, l'exception de l'alinéa 17(3)a) L.I.R. étant applicable[74].

Notons que dans les deux situations, SÉAC2 est une société étrangère affiliée contrôlée de Canco2.

Mentionnons qu'aux fins du présent texte, nous utiliserons les nouvelles définitions prévues aux paragraphes 95(1) et 17(15) L.I.R. en présumant que les opérations utilisées à titre d'exemple ont lieu dans une année commençant après le 27 février 2004. De plus, nous présumerons au préalable que la créance est impayée depuis plus d'un an. Il n'y a pas lieu de s'attarder aux implications de ces dispositions dans le cas contraire.

3.1.2.2. Cas de double imposition ou d'imposition multiple – Paragraphe 17(1) L.I.R.

A – Double imposition et RÉATB

Tel qu'il a été mentionné précédemment, le revenu d'intérêt imputé au taux prescrit en vertu de l'article 17 L.I.R. devrait être réduit ou éliminé par le montant de RÉATB imposable au Canada en vertu du paragraphe 91(1) L.I.R. à l'égard des revenus découlant de l'utilisation du prêt.

---

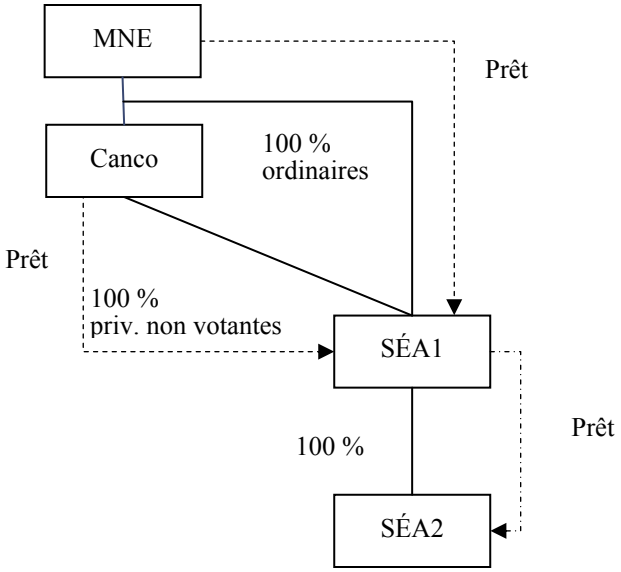
74 L'alinéa 17(3)a) L.I.R. sera analysé plus en détail à la section 3.1.3.

Par exemple, une société canadienne (ci-après « Canco ») détient la totalité des actions d'une société étrangère affiliée contrôlée (ci-après « SÉAC1 ») qui, elle, détient la totalité des actions d'une autre société étrangère affiliée contrôlée (ci-après « SÉAC2 »). SÉAC1 exploite une entreprise de placement. Canco fait un prêt sans intérêt à SÉAC1 et SÉAC1 reprête les sommes à SÉAC2, mais cette fois avec intérêts.

Le premier prêt à SÉAC1 serait attribué à Canco par application des dispositions du paragraphe 17(1) L.I.R. et Canco devra inclure à son revenu pour l'année des intérêts calculés au taux prescrit. Les intérêts gagnés sur le prêt à SÉAC2 sont du RÉATB, que Canco devra également inclure à son revenu pour la même année. La déduction pour le RÉATB déjà inclus pour une année d'imposition prévue au sous-alinéa 17(1)b)(ii) L.I.R. n'est pas disponible, étant donné que le RÉATB inclus n'est pas « imputable aux intérêts sur la créance », cette condition requérant que le RÉATB soit imputable aux intérêts à inclure à l'égard du premier prêt. Comme le RÉATB dans ce cas provient du second prêt, Canco ne pourrait réduire les intérêts imputés à l'égard du premier prêt du RÉATB inclus à l'égard des intérêts réellement payés sur le second prêt.

B – Escalade de prêts à des sociétés non résidentes

L'article 17 L.I.R. trouverait également application dans le cas suivant. MNE détient la totalité des actions ordinaires de SÉA1, alors que Canco, filiale en propriété exclusive de MNE, détient la totalité d'une catégorie d'actions privilégiées non votantes de SÉA1. SÉA1 détient la totalité des actions de SÉA2. Canco et MNE font un prêt sans intérêt à SÉA1, laquelle utilise les fonds pour faire un prêt sans intérêt à SÉA2. SÉA2 utilise les fonds pour l'exploitation d'une entreprise active.



Dans cet exemple, Canco devrait inclure à son revenu pour l'année un revenu d'intérêt au taux prescrit à l'égard de sa portion du prêt à SÉA1 puisqu'aux fins du paragraphe 17(8) L.I.R., SÉA1 n'est pas une société étrangère affiliée contrôlée de Canco, étant contrôlée par une personne non résidente.

Ce qui est troublant, c'est que le prêt effectué par SÉA1 en faveur de SÉA2 est également visé par les dispositions de l'article 17 L.I.R. en raison de la présomption du paragraphe 17(2) L.I.R. relativement aux prêts indirects[75]. Nous reprendrons cet exemple lors de l'analyse des dispositions relatives au paragraphe 17(2) L.I.R.[76]

Ainsi, Canco se voit attribuer des intérêts réputés à inclure à son revenu sur sa portion du prêt effectuée à SÉA1 et sur la totalité du prêt de SÉA1 en faveur de SÉA2. Évidemment, si Canco prête directement à SÉA2, le

---

[75] Cette règle sera analysée plus en détail à la section 3.1.3.

[76] Il n'est pas clair que le paragraphe 248(28) L.I.R. soit applicable pour résoudre cette potentielle double imposition. En effet, ce paragraphe fait référence à « **cette** somme a été incluse, directement ou indirectement ». Ainsi, il est discutable de considérer que le montant d'intérêt inclus à l'égard du premier prêt est la « même somme » que le montant à inclure à l'égard du second prêt.

problème de double imposition disparaît, mais Canco se voit malgré tout attribuer un revenu d'intérêt sur une partie du prêt.

3.1.2.3. Modifications prévues au paragraphe 17(8) L.I.R.

Outre le problème de double imposition exposé ci-dessus et revu en détail ci-après, il est généralement reconnu que l'exception prévue au paragraphe 17(8) L.I.R. est d'application limitée et ne vise pas, entre autres, la situation où une société étrangère affiliée contrôlée utiliserait les sommes pour rembourser un prêt existant qui par ailleurs avait été effectué conformément aux dispositions du paragraphe 17(8) L.I.R.

Les modifications proposées en 2004 relativement aux sociétés étrangères affiliées prévoient maintenant une exception dans certains cas où les fonds sont utilisés pour rembourser un prêt[77]. En effet, les paragraphes 17(8.1) et (8.2) L.I.R. seraient ajoutés à la loi[78] et s'appliqueraient pour inclure l'utilisation des fonds afin de repayer un « emprunt antérieur » dont les fonds avaient été utilisés pour gagner un revenu d'entreprise exploitée activement, réelle ou présumée[79], ou pour repayer un « prix d'achat impayé »[80], dans le cas où l'actif pour lequel une dette existe était utilisé dans une entreprise exploitée activement, réelle ou présumée, de la société étrangère affiliée contrôlée.

Bien que ces allègements soient bienvenus, il n'en demeure pas moins que l'exception prévue au paragraphe 17(8) L.I.R. est d'application encore quelque peu limitée. En effet, on peut se demander pourquoi le législateur est réticent à permettre, par exemple, que l'utilisation des fonds vise l'acquisition d'actions, le versement d'un dividende ou un retour de capital.

Notons que ces amendements seraient applicables à l'égard des années d'imposition commençant après le 23 février 1998.

---

77 CANADA, ministère des Finances, *op. cit.*, note 4, par. 128(1).

78 *Id.*

79 Al. 17(8.1)a) L.I.R. [proposé].

80 Al. 17(8.1)b) L.I.R. [proposé].

3.1.3. Financement par voie de prêts indirects

3.1.3.1. Généralités

Le paragraphe 17(2) L.I.R. est une mesure antiévitement qui étend l'application des règles contenues au paragraphe 17(1) L.I.R. non seulement aux créances émises directement par des sociétés résidant au Canada à des personnes non résidentes mais aux créances émises indirectement par et à des personnes non résidentes.

Le paragraphe 17(2) L.I.R. s'applique à l'égard d'une créance émise à une personne non résidente par une autre personne non résidente ou par une société de personnes donnée s'il est raisonnable de croire que cette dernière a fait crédit à la personne non résidente du fait qu'une société résidente du Canada a prêté ou transféré un bien, directement ou indirectement[81], à une personne ou à une société de personnes (pas nécessairement la société ou la société de personnes donnée), de quelque manière que ce soit.

Dans ce cas, la somme due par la personne non résidente à la personne ou la société de personnes donnée sera réputée due à la société résidente du Canada, cette dernière étant alors assujettie aux dispositions du paragraphe 17(1) L.I.R., menant potentiellement à une imputation de revenu d'intérêt au Canada. Une exception est prévue pour le « prêt ou transfert de biens exclu »[82].

L'objectif principal de cette mesure est double : contrecarrer le financement d'une entreprise active à l'étranger contrôlée par une multinationale étrangère en utilisant à profit les règles sur les sociétés étrangères affiliées et prévenir l'évitement de l'impôt canadien à l'égard des revenus découlant de l'utilisation d'actifs canadiens.

À titre d'exemple, supposons que MNE possède la totalité des actions de Canco. Canco incorpore une société de financement à l'étranger (ci-après « Finco ») et souscrit à la totalité des actions de son capital-actions. Finco utilise ce produit d'émission d'actions afin de faire un prêt portant intérêt à

---

81 Pour plus de détails à l'égard de la notion de transfert effectué « directement ou indirectement », voir Guy FORTIN et Mélanie BEAULIEU, « The Meaning of the Expressions *In the Ordinary Course of Business* and *Directly or Indirectly* », dans *2002 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2003, pp. 36:1-60.

82 Tel qu'il est prévu au paragraphe 17(15) L.I.R., ce concept étant défini ci-après.

faible taux à une société étrangère (ci-après « SÉ») de MNE. SÉ utilise le prêt afin de financer son entreprise exploitée activement à l'étranger située dans un pays avec lequel le Canada a signé une convention fiscale. Dans un tel cas, le revenu gagné par Finco peut être rapatrié sans impôt canadien au niveau de la société canadienne sous forme de dividendes provenant des surplus exonérés de Finco.

L'ARC a contesté ce genre de structure avant l'introduction des dispositions du paragraphe 17(2) L.I.R. par les dispositions de la règle générale antiévitement (ci-après « RGAÉ ») de l'article 245 et du paragraphe 95(6) L.I.R., les trouvant abusives et contraires à l'esprit de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[83].

Sans entrer dans le détail de la polémique engendrée par ce jugement à l'égard de l'application de la RGAÉ et des dispositions du paragraphe 95(6) L.I.R.[84], notons que les dispositions du paragraphe 17(2) L.I.R. atteignent leur objectif en ce sens que le dividende versé par Finco à Canco conserve sa nature de dividende versé à même le surplus exonéré, mais un montant réputé d'intérêt est imposable au Canada à l'égard du prêt effectué par Finco en faveur de SÉ.

Trois principales exceptions sont prévues à titre d'allègement, ces exceptions pouvant être résumées ainsi :

1) l'exception de l'alinéa 17(3)a) L.I.R. s'applique lorsque le débiteur non résident et le créditeur intermédiaire sont des sociétés étrangères affiliées contrôlées au sens du paragraphe 17(15) L.I.R.[85];

---

[83] Voir, entre autres, *Univar Canada Ltd*. c. *La Reine*, [2006] 1 C.T.C. 2308.

[84] Malgré l'intérêt que cette position soulève, nous nous limiterons à mentionner que l'ARC a indiqué à plusieurs reprises récemment son intention d'attaquer, soit par les dispositions de la RGAÉ ou celles du paragraphe 95(6) L.I.R., certains mécanismes de financement internationaux utilisés pour créer des frais d'intérêts ou pour importer des frais d'intérêts provenant d'autres administrations fiscales. En fait, depuis le Congrès 2004 de l'Association canadienne d'études fiscales, l'ARC a préparé quelques exemples de structures où elle estime que l'alinéa 95(6)b) L.I.R. s'appliquera. L'ARC a mentionné avoir l'intention de publier ces exemples dans un prochain numéro du bulletin *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*. Certaines ébauches d'exemples ont été discutées lors de la table ronde de l'ARC à la Conférence de l'IFA tenue à Toronto en mai 2005.

[85] En fait, dans ce cas, les revenus des sociétés étrangères affiliées contrôlées devraient normalement être imposables au Canada à titre de RÉATB, à moins qu'une exception ne soit disponible dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Ainsi, il n'y aurait dans ce cas

(à suivre…)

2) l'exception de l'alinéa 17(3)b) L.I.R. s'applique lorsque le débiteur non résident et le créditeur intermédiaire ne sont pas liés, que la créance comporte des termes que l'on retrouverait normalement entre personnes sans lien de dépendance, et que le revenu d'intérêt, si des intérêts étaient payables sur la créance, ne serait pas considéré comme du RÉATB si le créditeur intermédiaire était une société étrangère affiliée contrôlée de la société canadienne[86]; et

3) le prêt ou le transfert de biens par la société canadienne au profit d'un créditeur intermédiaire est un « prêt ou transfert de biens exclu », au sens du paragraphe 17(15) L.I.R.[87]

Ceci étant dit, tel qu'il a été mentionné précédemment, le libellé de l'article 17 L.I.R. comporte certaines anomalies pouvant entre autres conduire à l'imposition multiple du même revenu.

(…suite)
pas d'érosion de l'assiette fiscale canadienne, auquel cas l'imputation d'un revenu d'intérêt additionnel ne serait pas nécessaire. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle cette exemption n'impose aucune condition à l'égard de l'utilisation des fonds par l'emprunteur non résident.

Ainsi, dans tous les exemples impliquant Finco dans le présent texte, le paragraphe 17(2) L.I.R. ne trouvait pas application si SÉ était une société étrangère affiliée contrôlée de Canco (Finco l'étant déjà).

86 Cette exemption s'applique, entre autres, à des situations de copartenariat financé par une société étrangère détenue en totalité ou en partie par une société canadienne.

87 L'expression « prêt ou transfert de biens exclu » inclut un prêt consenti par une société résidant au Canada à un taux d'intérêt qui n'est pas inférieur à celui sur lequel un prêteur et un emprunteur auraient été prêts à s'entendre s'il n'y avait eu entre eux aucun lien de dépendance au moment où le prêt a été consenti, un transfert de biens (sauf celui effectué en vue d'acquérir des actions du capital-actions d'une société étrangère affiliée d'une société ou d'une société étrangère affiliée d'une personne résidant au Canada avec laquelle la société avait un lien de dépendance) par une société résidant au Canada, ou paiement d'un montant dont elle est débitrice, effectué conformément à une convention dont les modalités sont telles que des personnes n'ayant entre elles aucun lien de dépendance au moment de la conclusion de la convention auraient été prêtes à les conclure, un dividende versé par une société résidant au Canada sur des actions d'une catégorie de son capital-actions et un paiement fait par une société résidant au Canada sur une réduction du capital versé au titre des actions d'une catégorie de son capital-actions, qui n'excède pas le montant total de la réduction.

3.1.3.2. Cas de double imposition ou d'imposition multiple – Paragraphe 17(2) L.I.R.

Premièrement, le montant réputé être dû à la société canadienne à l'égard duquel des intérêts pourraient être imputés en vertu du paragraphe 17(1) L.I.R. n'est pas nécessairement le montant du prêt ou du transfert initial par Canco à Finco, mais bien la somme réacheminée par voie de prêt à SÉ.

Ainsi, le taux d'intérêt exigé par Finco à SÉ n'est pas pris en compte et tout impôt étranger payé par Finco ne serait également pas considéré non plus lors de l'imputation des intérêts à Canco. Par conséquent, l'application des dispositions du paragraphe 17(2), conjointement avec celles du paragraphe 17(1) L.I.R. peut entraîner plusieurs niveaux d'imposition à l'égard du même revenu.

Aussi, mentionnons que le prêt indirect ne doit pas être économiquement lié au prêt ou transfert de biens de la société canadienne. Ainsi, dans le cas type mentionné ci-dessus, si Canco souscrit un montant minimal du capital-actions de Finco, disons 1 000 $, et que Finco obtient du financement externe (5 000 $) qu'elle reprête à SÉ, incluant les 1 000 $ de Canco, Canco se verrait attribuer des intérêts sur le prêt de 6 000 $ fait par Finco à SÉ[88].

Tel qu'il a été mentionné précédemment, les dispositions du paragraphe 17(2) L.I.R. atteignent leur objectif dans l'exemple ci-dessus puisque le dividende versé par Finco à Canco conserve sa nature de dividende versé à même le surplus exonéré, mais un montant réputé d'intérêt est imposable au Canada à l'égard du prêt effectué par Finco en faveur de SÉ. Il n'y a ni double imposition ni érosion de la base fiscale canadienne.

Dans l'hypothèse où le revenu d'intérêt versé par SÉ à Finco serait du RÉATB, l'exception prévue au sous-alinéa 17(1)b)(iii) L.I.R. devrait s'appliquer pour faire en sorte que le revenu ne soit imposable qu'une seule fois au Canada, c'est-à-dire en vertu des dispositions relatives au RÉATB et non par une imputation de revenu d'intérêt selon le paragraphe 17(1) L.I.R.

---

[88] Cette interprétation a été confirmée par l'ARC : AGENCE DU REVENU DU CANADA, Table ronde, *Tax Executives Institute*, document 1999-0007790, 7 décembre 1999.

Cependant, dans le cas où le revenu gagné au niveau de Finco se qualifie de « gains imposables » plutôt de « gains exonérés », ce qui pourrait être le cas, par exemple, si Finco ou SÉ étaient résidentes d'un pays avec lequel Canada n'a pas de convention fiscale, les dispositions de l'article 17 L.I.R. pourrait mener à la double imposition des revenus liés au financement par voie de prêts indirects.

Reprenons l'exemple en supposant que Canco reçoive un dividende de la part de Finco à même son surplus imposable. Canco devra inclure ce dividende à même son revenu imposable au Canada (dans l'éventualité où les impôts étrangers ne seraient pas suffisants pour annuler (ou à tout le moins réduire) le dividende imposable)[89] et elle sera également réputée avoir gagné un revenu d'intérêt au taux prescrit relativement au prêt effectué par Finco à SÉ[90].

Prenons un autre exemple où le paragraphe 17(2) L.I.R. peut avoir des résultats indésirables. MNE détient toutes les actions de Canco et de SÉ. Canco acquiert la totalité des actions de SÉAC qui exploite une entreprise active dans un pays avec lequel le Canada a signé une convention fiscale. Les opérations commerciales de SÉAC génèrent des surplus qui excèdent ses besoins de financement. Plutôt que de distribuer les fonds excédentaires à Canco, SÉAC prête ces fonds à SÉ.

Comme les dispositions du paragraphe 17(2) L.I.R. ne requièrent pas une identification directe du transfert de bien, il pourrait s'ensuivre « s'il est raisonnable de conclure » que les fonds prêtés résultent, « directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit », du fait de l'acquisition des actions de SÉAC, qu'une telle opération soit visée par l'article 17 L.I.R.[91]

---

89 Les alinéas 113(1)b) et c) L.I.R. prévoient un allègement pour les impôts étrangers payés par la filiale qui verse le dividende. Dans tous les cas où le taux d'impôt étranger (incluant le taux de retenue à la source applicable au dividende) est inférieur au taux d'impôt canadien payable par ailleurs, le dividende reçu à même le surplus imposable de la filiale sera imposable au Canada pour la portion non assujettie d'impôt à l'étranger.

90 L'allègement prévu par le paragraphe 248(28) L.I.R. ne semble pas disponible du fait que le revenu provient de deux sources différentes, dividende et intérêts. En fait, l'ARC a considéré l'application de cet article dans ce contexte et a conclu que le paragraphe 248(28) L.I.R. ne s'appliquait pas à ce genre de situation. Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 2000-0011895, 1er décembre 2000 et 2000-0056495, 21 novembre 2000.

91 Si cette transaction n'est pas visée par les dispositions de l'article 17 L.I.R. prises dans leur ensemble, peut-être alors que le test de « raisonnable de conclure » devrait être remplacé par un test relativement aux séries de transactions.

Cet exemple illustre à quel point le paragraphe 17(2) L.I.R. ne requiert qu'un lien particulièrement ténu entre le transfert de propriété et l'endettement d'une société étrangère. Ce lien devient encore plus mince lorsque plusieurs sociétés d'un même groupe sont impliquées et que le nombre de transactions augmente.

En plus des anomalies mentionnées ci-dessus, reprenons l'exemple de base numéro 1 à la section 3.1.2.2. (élément B).

On se rappellera que MNE détient la totalité des actions ordinaires de SÉA1, alors que Canco, filiale en propriété exclusive de MNE, détient la totalité d'une catégorie d'actions privilégiées non votantes de SÉA1. SÉA1 détient la totalité des actions de SÉA2. Canco et MNE font un prêt sans intérêt à SÉA1, laquelle utilise les fonds pour faire un prêt sans intérêt à SÉA2.

Tel qu'il a été mentionné précédemment, Canco devrait inclure dans son revenu pour l'année un revenu d'intérêts au taux prescrit à l'égard de la portion du prêt de Canco à SÉA1 puisqu'aux fins du paragraphe 17(8) L.I.R., SÉA1 n'est pas une société étrangère affiliée contrôlée de Canco, étant contrôlée par une personne non résidente.

Nous avons également mentionné que le prêt effectué par SÉA1 en faveur de SÉA2 serait également visé par les dispositions de l'article 17 L.I.R. en raison de la présomption du paragraphe 17(2) L.I.R. En effet, la notion de « prêt ou transfert de biens exclu » ne peut empêcher l'application du paragraphe 17(2) L.I.R. car Canco est liée à SÉA1.

Les exemptions des alinéas 17(3)a) et b) L.I.R. ne peuvent également pas s'appliquer, car SÉA1 et SÉA2 ne sont pas des sociétés étrangères affiliées contrôlées de Canco et ces deux sociétés étrangères sont liées entre elles.

De plus, le montant d'intérêt imputé à Canco en vertu du paragraphe 17(1) L.I.R. se calculerait sur l'ensemble du prêt de SÉA1 à SÉA2 et non uniquement sur les fonds qui sont avancés par Canco. Ainsi, Canco se voit attribuer des intérêts réputés à inclure à son revenu sur sa portion du prêt effectuée à SÉA1 et sur la totalité du prêt de SÉA1 en faveur de SÉA2 (incluant la partie du prêt effectuée par MNE). Évidemment, si Canco prête directement à SÉA2, le problème de double imposition disparaît, mais Canco se voit malgré tout attribuer un revenu d'intérêt sur une partie du prêt.

La double imposition devient multiple si Canco effectue ses investissements dans les sociétés étrangères 1 et 2 par le biais de sa filiale en

propriété exclusive, Canholdco et Canholdco utilise le produit d'émission de ses actions pour faire le prêt à SÉ1.

Comme pour Canco dans l'exemple précédent, Canholdco pourrait être assujettie à une double imposition du revenu d'intérêt, une première fois sur la portion de son prêt direct à SÉA1 et une seconde fois sur la totalité du prêt indirect de SÉA1 à SÉA2.

Canco ne se verrait pas attribuer un revenu d'intérêt à l'égard du prêt indirect de Canholdco à SÉA1, car Canholdco est une société résidente du Canada. Cependant, Canco se verrait attribuer un revenu d'intérêt de la même façon que Canholdco, à l'égard du prêt indirect de SÉA1 à SÉA2.

L'imputation pourrait continuer ainsi de façon infinie pour Canco et Canholdco si, par exemple, SÉA2 utilisait le produit du prêt pour effectuer un autre prêt à sa filiale étrangère, et ainsi de suite.

À cet effet, mentionnons que justement dans le cas de groupes multinationaux, la filiale canadienne n'a souvent pas son mot à dire quant à l'utilisation des fonds dans les autres filiales du groupe, ni même la connaissance de ce qui se passe à la suite des transactions qui l'impliquent. Ainsi, les dispositions de l'article 17 L.I.R. peuvent trouver application malgré le fait que Canco ou Canholdco n'avaient pas « l'intention » d'effectuer un prêt ou un transfert de bien menant à un prêt à une personne non résidente par une autre personne non résidente.

Mentionnons aussi que dans tous ces exemples, la séquence des transactions ne semble pas importer. Le prêt pourrait être émis avant le transfert du bien, et les conditions du paragraphe 17(2) L.I.R. seraient remplies malgré tout.

L'ARC a confirmé l'application des dispositions du paragraphe 17(2) L.I.R. dans le cas suivant[92].

MNE détient 100 % des actions de Canco et de SÉ1. SÉ1 détient la totalité des actions de SÉ2. MNE veut transférer à Canco les actions de SÉ2. Selon la loi de l'impôt de son pays de résidence, ce transfert aurait des conséquences fiscales négatives pour MNE, ce qui ne serait pas le cas, si les actions lui étaient d'abord transférées. Par conséquent, SÉ1 transfère les actions en question à MNE en contrepartie d'un billet. MNE vend ensuite les

[92] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2004-0072333E5, 19 mai 2005.

actions à Canco en contrepartie d'argent, d'actions et/ou de dette. Dans ce cas, l'ARC précise qu'il est raisonnable de conclure que MNE est devenue débitrice de SÉ1 par anticipation du transfert des actions à Canco. Comme Canco transfère un « prêt ou un bien » qui n'est pas un « prêt ou transfert de bien exclu » en contrepartie des actions, les dispositions du paragraphe 17(2) L.I.R. s'appliquent pour réputer Canco détenteur de la dette émise à SÉ1.

Mentionnons une autre situation où l'article 17 L.I.R. semble s'appliquer de façon inattendue. En référence au scénario impliquant la création de Finco, posons l'hypothèse que Canco se départit des actions de Finco. Par exemple, si Canco distribue les actions de Finco à MNE sans que le prêt à SÉ ne soit remboursé, des intérêts au taux prescrit pourraient toujours être attribués à Canco. En effet, l'article 17 L.I.R. ne prévoit pas de limitation dans le cas où la société canadienne n'est plus propriétaire des actions de la société non résidente prêteuse.

Dans ce cas, que les actions soient distribuées par voie de dividende, ou simplement transférées, le transfert entraîne une imposition du gain en capital au niveau de Canco et assujettit le paiement du dividende versé à MNE à une retenue à la source en vertu de la Partie XIII L.I.R.[93]

Les dispositions de l'article 17 L.I.R. continueraient par contre aussi de s'appliquer à Canco, les dispositions du paragraphe 17(7) L.I.R. relativement au paiement de l'impôt de la Partie XIII L.I.R. n'étant pas applicables puisque la retenue à la source est effectuée à l'égard du dividende et n'est pas attribuable à la somme prêtée, tel qu'il est requis par le paragraphe 17(7).

Cependant, si SÉ avait remboursé le prêt avant que Canco ne distribue les actions de Finco à MNE, Canco aurait reçu un dividende de Finco et les dispositions de l'article 17 L.I.R. n'auraient pas été applicables. En fait, ces dispositions n'auraient pas été applicables malgré le fait que MNE aurait reprêté immédiatement les sommes à SÉ[94].

Pratiquement, par contre, le remboursement du prêt peut ne pas toujours être possible pour des raisons économiques telles que l'imposition d'impôts

---

93 Par. 212(2) L.I.R.

94 En effet, le versement du dividende par Canco à MNE préalablement au prêt à SÉ serait un « prêt ou transfert de bien exclu » en vertu de l'alinéa c) de la définition prévue au paragraphe 17(15) L.I.R., excluant ainsi cette opération de la portée du paragraphe 17(2) L.I.R.

locaux, le manque de liquidités de la société débitrice, ou du groupe, implications des taux de change, etc.

3.1.3.3. Corrélation entre les paragraphes 18(4) et 17(2) L.I.R.

Le type de prêt ou transfert qui ne se qualifie pas à titre de « prêt ou transfert de biens exclus » le plus courant est l'arrangement *back to back* (prêts adossés) utilisé occasionnellement pour éviter qu'il y ait une retenue à la source fiscale étrangère sur le paiement d'intérêt ou pour contourner lorsque cela est possible les règles de capitalisation restreinte étrangères.

Dans un arrangement *back to back*, la société canadienne avance généralement des fonds sans intérêt à une institution financière résidente du même pays que la filiale emprunteuse. L'institution financière utilise le produit de l'avance, moins sa commission, pour faire un prêt sans intérêt à la filiale étrangère de la société canadienne. Dans ces circonstances, l'avance de fonds à l'institution financière ne serait pas un « prêt ou transfert de biens exclu », car les conditions de l'avance ne sont pas celles que l'on retrouverait normalement entre parties sans lien de dépendance.

Ainsi, le prêt à la filiale étrangère par l'institution financière serait réputé être fait par la société canadienne en vertu du paragraphe 17(2) L.I.R. à moins que l'une des exceptions ne soit applicable.

Les exceptions prévues aux alinéas 17(3)a) et b) L.I.R. ne sont pas applicables dans ce cas puisque l'institution financière étrangère n'est pas une société étrangère affiliée contrôlée de la société canadienne et les termes du prêt effectué par la banque à la filiale étrangère ne sont pas des termes qui existeraient entre personnes sans lien de dépendance.

Par contre, l'exception discutée précédemment relativement au prêt direct prévu au paragraphe 17(8) L.I.R. pourrait s'appliquer si la filiale étrangère est une société étrangère affiliée contrôlée de la société canadienne et si la société étrangère affiliée contrôlée utilise le produit du prêt que lui a fait l'institution étrangère pour gagner un revenu d'entreprise exploitée activement. Si le prêt n'est pas utilisé à des fins admissibles, un revenu d'intérêt sera imputable à la société canadienne en vertu du paragraphe 17(1) L.I.R.

Enfin, mentionnons que les propositions législatives du 27 février 2004 relatives aux sociétés étrangères affiliées ne proposent aucune modification au paragraphe 17(2) L.I.R. et autres règles y afférentes.

Enfin, notons aussi en rafale quelques anomalies qui n'ont pas fait l'objet d'une analyse détaillée dans le présent article, mais qui sont toujours applicables :

- le RÉATB gagné par une société de personnes est inclus dans le calcul du revenu des associés en vertu de l'article 96 et non du paragraphe 91(1) L.I.R.; le montant inclus dans le calcul du revenu de l'associé en vertu des paragraphes 17(1) et 17(4) L.I.R. n'est pas diminué par le RÉATB gagné par la société de personnes;

- le paragraphe 17(8) L.I.R. ne s'applique seulement qu'à certains types de prêts ou avances; le paragraphe 17(1) L.I.R. s'applique à tout type de créance;

- le paragraphe 17(8) L.I.R. ne s'applique pas si la société étrangère affiliée contrôlée emprunte pour payer un dividende ou retourner du capital, ou pour acquérir des actions;

- le paragraphe 17(1) L.I.R. ne tient pas compte du revenu imputé par des dispositions autres que le paragraphe 91(1) L.I.R., tel le paragraphe 94(1) L.I.R. qui assujettit une fiducie discrétionnaire non résidente à l'impôt canadien dans certaines circonstances.

CONCLUSION

Le présent texte ne visait en aucun cas à faire une analyse exhaustive des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* traitées dans cet article, mais plutôt à mettre en lumière, dans un contexte de transactions somme toute assez routinières, quelques éléments à considérer afin d'éviter des conséquences fiscales indésirables et inattendues.

Dans un contexte de globalisation des marchés, les opérations interfrontalières sont maintenant présentes de façon presque quotidienne dans notre pratique, nécessitant une attention accrue en raison de la quantité et de la complexité des règles touchant ces opérations. Comme dit l'adage, mieux vaut prévenir que guérir.

LA CHINE ET L'INDE – CONSIDÉRATIONS FISCALES

Claire Laplante
Associée, CA, CPA
Samson Bélair/Deloitte & Touche
s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 17:3

1. CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES 17:4

2. LA CHINE 17:5

2.1. FORME LÉGALE 17:5
2.1.1. Société à détention étrangère/WFOE 17:5
2.1.2. Participation conjointe en équité/EJV 17:6
2.1.3. Coopérative/CJV 17:6
2.1.4. Société à équité conjointe/JSC 17:7
2.1.5. Société à responsabilité limitée/LLC 17:7
2.1.6. Capitalisation 17:7
2.1.7. Succursale et bureau de représentation 17:8
2.2. FISCALITÉ DES ENTREPRISES 17:9
2.2.1. Aperçu 17:9

2.2.2. Calcul du revenu imposable 17:10
2.2.3. Taux d'imposition 17:10
2.2.4. Pertes fiscales 17:11
2.2.5. Gain en capital 17:11
2.2.6. Considérations fiscales internationales 17:11
2.3. AUTRES TAXES 17:12
2.4. CONFORMITÉ FISCALE ET ADMINISTRATION 17:13

3. L'INDE 17:13

3.1. FORME LÉGALE 17:13
3.1.1. Société à responsabilité limitée/LLC 17:14
3.1.2. Société de personnes 17:14
3.1.3. Succursale, bureau de représentation et bureau de liaison 17:15
3.2. FISCALITÉ DES ENTREPRISES 17:15
3.2.1. Aperçu 17:15
3.2.2. Calcul du revenu imposable 17:16
3.2.3. Taux d'imposition 17:17
3.2.4. Pertes fiscales 17:17
3.2.5. Gain en capital 17:17
3.2.6. Considérations fiscales internationales 17:18
3.3. AUTRES TAXES 17:18
3.3.1. Taxe sur la valeur ajoutée 17:18
3.3.2. Taxe sur les services, douanes et droits d'accise 17:19
3.3.3. Autres taxes et droits 17:19
3.4. CONFORMITÉ FISCALE ET ADMINISTRATION 17:20

INTRODUCTION*

Pourquoi les prix du pétrole et autres produits de base ont tant augmenté au cours des dernières années? Comment nos voisins du Sud sont-ils en mesure de pallier un déficit commercial si important sans augmentation significative de leur taux d'intérêt? Pourquoi le prix de plusieurs produits de consommation est-il resté stable ou a même baissé comparativement à d'autres biens ou services?

Une partie de la réponse est sans doute : la Chine. De son émergence en tant que puissance mondiale et de son intégration globale résultent des ramifications très significatives sur l'économie mondiale. Selon les experts, la croissance rapide de la Chine est un des facteurs qui contribue à l'augmentation des prix du brut. Sa politique monétaire et, plus particulièrement, l'accumulation de réserves font en sorte que les États-Unis sont plus aptes à faire face à leur déficit commercial. Finalement, les investissements majeurs chinois en installations manufacturières continuent à créer une pression à la baisse sur les prix et les marges des entreprises manufacturières de tous les pays industrialisés.

La croissance rapide de la Chine fait maintenant partie de l'histoire économique des temps modernes. Et voilà que les indicateurs économiques laissent présager que l'Inde suit une trajectoire similaire, caractérisée par des taux de croissance impressionnants et une intégration rapide dans l'économie mondiale.

Les grands leaders d'aujourd'hui ne peuvent plus ignorer la Chine et l'Inde dans leur stratégie globale. Pour l'instant, la Chine est encore vue comme l'endroit où produire et où se procurer des biens alors que l'on attribue, principalement, à l'Inde l'industrie des services. Pourtant, dans un avenir très rapproché, cette différence de marché viendra s'atténuer, voire disparaître. De plus, ces deux pays offrent un potentiel de marché en pleine effervescence, quoique la Chine semble être en avance au chapitre des investissements.

Depuis 1991, plusieurs politiques économiques et fiscales de l'Inde visent à intégrer le pays à l'économie mondiale en ouvrant ses portes aux investisseurs étrangers et à la collaboration dans le domaine technologique.

* L'auteur tient à remercier M. Mark Rintoul du groupe de fiscalité internationale des sociétés du bureau de Samson Bélair/Deloitte & Touche s.e.n.c.r.l. de Montréal pour sa contribution importante à ce texte.

L'Inde ne cache pas ses objectifs d'acquérir de nouvelles technologies, d'augmenter ses réserves en devises étrangères et d'offrir des mesures afin de rendre les entreprises indiennes plus compétitives sur la scène internationale.

Après une longue période de froid entre les deux pays, la Chine et l'Inde sont en train de développer des liens économiques significatifs. Les échanges commerciaux entre les deux pays sont en croissance, ce qui crée une concurrence et des perspectives d'avenir pour les compagnies internationales des pays plus développés. Les experts économiques sont d'avis que cette relation commerciale devrait accélérer l'essor de compagnies globales basées en Chine et en Inde.

Pour la plupart des compagnies actives sur la scène internationale, la Chine et l'Inde sont aujourd'hui devenues des économies stratégiquement incontournables, d'où l'importance de bien comprendre leur environnement légal, réglementaire et fiscal, ainsi que les particularités domestiques concernant les mouvements de capitaux.

Le présent texte vise à dresser un portrait des principales considérations fiscales dont il faut tenir compte lorsqu'une entreprise étrangère désire faire affaire en Chine ou en Inde. Nous ne couvrirons pas, ici, les règles légales en matière d'investissement direct étranger ni les règles relatives au contrôle de change et autres règles applicables à certains secteurs d'industrie. Ces règles sont volumineuses et pourraient faire l'objet d'un texte en soi. Le lecteur est par ailleurs avisé de l'importance de bien les appliquer dans un contexte d'expansion vers ces deux marchés.

1. CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES

Les questions les plus souvent soulevées par les entreprises qui veulent faire affaire avec la Chine ou l'Inde incluent :

- Quelle est la forme légale à privilégier?

- Quel sera le modèle d'affaire le plus efficace? Fabrication sous contrat? Octroi de licences? Franchisage? Agents? Réseau de distributeurs?

- Comment intégrer l'investissement étranger dans la structure globale actuelle de l'entreprise? Devrait-on interposer une société de portefeuille?

- De quelle façon financer l'investissement étranger? Injection de capital? Prêt intercompagnie? Devise locale ou devise étrangère? Financement local?

- Quelle sera la façon la plus simple et efficace de rapatrier les profits?

- Comment gérer les flux de trésorerie? Les fluctuations de change?

- Quels seront les impacts lors du retrait? La stratégie de sortie?

- Comment devrait-on aborder les questions de prix de transfert à l'intérieur du groupe international? Comment s'assurer d'être en conformité alors que les règles locales à cet égard sont en constante évolution?

À cette liste préliminaire pourrait s'ajouter les stratégies de fusion et d'acquisition, car ce sont aussi des approches que l'investisseur pourrait considérer dans sa stratégie d'expansion. Ces questions complexes débordent évidemment du cadre du présent texte.

2. LA CHINE

2.1. FORME LÉGALE

Un investisseur étranger peut choisir entre une société à détention étrangère ou *wholly foreign-owned enterprise* (ci-après « WFOE »), une participation conjointe en équité ou *equity joint venture* (ci-après « EJV »), une coopérative ou *co-operative joint venture* (ci-après « CJV »), une société à équité conjointe ou *joint-stock company* (ci-après « JSC »), une société à responsabilité limitée ou *limited-liability company* (ci-après « LLC »), un bureau de représentation ou une succursale.

2.1.1. Société à détention étrangère/WFOE

La WFOE constituée en société à responsabilité limitée est généralement le véhicule privilégié par les investisseurs étrangers, à moins que le type d'investissement n'oblige la participation d'un partenaire local ou encore que l'ajout d'un partenaire local fasse partie de la stratégie de pénétration adoptée par l'entreprise. C'est le cas pour certaines industries telles que l'immobilier où les participations conjointes (*joint ventures*) sont plus utilisées puisque le partenaire chinois va souvent y contribuer avec des actifs stratégiques tels que des terrains ou des droits d'usage de biens immobiliers situés dans des emplacements stratégiques.

La WFOE est généralement financée entièrement par les fonds provenant de l'investisseur étranger et elle est responsable des profits et des pertes. Elle doit s'enregistrer comme entité légale distincte, ce qui lui donne, entre autres, le pouvoir d'exercer ses droits et privilèges légaux en tant que personne morale. Le contrôle réside entièrement entre les mains de l'investisseur étranger qui a contribué au capital. Par contre, il est possible pour ce dernier d'accorder des pouvoirs de représentation légale à des tiers.

Le processus d'enregistrement initial est relativement complexe et beaucoup d'information, tant sur la société étrangère actionnaire que sur le projet en Chine, doit être fournie. Un système comptable en accord avec les standards chinois doit être mis en place et certains rapports financiers doivent être soumis pour approbation auprès des autorités fiscales et financières.

2.1.2. Participation conjointe en équité/EJV

Une EJV constituée sous forme de société à responsabilité limitée est une entité légale dont les actionnaires peuvent être un ou plusieurs étrangers et un ou plusieurs investisseurs chinois. La participation au capital ainsi qu'aux profits et aux pertes est déterminée sur la base de la contribution respective de chaque partenaire au capital enregistré de l'EJV. Il n'y a pas de limite au nombre de partenaires, tant local qu'étranger. Par ailleurs, l'investisseur étranger doit détenir un minimum de 25 % de participation.

Les EJV étaient autrefois un véhicule d'investissement très populaire auprès des étrangers. Lorsque la Chine a levé ses barrières comme le proposait fortement l'Organisation mondiale du commerce (ci-après « OMC »), permettant enfin aux investisseurs étrangers de détenir la totalité des actions dans certaines industries, dont le commerce de détail et la distribution, les EJV ont perdu en popularité au profit des WFOE.

2.1.3. Coopérative/CJV

Une CJV diffère d'une EJV de deux façons. Premièrement, une CJV n'a pas l'obligation d'être une entité légale séparée. Deuxièmement, même si une CJV n'est pas constituée en société en tant que tel, elle peut faire le choix de s'imposer comme entité distincte. Généralement, ce choix est exercé dans un souci que le traitement fiscal soit correctement appliqué.

Contrairement à l'EJV, la participation dans les profits et les pertes d'une CJV n'est pas automatiquement établie en fonction des contributions de chaque membre mais elle l'est plutôt sur la base d'une entente

contractuelle entre les parties. À cet égard, la CJV offre plus de flexibilité pour structurer le partage des risques et des profits entre les partenaires et les investisseurs. Finalement, il n'y a pas de limite dans le nombre d'investisseurs, qu'ils soient locaux ou étrangers.

Généralement, les investisseurs optent pour cette forme juridique pour des projets à court terme. Si la CJV s'enregistre en tant qu'entité légale, l'investisseur étranger doit contribuer à un minimum de 25 % du capital enregistré. Bien souvent, l'investisseur participe à la technologie et au capital de départ, et le partenaire chinois s'assure de la main-d'œuvre, du terrain, des ressources naturelles, de l'eau et de l'énergie.

2.1.4. Société à équité conjointe/JSC

La Chine ouvre graduellement son marché des capitaux et de plus en plus les compagnies étrangères pourront s'inscrire sur les marchés boursiers chinois. Les JSC sont les seules entités avec participation étrangère qui peuvent être inscrites à la Bourse chinoise. Évidemment, ce processus est complexe et demande de nombreuses approbations dont celle de la Banque de la République de Chine (Banque Centrale) et autres autorités de réglementation. Plusieurs contraintes doivent aussi être respectées et ce sujet déborde du cadre de ce texte. Citons, à titre d'exemple, les règlements de la Bourse de Shenzhen qui limitent le montant des émissions à deux fois la valeur comptable des actions existantes (préémission).

2.1.5. Société à responsabilité limitée/LLC

La constitution d'une LLC demande un minimum de deux actionnaires et un maximum de 50 dont la majorité doit être des résidents de la Chine. Pour cette seule raison, ceci est une forme juridique moins attrayante pour un investisseur étranger.

2.1.6. Capitalisation

Les concepts d'« actions autorisées » et « actions émises » ne sont pas pertinents en Chine. Les autorités utilisent plutôt le concept de « capital enregistré », qui est en fait le moment contribué à l'origine par le ou les actionnaires.

Dans le cas d'une WFOE, il n'y a pas de montant minimum ou maximum établi en ce qui concerne le capital contribué par l'investisseur étranger. Le capital peut être sous forme de devise ou d'actif tangible. Une contribution en yuan renminbi demande une approbation préalable. Les

principes internationaux en matière d'évaluation d'actifs doivent être appliqués pour les contributions en actifs tangibles. Il est aussi possible de contribuer à des actifs intangibles (technologies, savoir-faire, etc.) mais leur valeur totale ne doit pas excéder 20 % du capital enregistré total. Le capital enregistré ne peut être réduit, mais il peut généralement être augmenté par tranche dans les trois années suivantes.

D'autres règles de capitalisation s'appliquent aux autres types d'entités (EJV, JSC) mais celles-ci sont complexes et détaillées et débordent du cadre de ce texte.

2.1.7. Succursale et bureau de représentation

La *Loi sur les Sociétés de 1994*[1] permet aux investisseurs la création d'une succursale chinoise d'une compagnie étrangère. Le Conseil d'État n'a pas encore toutefois émis de règlements concernant les procédures de revue et d'approbation ainsi qu'une liste d'activités permises pour ces succursales. Par ailleurs, une succursale n'est pas une entité distincte de son propriétaire (la société étrangère) et, par conséquent, elle ne peut bénéficier des droits et de la protection légale applicables aux entités légales chinoises tel que nous l'avons vu précédemment.

Un investisseur étranger désirant exercer ses activités sous la forme d'une succursale doit désigner un représentant légal.

Plusieurs sociétés étrangères dans le domaine des services continuent de dépendre d'un bureau de représentation chinois pour mener à bien leurs affaires en Chine. Les principaux avantages d'un tel bureau sont que les règles applicables à leurs activités commerciales sont bien établies et que ceci est une façon de créer une présence avec très peu d'investissement initial. Par contre, elles ne réaliseront pas de profit direct de leurs activités commerciales chinoises selon les règlements publiés par le ministère du Commerce (MOFCOM) en 1995. Pour établir un bureau de représentation, la société étrangère n'a qu'à déposer une demande en ce sens. Cette dernière est généralement traitée dans les 30 jours ouvrables de son dépôt et elle doit être renouvelée aux trois ans. À noter que des règles particulières s'appliquent aux institutions financières.

---

[1] *China-Company Law*, promulgué par le décret n° 16 en date du 29 décembre 1993.

2.2. FISCALITÉ DES ENTREPRISES

2.2.1. Aperçu

Depuis que la Chine a joint l'OMC en décembre 2001, les autorités fiscales chinoises subissent une certaine pression pour modifier des lois fiscales en vue d'éliminer graduellement plusieurs traitements préférentiels dont bénéficient les investisseurs étrangers. En fait, ceux-ci bénéficient depuis 1994 d'un des taux d'imposition les plus bas au monde, soit en moyenne 13 %, alors que les entreprises domestiques ont un taux d'imposition de 25 %. Par contre, depuis 2002, les discussions se poursuivent pour introduire un régime de taxation uniforme, applicable à toute forme d'entreprise, qu'elle soit détenue par des étrangers ou des investisseurs locaux. Cette réforme devrait être annoncée et mise en vigueur en 2007. Malgré l'élimination de plusieurs avantages et traitements préférentiels, il pourrait subsister de cette réforme quelques incitatifs fiscaux dirigés vers des secteurs d'industrie très spécifiques.

La State Administration of Taxation (ci-après « SAT »), avec le soutien de ses bureaux régionaux, administre les politiques fiscales chinoises. La SAT et le ministère des Finances travaillent ensemble à l'élaboration de lois et de règlements, à la surveillance et au combat contre l'évasion fiscale. Les investisseurs étrangers sont de plus en plus scrutés à la loupe. En 2003, certains bureaux régionaux ont mis en place un système de points : les entreprises qui ont le meilleur pointage font l'objet de vérifications fiscales plus souples et moins fréquentes.

Depuis 2000, l'entreprise étrangère qui a plus d'un établissement en Chine peut calculer son impôt redevable à ce pays sur une base consolidée. Ainsi, les profits des établissements rentables peuvent être réduits de ceux déficitaires à l'intérieur d'un même groupe de compagnies affiliées.

Pour stimuler les exportations, le gouvernement chinois a augmenté le pourcentage de taxe à la valeur ajoutée (ci-après « TVA ») applicable aux importations consommées par les entreprises exportatrices jusqu'à un remboursement complet pour certains produits. L'impact grandissant de ces mesures sur les finances du gouvernement chinois ont mené à l'introduction de nouvelles règles en matière de remboursement d'intrants vers la fin de 2003 pour presque tous les types de produits. Aujourd'hui, les taux ont pour la plupart été réduits de 17 % à 13 %.

Finalement, notons aussi qu'il n'y a pas de taxe sur le capital pour les entreprises en Chine.

2.2.2. Calcul du revenu imposable

Le calcul du revenu imposable a comme point de départ le revenu comptable. Certaines dépenses ne sont pas déductibles, comme les dépenses en capital, les impôts sur le revenu, l'intérêt sur le capital, les pénalités sur impôt, les pertes causées par un désastre naturel, les dons, les redevances payées à une entité étrangère liée ou la portion des frais de repas et représentation excédant un quota établi.

L'amortissement des actifs est généralement calculé en ligne droite sur une période minimale en tenant compte d'une valeur résiduelle estimée à 10 % de la valeur originale. Des règles particulières s'appliquent aux entreprises de certains secteurs d'industrie, tels que le pétrole et le gaz naturel. Aussi, il est possible de demander une approbation aux autorités fiscales pour utiliser d'autres méthodes que celle de la ligne droite ou encore de réduire la valeur résiduelle sous la barre du 10 %.

2.2.3. Taux d'imposition

La plupart des WFOE et des JV qui sont exploitées en Chine se qualifient pour des congés fiscaux ou des taux réduits, ce qui ramène le taux effectif moyen applicable à environ 15 % (du taux de base de 33 %). Les taux sont réduits d'emblée à 15 % pour les entreprises situées dans des régions spécifiques désignées sous les noms anglais de *special economic zones* (ci-après « SEZ »), *economic and technological development zones* (ci-après « ETDZ ») et *export-processing zones* (ci-après « EPZ »). Il en est de même pour les étrangers qui investissent dans des projets d'infrastructures reliés au transport ainsi qu'à l'énergie.

Depuis 1994, les bureaux de représentation sont assujettis à une taxe d'affaire correspondant à 5 % des revenus bruts de source chinoise, en plus du 33 % d'impôt corporatif (ou 15 % si le bureau est situé dans un SEZ).

À la suite de nombreuses critiques de la part des entreprises étrangères concernant le manque de transparence et la complexité des règles fiscales applicables aux bureaux de représentation, la SAT a émis de nouvelles règles en 2003. Ces nouvelles règles classifient maintenant les bureaux de représentation en trois catégories :

- ceux engagés dans les services juridiques, fiscaux, comptables et de consultation en général sont imposés sur la base de leur revenu réel;

- ceux qui agissent comme agents commerciaux sont imposés sur la base de leurs coûts majorés d'un pourcentage raisonnable; et

- ceux qui ont un rôle de fournisseur exclusif pour des opérations manufacturières de sociétés affiliées sont exonérés d'impôt. Il en est de même pour les activités de recherche d'informations commerciales ou de liaison.

2.2.4. Pertes fiscales

Les pertes nettes fiscales réalisées dans le cadre normal des affaires peuvent être reportées sur les cinq années suivantes. Un report rétrospectif n'est pas permis.

2.2.5. Gain en capital

Le gain en capital est imposé à 20 % (réduit à 10 % pour certaines régions). Cet impôt s'applique, entre autres, sur le gain net découlant du transfert d'intérêts dans le capital investi dans une entreprise chinoise par une société étrangère et un mécanisme de retenues à la source (ci-après « RAS ») est prévu à cet égard. L'obligation de RAS s'applique pour tous les cas, sauf en de rares exceptions, par exemple, si les actions de l'entreprise chinoise sont transigées sur une Bourse à l'étranger (telle que Hong Kong ou New York).

Pour les gains nets découlant de la vente de biens immobiliers chinois, les taux sont graduels, augmentant en fonction du pourcentage de profit réalisé à la vente. Ainsi, il varie entre 0 % et 60 % pour toute portion du gain qui excède 200 % du coût original. De plus, il faut considérer l'application de droits de mutation ainsi qu'une taxe d'affaire de 5 % sur le prix de vente brut.

2.2.6. Considérations fiscales internationales

2.2.6.1. Conventions fiscales

La Chine compte 86 conventions fiscales en matière de double imposition conclues avec des gouvernements étrangers auxquelles s'ajoutent des ententes similaires avec les régions administratives de Hong Kong et Macau.

2.2.6.2. Prix de transfert

Depuis 1991, les entreprises chinoises qui transigent avec des parties liées sont tenues d'établir des prix et des termes se comparant à ceux qui prévaudraient pour des transactions similaires avec des parties non liées. À cet égard, les autorités fiscales ont le pouvoir d'ajuster le revenu imposable lorsque ces règles ne sont pas respectées.

La SAT a émis de nouvelles règles en 1998 en matière de prix de transfert. Entre autres, des entreprises seront considérées affiliées par un pourcentage de détention directe ou indirecte de 25 % ou plus des actions votantes. En général, le fisc chinois ciblera pour vérification les entreprises qui déclarent des pertes fiscales pendant deux années consécutives ou plus. Un avis émis en 2003 précise même que les autorités fiscales ont le pouvoir de cotiser rétroactivement jusqu'à 10 ans dans certaines circonstances, par exemple, si la société étrangère liée est située dans un pays perçu comme un paradis fiscal.

2.2.6.3. Rapatriement des profits

Les dividendes payés par les entreprises chinoises à l'investisseur étranger sont généralement exempts de retenues d'impôts à la source. Par contre, pour satisfaire aux formalités de contrôle de change, un certificat d'exemption de taxe doit être obtenu des autorités fiscales avant de faire circuler les fonds à l'étranger par l'entremise d'institutions financières désignées.

2.3. AUTRES TAXES

La Chine a instauré une TVA en 1994 ainsi qu'une taxe d'affaire. Le taux général de la TVA est de 17 %. Une taxe d'affaire plutôt que la TVA s'applique généralement aux services comme le transport, l'assurance, les télécommunications, le divertissement, le courtage immobilier, la construction et l'attribution de propriété intellectuelle. Cette taxe d'affaire varie entre 3 % et 6 % pour la plupart des secteurs. En ce qui concerne le secteur du divertissement, elle atteint 20 %.

Les entreprises de services n'ont pas le privilège d'un mécanisme de crédit sur intrants comme dans le cas de la TVA sur les produits. De plus, cette taxe d'affaire n'est pas déductible dans le calcul du revenu imposable, sauf pour quelques industries désignées.

Une taxe à la consommation variant entre 3 % et 45 % s'applique depuis 1994 sur certains produits comme l'alcool et le tabac, les produits de beauté, les bijoux, le diesel, le pétrole et les véhicules motorisés. Cette taxe, visant à décourager la consommation excessive de ces produits, touchera les entreprises les produisant localement ou qui les importent de l'étranger.

Pour les ententes de prêts et plusieurs autres contrats tel un contrat d'entreposage, un droit d'estampillage (*stamp tax*) variant entre 0,005 % et 0,1 % est généralement applicable.

Un taxe annuelle sur la valeur des biens immobiliers détenus ou faisant l'objet d'un contrat de location s'applique au taux de 1,2 % de la valeur de la propriété ou de 12 % des loyers, selon le cas.

La liste ci-dessus n'a pas la prétention d'être exhaustive. Plusieurs autres taxes ou droits peuvent s'appliquer à des secteurs d'industrie particuliers, par exemple, l'exploration de ressources naturelles (minéraux, gaz naturel, etc.).

2.4. CONFORMITÉ FISCALE ET ADMINISTRATION

L'année fiscale chinoise est le 31 décembre. Des versements d'impôts sont exigibles le 15^{e} jour suivant chaque trimestre, sur la base des profits réels du trimestre ou un quart du revenu imposable de l'année précédente. La déclaration de revenus annuelle doit être produite dans les quatre mois suivant la fin de l'année.

3. L'INDE

3.1. FORME LÉGALE

Les investisseurs étrangers sont libres d'utiliser la forme légale de leur choix pour leurs activités commerciales en Inde. Les sociétés que l'on retrouve le plus souvent sont la société à responsabilité limitée (ci-après « LLC ») et la société de personnes. Une détention à 100 % par des intérêts étrangers est généralement possible sauf pour certains secteurs d'industrie telles les télécommunications, l'assurance, les institutions financières et l'aviation civile. Les sociétés étrangères peuvent aussi choisir de s'établir sous forme de succursale ou de bureau de liaison, quoique ce dernier ne soit pas très populaire pour mener des affaires en Inde. Seule la LLC est reconnue comme une entité légale distincte.

3.1.1. Société à responsabilité limitée/LLC

La LLC est la forme corporative la plus courante. Sa formation et ses exigences en matière de gouvernance et autres sont régis par la *Loi sur les Sociétés de 1956*[2], qui est administrée par le Registraire. Dans le cas de LLC publiques, certaines provisions sont administrées par le Securities and Exchange Board of India. Si la société est publique, son nom légal se terminera par *Limited* alors que si elle est privée, son nom légal se terminera par les mots *Private Limited*.

Une LLC considérée comme « privée » aura les caractéristiques suivantes :

- une restriction sur le transfert de ses actions;
- un minimum de deux actionnaires et un maximum de 50;
- un capital minimum de 100 000 roupies.

De plus, une LLC privée ne sera pas assujettie aux règles limitant la compensation de ses dirigeants, l'émission d'actions supplémentaires aux actionnaires existantes, l'interdiction de prêts et d'avances aux dirigeants, la rotation obligatoire de ses administrateurs et dirigeants ainsi que plusieurs autres formalités que doivent remplir les sociétés considérées comme publiques.

Il est important de noter qu'une filiale indienne d'une compagnie publique étrangère sera généralement considérée comme publique et donc non admissible au régime simplifié offert aux sociétés privées.

Une société publique doit avoir un capital-actions minimum de 500 000 roupies et elle est limitée à des catégories d'actions prescrites, comparativement à une société privée qui a la liberté d'émettre tout type d'action qu'elle jugera opportun.

3.1.2. Société de personnes

Lorsqu'une entreprise étrangère considère un projet indien en association avec un partenaire local, la société de personnes est souvent le véhicule utilisé. Le partenaire doit être enregistré en vertu du *Indian*

[2] *The Companies Act*, *1956* (Act no. 1 of 1956).

Partnership Act of 1932[3] s'il veut pouvoir exercer tous ses droits, le nombre maximal de partenaires est de 20. La responsabilité légale des associés n'est pas limitée quoique des propositions aient été déposées pour introduire un type de société de personnes à responsabilité limitée.

3.1.3. Succursale, bureau de représentation et bureau de liaison

Un bureau de liaison est similaire à un bureau de représentation mais le premier ne peut pas générer de revenus; ses dépenses devant être totalement remboursées par la maison mère étrangère.

Tant une succursale qu'un bureau de représentation ou bureau de liaison doivent s'enregistrer auprès du Registraire des sociétés et soumettre annuellement leurs états financiers (couvrant les activités commerciales mondiales et indiennes).

3.2. FISCALITÉ DES ENTREPRISES

3.2.1. Aperçu

Dans le but d'élargir l'assiette fiscale et de favoriser une plus grande conformité, le gouvernement indien a réduit ses taux d'imposition et annoncé plusieurs programmes d'indemnisation fiscale. Malgré tout, l'économie « au noir » demeure encore significative.

En plus des impôts sur le revenu, les entreprises sont assujetties à un impôt minimum, une taxe sur le gain en capital, une TVA, une taxe sur les services et plusieurs autres droits imposés par les différents États et municipalités.

Les incitatifs fiscaux offerts sont principalement dirigés vers l'établissement de nouvelles entreprises, les investissements en infrastructure et la promotion des exportations. L'Inde compte aussi plusieurs régions géographiques offrant des incitatifs fiscaux intéressants en vertu du *Special Economic Zones Act 2005*.

---

[3] *The Partnership Act*, *1932* (Act no. 11 of 1932).

3.2.2. Calcul du revenu imposable

Les entreprises résidentes doivent rapporter leur revenu de source mondiale tandis que les sociétés étrangères ayant un établissement permanent en Inde rapporteront le revenu de source indienne attribuable à cet établissement.

Une entreprise résidente qui verse un dividende est redevable d'une taxe à la distribution de 12,5 %, à laquelle s'ajoute une surtaxe à l'éducation qui porte le taux total à 14,025 %. Lorsque cette taxe à la distribution est payée par l'entreprise qui déclare le dividende, ce dernier peut être versé à une autre entreprise résidente en franchise d'impôt.

Dans le calcul du revenu imposable, la plupart des dépenses engagées pour gagner un revenu d'entreprise sont admissibles à une déduction. La déduction pour les salaires et bonis peut être limitée si les montants ne sont pas jugés raisonnables. Les frais d'émission d'actions ne sont pas déductibles car ils sont considérés comme étant de nature capital. Par contre, les frais engagés dans le cadre d'une réorganisation sont généralement déductibles sur une période de cinq ans.

Les frais d'intérêt sont déductibles, sauf à quelques exceptions près. Si le produit de l'emprunt est utilisé pour des dépenses de nature capital reliées à la recherche scientifique, la déduction peut même être bonifiée à 150 %. Notons que l'Inde n'a pas encore instauré de règles de capitalisation restreinte en ce qui a trait au financement par des parties étrangères liées.

Les intérêts, redevances et honoraires versés à des sociétés étrangères affiliées sont déductibles à condition qu'une retenue d'impôt à la source ait été effectuée. Il est important de noter que les remises de redevances doivent faire l'objet d'une approbation de la Banque Centrale (Reserve Bank of India). Généralement, les redevances de l'ordre de 5 % des ventes domestiques et de 8 % des ventes à l'exportation sont automatiquement approuvées. Pour les marques de commerce, les taux maximums pour l'obtention d'une approbation automatique sont respectivement de 1 % et 2 %.

Une succursale indienne d'une société étrangère est limitée dans le montant qu'elle peut déduire à titre de recharge de dépenses administratives par la maison mère. En effet, celles-ci ne peuvent excéder 5 % du revenu annuel de source indienne (à moins que la convention fiscale applicable ne prévoie autrement).

L'amortissement fiscal est généralement calculé selon la méthode du solde dégressif. La machinerie est amortie à 15 % (20 % pour l'équipement neuf après le 1er avril 2005), une bâtisse et l'équipement de bureau à 10 %, les ordinateurs, périphériques et logiciels à 60 % et l'équipement de protection de l'environnement à 100 %. Une règle de mi-année est généralement applicable. La plupart des types de propriété intellectuelle sont amortis à un taux de 25 %.

Finalement, la production ou le calcul des impôts sur une base consolidée n'est pas offerte selon le régime fiscal indien.

3.2.3. Taux d'imposition

En tenant compte des surtaxes applicables, le taux d'impôt corporatif effectif des entreprises résidentes est de 33,66 %. Le taux applicable à une succursale d'une société étrangère est de 41,82 %. Pour certains secteurs d'industrie, une succursale peut choisir d'être cotisée sur un revenu arbitraire au lieu de son revenu réel. Par exemple, pour le transport maritime, le revenu imposable présumé correspondra à 7,5 % du revenu brut réel.

Un impôt minimum s'applique aux entreprises dont la charge fiscale autrement calculée est moins que 10 % des profits comptables. Un report à titre de crédit d'impôt est offert pour les sept années suivantes.

3.2.4. Pertes fiscales

Les pertes fiscales découlant des activités commerciales peuvent être reportées sur les huit années d'imposition suivantes, sous réserve que la déclaration d'impôt est produite dans les délais prescrits. Des règles fiscales viennent limiter ce report dans le cas d'un changement de contrôle. La même période de report s'applique aux pertes en capital nettes.

3.2.5. Gain en capital

Le gain en capital net d'une année d'imposition donnée est classifié en deux catégories :

i) à long terme (généralement une période de détention de deux à trois ans pour les actions et certains titres d'investissement), imposé à 20 % plus les taxes applicables;

ii) à court terme, imposé à 10 %, plus les surtaxes applicables.

3.2.6. Considérations fiscales internationales

3.2.6.1. Conventions fiscales

L'Inde a un bon réseau de conventions fiscales en vigueur. Les traités avec Chypre et l'île Maurice sont souvent considérés comme les plus favorables. En fait, beaucoup d'entreprises étrangères utilisent l'île Maurice pour détenir leur investissement en Inde car elles peuvent ainsi bénéficier d'une exonération d'impôt sur le gain en capital à la disposition de leur investissement. Consciente du risque d'évasion fiscale créé par cette situation, l'Inde demande maintenant la production d'un certificat de résidence émis par les autorités de l'île Maurice pour pouvoir appliquer les avantages de la convention Inde-Maurice.

3.2.6.2. Prix de transfert

L'Inde a introduit ses règles de prix de transfert en 2002. Ce régime suit les principes énoncés par l'OCDE mais l'Inde s'est dotée d'un mécanisme de pénalités qui peut être très onéreux. La définition de « compagnies liées » inclut des règles de présomption, en plus de tests utilisant le pourcentage de détention directe et indirecte à l'intérieur d'un groupe lié.

En outre du maintien de ses registres et de sa documentation à jour, un contribuable indien ayant des transactions avec un lien de dépendance doit obtenir annuellement un certificat d'un expert-comptable fournissant le détail sur l'ensemble de ses transactions ainsi que la méthodologie adoptée pour établir les prix pour chacune de celles-ci.

Lors de vérification de prix de transfert par les autorités fiscales, seuls les ajustements à la hausse seront considérés – ceux réduisant le revenu déclaré ou augmentant une perte seront ignorés. De plus, si l'entreprise bénéficie d'un congé fiscal, elle pourrait se voir refuser l'avantage de ce congé en relation avec le montant de l'ajustement.

3.3. AUTRES TAXES

3.3.1. Taxe sur la valeur ajoutée

Presque tous les États indiens, à l'exception de deux, ont adopté un régime de la taxe sur la valeur ajoutée (ci-après « TVA ») qui est en vigueur depuis le 1er avril 2005. Les grandes lignes en sont les suivantes :

- un crédit est accordé sur les biens acquis à l'intérieur de l'État et utilisés dans le processus de fabrication de biens destinés à être vendus dans l'État;

- la taxe de vente centrale (*central sales tax*) va continuer à coexister avec la TVA des États pendant une certaine période de transition;

- les biens expédiés à l'extérieur de l'État ne seront pas assujettis à la TVA d'un État donné mais viendront plutôt réduire de 4 % le plein crédit sur intrants auquel l'entreprise aurait eu droit par ailleurs;

- les États ne sont pas autorisés à imposer la TVA sur les importations. Les importations sont exonérées de TVA;

- les biens destinés à l'exportation sont, quant à eux, taxés à zéro (en d'autres mots, exempts de TVA);

- les taux de la TVA des États varient entre 4 % et 12,50 %.

3.3.2. Taxe sur les services, douanes et droits d'accise

Une taxe sur les services de 12,24 % s'applique à l'égard de plusieurs services dont les services de publicité, de courtage, de support administratif, les services bancaires et financiers, les services de franchisage, de consultation en gestion, d'entreposage et de manutention. Il est important de souligner que cette taxe s'applique aussi aux services rendus à l'extérieur de l'Inde. Si le bénéficiaire du service ne s'est pas fait imposer la taxe car le service a été rendu par une entreprise étrangère non inscrite, le bénéficiaire doit alors s'autocotiser et remettre la taxe.

Des frais de douane de 15 % s'appliquent aux biens à l'importation et l'exportation, quoique plusieurs exemptions existent.

3.3.3. Autres taxes et droits

Un impôt de 30 % est applicable sur certains avantages sociaux accordés aux employés (ou présumés accordés) par l'employeur. Il couvre, entre autres, les dépenses de frais de représentation, les cotisations à des clubs sportifs et les frais pour des voyages à l'étranger.

Les instruments financiers et certaines transactions font l'objet d'un droit d'estampillage (*stamp duties*) fédéral et étatique.

Les propriétaires de biens immobiliers sont redevables de diverses taxes étatiques et municipales. Les locataires y sont aussi assujettis lorsque les loyers excèdent 120 000 roupies pour l'année.

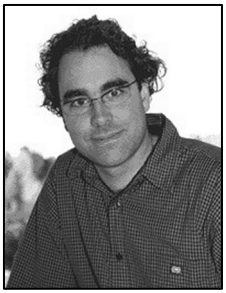
Une taxe de 5 % est applicable lors de l'importation de technologies, incluant également les publications et services techniques.

Nous insistons sur le fait que la liste ci-dessus n'a pas la prétention d'être exhaustive. Plusieurs autres taxes ou droits peuvent s'appliquer à des secteurs d'industrie particuliers ou à des transactions spécifiques.

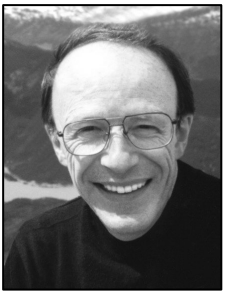
3.4. CONFORMITÉ FISCALE ET ADMINISTRATION

L'année fiscale pour toutes les entreprises en Inde est du 1er avril au 31 mars. La déclaration de revenus doit généralement être produite pour le 31 octobre, soit sept mois après la fin de l'année fiscale prescrite. Les contribuables non incorporés doivent, quant à eux, la produire le 31 juillet. Une exception est faite pour ceux qui doivent soumettre des rapports vérifiés par un expert-comptable. Des versements trimestriels sont prévus.

LA DÉFISCALISATION DES ENTREPRISES AU QUÉBEC : MYTHE OU RÉALITÉ



Luc Godbout
Ph. D., M. Fisc., professeur
Chaire de recherche en fiscalité
et en finances publiques
de l'Université de Sherbrooke



Pierre Fortin
Ph. D., professeur
Département des sciences
économiques
de l'Université du Québec
à Montréal

Suzie St-Cerny
Professionnelle de recherche
Chaire de recherche en fiscalité
et en finances publiques
de l'Université de Sherbrooke

TABLE DES MATIÈRES

MISE EN CONTEXTE 18:5

1. PREMIÈRE AFFIRMATION : LES PROFITS DES SOCIÉTÉS AUGMENTENT PLUS VITE QUE LA RÉMUNÉRATION SALARIALE DES PARTICULIERS 18:6

2. DEUXIÈME AFFIRMATION : LES GOUVERNEMENTS TAXENT DE MOINS EN MOINS LES PROFITS DES SOCIÉTÉS 18:8

3. TROISIÈME AFFIRMATION : EN 1991, LE GOUVERNEMENT FÉDÉRAL A ABOLI SA TAXE DE VENTE PAYÉE PAR LES ENTREPRISES (L'ANCIENNE TFV) POUR LA REMPLACER PAR UNE NOUVELLE TAXE DE VENTE (LA TPS ACTUELLE) À LA CHARGE DES PARTICULIERS 18:9

3.1. OBSERVATION DES FAITS LORS DU PASSAGE DE LA TFV À LA TPS EN 1991 ..... 18:10
3.2. CONTEXTE DE CETTE RÉFORME FISCALE 18:10

4. QUATRIÈME AFFIRMATION : LA MAJORITÉ DES ENTREPRISES QUÉBÉCOISES NE PAIENT PAS UN SOU D'IMPÔT 18:11

4.1. PAS DE PROFIT, PAS D'IMPÔT SUR LE PROFIT 18:12
4.2. EN FAIT, LES SOCIÉTÉS « NON IMPOSÉES » PAIENT DES IMPÔTS 18:12

5. CINQUIÈME AFFIRMATION : LES IMPÔTS DES ENTREPRISES PÈSENT DE MOINS EN MOINS LOURD DANS LES REVENUS FISCAUX DES GOUVERNEMENTS, DE MÊME QUE DANS LE REVENU INTÉRIEUR TOTAL DU PAYS 18:14

6. SIXIÈME AFFIRMATION : LES ENTREPRISES QUÉBÉCOISES REÇOIVENT PLUS DE SUBVENTIONS DU GOUVERNEMENT DU QUÉBEC QU'ELLES LUI VERSENT D'IMPÔTS 18:16

7. SEPTIÈME AFFIRMATION : DE GÉNÉREUX AVANTAGES FISCAUX PERMETTENT À BEAUCOUP D'ENTREPRISES D'ÉVITER DE PAYER DE L'IMPÔT MALGRÉ LE FAIT QU'ELLES AFFICHENT DES BÉNÉFICES NETS POSITIFS 18:17

7.1. LES DIVIDENDES INTERSOCIÉTÉS 18:18
7.2. LES PERTES REPORTÉES D'ANNÉES ANTÉRIEURES 18:18

8. HUITIÈME AFFIRMATION : L'INSTAURATION D'UN IMPÔT MINIMUM DES SOCIÉTÉS AU TAUX DE 5 % DES BÉNÉFICES AVANT IMPÔT AURAIT PERMIS AU GOUVERNEMENT DU QUÉBEC DE RECUEILLIR 1,2 G$ EN 1999 [1,5 G$ EN 2006] AUPRÈS DES ENTREPRISES RÉALISANT UN BÉNÉFICE COMPTABLE MAIS NE PAYANT PAS D'IMPÔT ACTUELLEMENT 18:20

8.1. ONTARIO : UN IMPÔT MINIMUM DES SOCIÉTÉS À RENDEMENT MINIME 18:20

8.2. QUÉBEC : UN RENDEMENT ESTIMATIF DE 75 M$, ET NON DE 1,5 G$, EN 2006 ..... 18:22

8.3. REJET PAR LA COMMISSION D'AMOURS ET LE COMITÉ MINTZ 18:23

CONCLUSION 18:23

MISE EN CONTEXTE*

Au cours des dernières années, on a souvent entendu dire que les entreprises constituées en sociétés ne payaient pas leur juste part d'impôt au Canada ni au Québec. La rumeur voudrait même que nos entreprises contribuent moins qu'auparavant au financement de l'État et qu'elles bénéficient d'un fardeau fiscal moins élevé qu'ailleurs. À force d'entendre ce genre d'information circuler, une nette majorité de Québécois, comme l'a fait ressortir un sondage CROP-Chaire de recherche en fiscalité et en finances publiques de l'Université de Sherbrooke portant sur la perception des impôts, en sont venus à croire que les grandes entreprises ne paient pas assez d'impôts[1]. Nous croyons que cette perception est erronée et que le public québécois a été induit en erreur sur cette question. Le présent texte vise à rétablir les faits et à corriger l'erreur de perception.

Pour étayer notre point de vue, nous nous servons de la plus récente source d'une telle affirmation, un document récemment publié par un collectif d'auteurs de la Chaire d'études socio-économiques de l'Université du Québec à Montréal (ci-après « UQAM »), dont font partie deux professeurs de comptabilité de l'institution, MM. Michel Bernard et Léo-Paul Lauzon (ci-après « auteurs »). Ce document, intitulé *L'autre déséquilibre fiscal*[2], contient un éventail assez complet des affirmations fréquemment admises, mais à notre avis non fondées, sur l'évolution historique et l'état actuel de la fiscalité des entreprises au Québec[3]. Les auteurs du document cité font huit affirmations :

---

* Nous voulons exprimer notre vive reconnaissance aux nombreux économistes et fiscalistes qui nous ont fait part de leurs observations et suggestions. Bien entendu, les opinions exprimées n'engagent que les auteurs du présent texte.

1 Luc GODBOUT, Jean-Herman GUAY et Matthieu ARSENEAU, *La perception des Québécois à l'égard de l'impôt*, Chaire de recherche en fiscalité et en finances publiques de l'Université de Sherbrooke, mars 2005. À la question : « Dites-moi si, à votre avis, les grandes entreprises paient trop, assez ou pas assez d'impôts? », une forte majorité de Québécois (76 %) considèrent que les grandes entreprises ne paient pas assez d'impôts. Seulement 4 % des personnes interrogées croient au contraire que le gouvernement impose trop ces entreprises.

2 Michel BERNARD, Léo-Paul LAUZON, Marc HASBANI et Gabriel STE-MARIE, *L'autre déséquilibre fiscal. Le déplacement du fardeau fiscal des compagnies vers les particuliers au cours des dernières décennies*, Montréal, Chaire d'études socio-économiques de l'UQAM, mars 2006, 22 p.

3 L'étude de la Chaire d'études socio-économiques de l'UQAM n'est pas la seule à faire de telles affirmations. Les auteurs du récent *Manifeste pour un Québec solidaire*

(à suivre…)

1. Au Québec, au cours des dernières décennies, les profits des sociétés ont augmenté plus vite que la rémunération salariale des particuliers.

2. Au Québec, les gouvernements taxent de moins en moins les profits des sociétés.

3. En 1991, le gouvernement fédéral a aboli son ancienne taxe fédérale de vente (ci-après « TFV ») payée par les entreprises pour la remplacer par une nouvelle taxe de vente (la taxe sur les produits et services (ci-après « TPS ») actuelle) à la charge des particuliers.

4. La majorité des entreprises québécoises ne paient pas un sou d'impôt.

5. Les impôts des entreprises pèsent de moins en moins lourd dans les revenus fiscaux des gouvernements, de même que dans le revenu intérieur total du pays.

6. Les entreprises québécoises reçoivent plus de subventions du gouvernement du Québec qu'elles lui versent d'impôts.

7. De généreux avantages fiscaux permettent à beaucoup d'entreprises d'éviter de payer de l'impôt malgré le fait qu'elles affichent des bénéfices nets positifs.

8. L'instauration d'un impôt minimum des sociétés au taux de 5 % des bénéfices avant impôt aurait permis de recueillir 1,2 G$ en 1999 [1,5 G$ en 2006] auprès des entreprises réalisant un bénéfice comptable mais ne payant pas d'impôt actuellement.

Dans l'analyse qui suit, nous examinerons ces huit affirmations et porterons un jugement sur chacune d'elles.

1. PREMIÈRE AFFIRMATION : LES PROFITS DES SOCIÉTÉS AUGMENTENT PLUS VITE QUE LA RÉMUNÉRATION SALARIALE DES PARTICULIERS

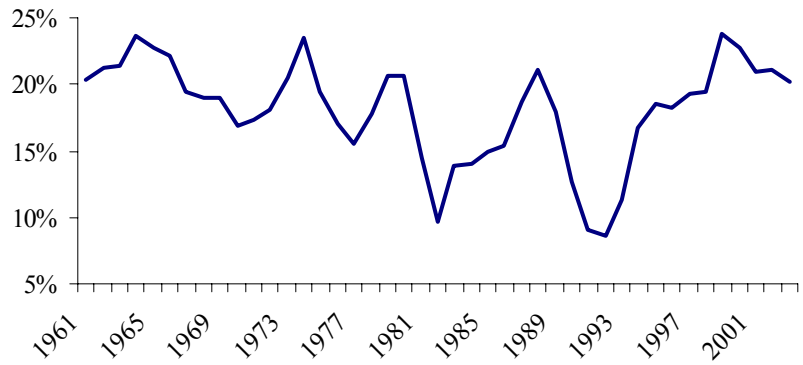
Le **graphique 1** démontre que la première affirmation est inexacte en traçant l'évolution des profits avant impôt des compagnies en pourcentage des salaires versés au Québec de 1961 à 2003. Nous observons que, depuis 45 ans, les profits des sociétés subissent des fluctuations de très forte

(…suite)

en ont repris quelques-unes. Notons aussi une précédente contribution à la littérature populaire en ce domaine, soit celle de Brigitte ALEPIN, *Ces riches qui ne paient pas d'impôts*, Montréal, Éditions du Méridien, 2004, 232 p.

amplitude à travers une succession de cycles économiques. Les profits sont toujours plus faibles (et le chômage élevé) au cours de récessions comme celles de 1981 à 1983 ou de 1990 à 1993. À l'inverse, ils sont toujours plus élevés (et le chômage faible) au cours d'expansions comme celles de 1985 à 1989 ou de 1996 à 2000. C'est donc commettre une grossière erreur que de comparer une année de faible conjoncture économique comme 1982 (profits à 9,6 % des salaires) avec une année de forte conjoncture comme 2000 (profits à 22,8 % des salaires) et de conclure que les profits ont eu tendance à augmenter plus vite que les salaires à long terme. En fait, si nous comparons des années de conjoncture économique semblable, comme, par exemple, 1965, 1974, 1988 et 2003, nous constatons plutôt qu'au-delà des cycles économiques les profits ne manifestent aucune tendance de cette nature.

Graphique 1 : Bénéfices des sociétés avant impôt en pourcentage de la rémunération globale du travail, 1961 à 2003 – Québec



Note : Pour les décennies 1960 et 1970, les données des bénéfices avant impôt des entreprises publiques fédérales et provinciales sont tirées des publications 61-203 et 61-204 de Statistique Canada. Les bénéfices avant impôt des entreprises fédérales sont attribués au Québec selon le pourcentage que le prix intérieur brut (ci-après « PIB ») du Québec représente dans le PIB du Canada.

Source : STATISTIQUE CANADA, *Banque de données CANSIM II*, séries v123700, v123705, v155861, v687241, v687242, v15180371 et v15180411.

2. DEUXIÈME AFFIRMATION : LES GOUVERNEMENTS TAXENT DE MOINS EN MOINS LES PROFITS DES SOCIÉTÉS

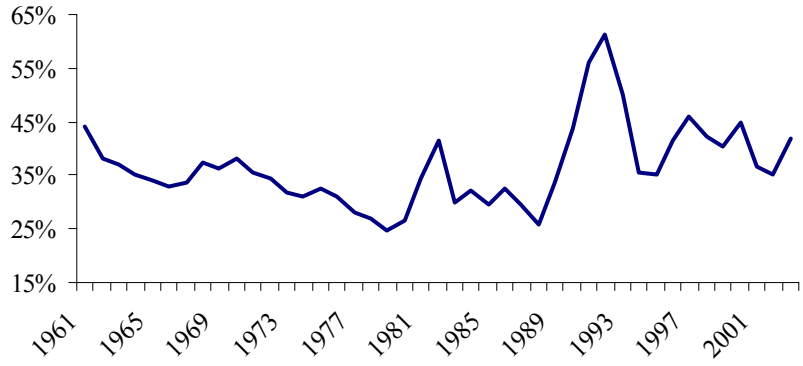
Au **graphique 2**, on établit que cette deuxième affirmation est également erronée. On y présente la trajectoire des deux formes d'imposition basées sur le capital investi qui ont été payées par les entreprises québécoises à Ottawa et à Québec de 1961 à 2003. Il s'agit des taxes sur le capital, qui sont prélevées directement sur la valeur du capital investi, et des impôts sur les profits, qui assujettissent le revenu engendré par ce capital. Si nous faisons abstraction des pointes associées aux récessions de 1960-1961, 1981-1983 et 1991-1993, nous constatons que la somme de ces deux impôts a pesé plus lourd sur les profits des entreprises au cours des dernières années qu'à n'importe quelle époque depuis 40 ans. Alors qu'ils absorbaient 35 % des profits avant impôts de 1965 à 1968 et 29 % de 1985 à 1988, ils en ont capté 40 % de 2000 à 2003.

Or, les auteurs aboutissent à la conclusion opposée pour deux raisons.

D'abord, leur calcul fait fi de la fiscalité provinciale. Or, cette dernière est cruciale parce que, au cours des dernières décennies, la baisse du fardeau des impôts basés sur le capital investi accordé par le gouvernement fédéral a été plus que compensée par une hausse de celui du gouvernement du Québec, de sorte que le fardeau **global**, fédéral et provincial, a en fait augmenté.

Puis, leur opinion se fonde sur la comparaison d'une année de profonde récession (1982) avec de bonnes années comme 2002 et 2004. Les résultats s'en trouvent donc biaisés, parce que les années comparées se situent aux antipodes sur le plan de la conjoncture économique.

Graphique 2 : Total des impôts fédéral et provincial sur les bénéfices des sociétés et des taxes sur le capital en pourcentage des bénéfices des sociétés avant impôt, 1961 à 2003 – Québec



Note : Pour les décennies 1960 et 1970, les données des bénéfices avant impôt des entreprises publiques fédérales et provinciales sont tirées des publications 61-203 et 61-204 de Statistique Canada. Les bénéfices avant impôt des entreprises fédérales sont attribués au Québec selon le pourcentage que le PIB du Québec représente dans le PIB du Canada.

Source : STATISTIQUE CANADA, *Banque de données CANSIM II*, séries v123700, v155861, v347968, v502791, v687242, v688774, v690356, v15180371 et v15180411.

3. TROISIÈME AFFIRMATION : EN 1991, LE GOUVERNEMENT FÉDÉRAL A ABOLI SA TAXE DE VENTE PAYÉE PAR LES ENTREPRISES (L'ANCIENNE TFV) POUR LA REMPLACER PAR UNE NOUVELLE TAXE DE VENTE (LA TPS ACTUELLE) À LA CHARGE DES PARTICULIERS

La troisième affirmation des auteurs veut que l'ancienne TFV, datant de 1924 et connue également sous le nom de « taxe sur les ventes des fabricants », ait été entièrement à la charge des entreprises. Dans cette optique, le passage de la TFV à la TPS actuelle en 1991 aurait constitué un transfert massif de fardeau fiscal des actionnaires d'entreprises vers les consommateurs en général. Cette vision des auteurs n'est pas du tout conforme à la réalité : la TFV avant 1991, comme la TPS depuis cette date, était intégralement supportée par les consommateurs.

3.1. OBSERVATION DES FAITS LORS DU PASSAGE DE LA TFV À LA TPS EN 1991

Lorsque la TPS à 7 % a été instaurée en remplacement de la TFV en janvier 1991, l'indice des prix à la consommation (ci-après « IPC ») au Canada n'a pas augmenté de 7 %, mais de 2,6 % seulement[4]. On a même observé que les prix de certains produits ont **diminué** plutôt que d'augmenter, par exemple, le prix des véhicules automobiles a baissé de 2,7 % à cette date[5]. Bien sûr, il n'est possible de comprendre le fait que le passage de la TFV à la TPS n'ait eu qu'une incidence modeste sur les prix à la consommation que si l'on admet que les particuliers supportaient déjà, avant la réforme, le fardeau de la TFV applicable aux biens de consommation. Si le fardeau fiscal des particuliers s'est néanmoins alourdi quelque peu au moment de cette réforme fiscale, comme en témoigne la hausse de 2,6 % de l'IPC en janvier 1991, c'est essentiellement parce que le champ d'application de la TPS était plus vaste que celui de la TFV. Le taux de la TFV était de 13,5 %, mais cette taxe n'assujettissait que le tiers de tous les biens et services achetés par les Canadiens[6].

L'observation de l'évolution des profits des sociétés nous permet aussi d'argumenter sur le fait que le passage de la TFV à la TPS n'a pas été un facteur à l'avantage des sociétés. En effet, si cela avait été le cas, une hausse marquée des profits des sociétés figurerait au graphique n° 1 pour l'année 1991, ce qui n'est pas du tout le cas.

3.2. CONTEXTE DE CETTE RÉFORME FISCALE

Il était admis, à l'époque, que la TFV était supportée par les consommateurs, et non par les entreprises auprès desquelles la taxe était légalement prélevée. Mais la taxe s'appliquait à la fois aux intrants que les fabricants achetaient de leurs fournisseurs et à nouveau aux produits qu'ils manufacturaient et qu'ils vendaient ensuite à d'autres entreprises. Il en

---

4 STATISTIQUE CANADA, *Banque de données CANSIM II*, série v735319. Sur la base 100 en 1992, l'IPC canadien pour l'ensemble des biens et des services est passé de 95,1 en décembre 1990 à 97,6 en janvier 1991.

5 STATISTIQUE CANADA, *Banque de données CANSIM II*, série v735497. Sur la base 100 en 1992, l'IPC canadien pour les achats de véhicules automobiles est passé de 99,5 en décembre 1990 à 96,8 en janvier 1991.

6 CANADA, ministère des Finances, *Taxe sur les produits et services, Vue d'ensemble*, Ottawa, 1989, p. 12.

découlait un système de taxation en cascade[7]. De plus, comme cette taxation à répétition avait lieu en amont du stade du détail, le ministère des Finances du Canada observait qu'il était « à peu près impossible aux consommateurs de savoir combien ils paient en taxe fédérale de vente lorsqu'ils achètent un produit »[8].

Aux yeux du ministère, il allait donc de soi que c'étaient les consommateurs qui payaient ultimement la TFV. Toutefois, il déplorait le fait que cette taxe manquait de transparence et qu'elle frappait les produits de consommation de façon arbitraire, c'est-à-dire plus ou moins lourdement selon le nombre d'étapes de production que chacun devait traverser. La TPS à 7 % permettait de corriger le caractère opaque et arbitraire de ce système. Elle offrait aux entreprises la possibilité de soustraire les taxes payées sur leurs achats d'intrants des taxes facturées sur leurs ventes, de sorte que seule la valeur ajoutée accumulée dans le produit final finissait par être taxée, au taux uniforme et transparent de 7 %.

4. QUATRIÈME AFFIRMATION : LA MAJORITÉ DES ENTREPRISES QUÉBÉCOISES NE PAIENT PAS UN SOU D'IMPÔT

Selon les dernières statistiques fiscales des sociétés faisant affaire au Québec qui sont actuellement disponibles, soit celles de l'année 2001, le nombre de sociétés était de 279 000[9]. Parmi elles, 52 %, soit 146 000, n'ont pas payé d'impôt sur le bénéfice. L'observation que plus de la moitié des entreprises faisant affaire au Québec ne paient pas d'impôt du Québec sur les profits des sociétés est donc parfaitement juste. En fait, de 1986 à 2001, ce pourcentage a oscillé entre 48 % en 1986 et 1987 (années de bonne conjoncture et de profits en hausse) et 60 % en 1993 (année de mauvaise conjoncture et de profits en baisse). Il n'y a cependant pas lieu de se scandaliser de ces chiffres, et ce, pour deux raisons.

---

7 *Id*., p. 16. Le fardeau fiscal frappant le produit fini s'accumulait en fonction du nombre d'étapes à effectuer dans la chaîne de production et en dépendait arbitrairement.

8 *Id*., p. 6.

9 QUÉBEC, ministère des Finances et REVENU QUÉBEC, *Statistiques fiscales des sociétés. Année d'imposition 2001*, Québec, 2005.

4.1. PAS DE PROFIT, PAS D'IMPÔT SUR LE PROFIT

Dans un premier temps, il importe de faire le bon constat. Si, en 2001, 52 % des entreprises au Québec n'ont pas payé d'impôt sur les profits, la raison est simple : pour la plupart, ces entreprises n'ont pas fait de profit. En effet, sur les 146 000 sociétés non imposées, plus de 81 000 (56 %) ont un bénéfice net négatif selon les états financiers et 77 000 (53 %) ont un revenu net négatif aux fins de l'impôt. Pour elles, ce n'est pas la trop grande utilisation des avantages fiscaux, mais bien l'absence de profit, qui explique l'absence d'imposition. La logique est que, si l'on ne fait pas de profit, on ne paie pas d'impôt sur le profit.

4.2. EN FAIT, LES SOCIÉTÉS « NON IMPOSÉES » PAIENT DES IMPÔTS

En second lieu, lorsque les auteurs mentionnent que « c'est la majorité des entreprises québécoises qui ne paient même pas un sou d'impôt[10] », il faut bien comprendre que l'affirmation s'applique **uniquement** à l'impôt sur le bénéfice des sociétés. Or, l'absence d'impôt sur les profits ne signifie pas du tout que ces entreprises « non imposées » ne contribuent pas au Trésor public québécois. Malgré l'absence de bénéfice, le pourcentage des entreprises qui paient une forme ou l'autre des prélèvements fiscaux est de 95 %.

Pour cela, il faut rappeler qu'au Québec, le régime d'imposition des sociétés repose sur trois grands prélèvements fiscaux : 1) l'impôt sur le revenu (bénéfice), qui s'applique seulement aux entreprises réalisant un revenu imposable positif et considérées comme rentables; 2) la taxe sur le capital; et 3) la taxe sur la masse salariale (cotisation au Fonds des services de santé (ci-après « FSS »)), ces deux dernières taxes s'appliquent, peu importe que l'entreprise ait réalisé ou non un profit.

Or, si les sociétés « non imposées » ne paient pas le premier de ces trois impôts (l'impôt sur le bénéfice) justement parce qu'elles ne sont pas rentables, dans presque tous les cas elles paient la taxe sur le capital, la cotisation au FSS ou, le plus souvent, les deux. Le **graphique 3** démontre que ces sociétés « non imposées » ont toujours supporté le fardeau de ces deux impôts par le passé. En 2001, leurs contributions à ces deux titres se sont élevées à 2 G$, alors que leurs bénéfices nets selon les états financiers ont été de 6 G$. Lorsqu'on omet cette précision fondamentale, l'affirmation selon laquelle plus de la moitié des entreprises faisant affaire au Québec « ne

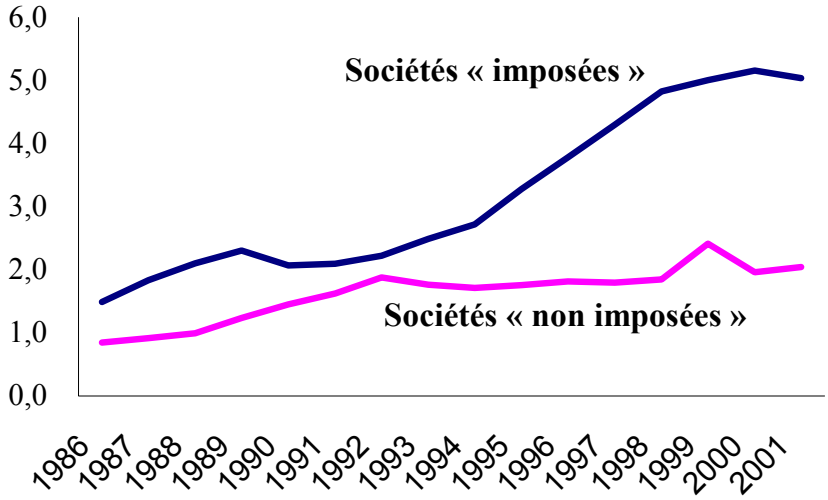
---

[10] M. BERNARD, L.-P. LAUZON et autres, *op. cit.*, note 2, p. 16.

paient même pas un sou d'impôt » est trompeuse, parce qu'elle peut faussement laisser croire que ces entreprises supposément « non imposées » ne paient pas d'impôt du tout.

En fait, les données du **graphique 3** indiquent que le montant total payé au double titre de la taxe sur le capital et du FSS par les entreprises « non imposées » représentait 29 % du total des trois grands prélèvements fiscaux payés par l'ensemble des sociétés au gouvernement du Québec. De la part de sociétés que l'on dit « non imposées » en 2001, il s'agit d'une contribution appréciable. Le **graphique 3** permet aussi de constater qu'au cours d'une récession, comme celle de 1990 à 1993, la contribution fiscale totale des sociétés non imposées augmente et celle des sociétés imposables diminue. Cela traduit le fait que, dans une telle période, les entreprises sont plus nombreuses à essuyer des pertes et que les entreprises qui restent rentables enregistrent des profits plus faibles.

Graphique 3 : Total des trois prélèvements fiscaux majeurs payés par les sociétés « imposées » et « non imposées » – 1986-2001 (en G$)



Note : Les trois prélèvements majeurs sont : l'impôt sur le bénéfice, la taxe sur le capital et la cotisation au FSS.

Source : QUÉBEC, ministère des Finances et REVENU QUÉBEC, Statistiques fiscales des sociétés. Année d'imposition 2001, Québec, 2005.

5. CINQUIÈME AFFIRMATION : LES IMPÔTS DES ENTREPRISES PÈSENT DE MOINS EN MOINS LOURD DANS LES REVENUS FISCAUX DES GOUVERNEMENTS, DE MÊME QUE DANS LE REVENU INTÉRIEUR TOTAL DU PAYS

Les **graphiques 4 et 5** démontrent que cette quatrième affirmation est, elle aussi, contraire à la vérité.

Au **graphique 4**, on présente d'abord l'évolution de la part de leurs recettes fiscales totales qu'Ottawa et les provinces perçoivent auprès des entreprises depuis 1961. Il faut tenir compte dans le cas qui nous intéresse qu'en plus de la taxe sur le capital et de l'impôt sur les profits des sociétés, les prélèvements fiscaux auprès des entreprises comprennent les diverses charges sociales supportées par les employeurs (assurance-emploi (ci-après « AE »), régimes de rentes du Canada et du Québec et caisses de santé et sécurité du travail) et les taxes qu'ils versent sur la masse salariale (telle la contribution au FSS du Québec). Dans ce graphique, il est démontré que, **tous prélèvements inclus**, la contribution des entreprises aux recettes de l'État n'a pas varié en moyenne depuis 45 ans. Après une baisse durant les années 1980, on note une hausse depuis le milieu des années 1990. La contribution totale des entreprises atteignait 19 % de tous les revenus fiscaux des gouvernements en 2005.

Au **graphique 5**, il est établi en plus que la tendance à la hausse de la contribution fiscale totale des entreprises est encore plus marquée lorsqu'on la mesure en pourcentage du revenu intérieur du Canada. En effet, les prélèvements fiscaux auprès des entreprises ont continuellement augmenté depuis 45 ans, passant de 4,6 % du PIB en 1961 à 6,4 % en 2005.

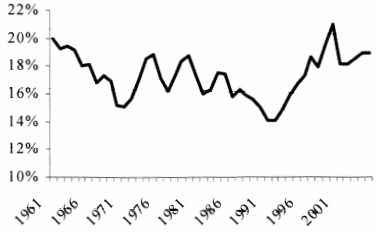
Or, les auteurs affirment au contraire que les impôts des entreprises pèsent de moins en moins lourd dans les revenus fiscaux des gouvernements, de même que dans le revenu intérieur total du pays. Dans ce cas précis, leur méprise a deux sources.

Premièrement, ils commettent de nouveau la faute d'assimiler le passage de la TFV à la TPS en 1991 à un allégement massif du fardeau fiscal des entreprises.

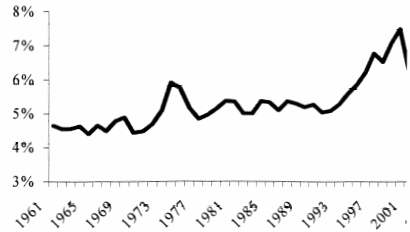
Deuxièmement, non seulement ils font l'erreur d'inclure la TFV d'avant 1991 dans leur calcul de la contribution fiscale des entreprises, mais ils en excluent tous les prélèvements fiscaux autres que les impôts sur les bénéfices des sociétés et les taxes sur le capital. Or, en plus de ces deux types d'impôts, les sociétés canadiennes doivent supporter, comme employeurs,

des charges sociales au titre de l'AE fédérale, des régimes de retraite publics (Régime de rentes du Québec et Régime de pensions du Canada), des caisses de santé et de sécurité du travail (telle que la Commission de la santé et de la sécurité du travail du Québec), des commissions des normes du travail (telle que la Commission des normes du travail au Québec) et elles doivent payer d'importantes taxes sur la masse salariale (telle que la cotisation au FSS du Québec)[11]. Les auteurs négligent d'inclure dans la contribution fiscale des sociétés toutes ces charges sociales et toutes ces taxes sur la masse salariale, qui ont pris un essor considérable au cours des 40 dernières années[12].

Graphique 4 : Ensemble des prélèvements fiscaux fédéraux et provinciaux effectués auprès des entreprises en pourcentage de tous les revenus fiscaux, 1961 à 2005 – Canada



Graphique 5 : Ensemble des prélèvements fiscaux fédéraux et provinciaux effectués auprès des entreprises en pourcentage du PIB, 1961 à 2005 – Canada



Note : Les charges sociales et les taxes sur la masse salariale sont attribuées aux entreprises selon le pourcentage que la masse salariale des entreprises représente dans la masse salariale totale de l'économie.

Source : STATISTIQUE CANADA, *Banque de données CANSIM II*, séries v499989, v499993, v500097, v500102, v500110, v500111, v646937, v647017, v647018, v647168, v647173, v647304 et v647312.

[11] Il est vrai que les cotisations sociales des entreprises sont souvent considérées par les entreprises comme des éléments de la rémunération globale plutôt qu'un élément de fiscalité. Par contre, elles pèsent quand même lourd car, si elles augmentent, c'est le coût du travail qui augmente.

[12] Si l'on ne considère que le poids du total des impôts fédéral et provincial sur les bénéfices des sociétés et des taxes sur le capital provinciales payés par les sociétés canadiennes, on constate qu'il était à peu près le même (4 % du PIB) en 2005 qu'au début des années 1960, après avoir été plus bas (autour de 3 % du PIB) de 1980 à 1995.

6. SIXIÈME AFFIRMATION : LES ENTREPRISES QUÉBÉCOISES REÇOIVENT PLUS DE SUBVENTIONS DU GOUVERNEMENT DU QUÉBEC QU'ELLES LUI VERSENT D'IMPÔTS

Statistique Canada estime à 4,8 G$ en 2003[13] le montant des subventions du Québec aux entreprises. Ce chiffre était supérieur aux 3,1 G$ recueillis par l'impôt du Québec sur le bénéfice des sociétés **uniquement**. Une fois de plus, lorsqu'on tient compte, comme il se doit, non seulement de l'impôt sur le bénéfice, mais également de la taxe sur le capital du Québec et de la cotisation au FSS, on constate que le montant des subventions provinciales aux entreprises était loin de dépasser l'ensemble des revenus fiscaux tirés des entreprises par le Québec. Les 4,8 G$ octroyés aux entreprises en subventions en 2003 représentaient un peu plus de la moitié du total des trois grands prélèvements fiscaux. Depuis 25 ans, le poids relatif des subventions provinciales a subi des hauts et des bas mais n'a manifesté aucune tendance persistante à augmenter ou à diminuer.

Enfin, une précision importante s'impose sur les montants de subventions aux entreprises compilées par Statistique Canada. En effet, le système de gestion financière de Statistique Canada considère comme de l'aide aux entreprises toute mesure dont l'argent est encaissé par ces mêmes entreprises. Cette définition considère, par exemple, les subventions aux centres de la petite enfance et aux garderies comme des subventions aux entreprises. Cette définition inclut également des transferts à des travailleurs autonomes, tels des médecins, ainsi qu'à certaines entreprises publiques. Cela explique en grande partie la différence entre le chiffre de Statistique Canada de 4,8 G$ et celui qui est habituellement cité par le gouvernement du Québec, soit 2,6 G$ d'aide aux entreprises. Devant cet élément, il faut reconnaître qu'une partie non négligeable de la hausse des subventions aux entreprises comptabilisée par Statistique Canada au cours des dernières années provient en fait de l'augmentation des montants versés aux garderies dans le cadre du programme de services de garde à 7 $, qui sont passés de 290 M$ en 1997 à 1,2 G$ en 2003[14].

---

13 STATISTIQUE CANADA, *Banque de données CANSIM II*, tableau 384-0010, série v691139.

14 QUÉBEC, ministère de la Famille, des Aînés et de la Condition féminine, *Rapport annuel*, années diverses.

7. SEPTIÈME AFFIRMATION : DE GÉNÉREUX AVANTAGES FISCAUX PERMETTENT À BEAUCOUP D'ENTREPRISES D'ÉVITER DE PAYER DE L'IMPÔT MALGRÉ LE FAIT QU'ELLES AFFICHENT DES BÉNÉFICES NETS POSITIFS

Les auteurs font remarquer que, parmi les 146 000 sociétés non imposées en 2001, une proportion appréciable affichait pourtant un bénéfice net positif selon les états financiers (52 000 ou 36 %) ou un revenu net positif aux fins de l'impôt (45 000 ou 31 %). Ils sont d'avis que, trop souvent, les compagnies bénéficient de déductions leur permettant de diminuer leur revenu imposable, évitant ainsi de payer de l'impôt même si leur revenu net est positif. Jugeant ces avantages fiscaux excessifs, ils préconisent l'instauration au Québec d'un impôt minimum des sociétés. Nous allons revenir plus loin sur la question de l'impôt minimum. Pour l'instant, nous nous demandons si les déductions visées méritent d'être qualifiées d'excessives.

Avant de considérer comme déraisonnables les mécanismes qui permettent aux entreprises « non imposées » de réduire leur revenu net aux fins de l'impôt, il faut d'abord en comprendre la nature exacte. À cette fin, le **tableau 1** présente, toujours pour l'année 2001, les montants des déductions qui ont permis à des sociétés affichant un revenu net positif global de plus de 28 G$ de s'en tirer sans payer d'impôt. Trois déductions sont en cause : les dons de charité, les dividendes intersociétés et les pertes d'années antérieures. Comme on le voit au tableau, les deux dernières mesures, soit les dividendes intersociétés et les pertes d'années antérieures, représentent à elles seules 99,8 % de la réduction du revenu net positif. Ce sont donc elles qui, essentiellement, permettent à la plupart de ces 45 000 sociétés ayant un revenu net positif de ne pas payer d'impôt.

Tableau 1 : Déductions applicables au revenu net des sociétés québécoises non imposées qui ont un revenu net positif aux fins de l'impôt – 2001

	Nombre de sociétés	Montant (M$)	%
Revenu net	44 857	28 142	–
Déductions			
Dons	1 566	53	0,2
Dividendes	8 417	21 164	75,2
Pertes d'autres années	23 638	6 931	24,6
Total		28 149	100,0

Source : QUÉBEC, ministère des Finances et REVENU QUÉBEC, *Statistiques fiscales des sociétés. Année d'imposition 2001*, Québec, 2005.

7.1. LES DIVIDENDES INTERSOCIÉTÉS

La plus importante des déductions fiscales permettant à des entreprises qui enregistrent un revenu net positif de ne pas payer d'impôt est la non-imposition des dividendes intersociétés. Les données du **tableau 1** indiquent que les trois quarts du montant total des déductions, soit 21,2 G$ sur 28,1 G$, sont attribuables à cette mesure.

La non-imposition des dividendes intersociétés permet à une entreprise B qui reçoit des dividendes d'une entreprise A de soustraire ce montant de son revenu imposable, **parce qu'il a déjà été imposé dans l'entreprise A**. Il est donc faux de penser que les dividendes ainsi soustraits du bénéfice imposable de l'entreprise B échappent au fisc. L'existence de cette déduction permet simplement d'éviter qu'un même bénéfice soit imposé plus d'une fois.

7.2. LES PERTES REPORTÉES D'ANNÉES ANTÉRIEURES

Une autre déduction importante permet à toute entreprise d'utiliser le montant des pertes subies au cours d'autres années pour réduire son revenu imposable de l'année courante. Les données du **tableau 1** indiquent que le

quart du montant total des déductions, soit 7 G$ sur 28 G$, est attribuable à cette disposition fiscale.

Dès qu'on s'entend pour imposer les bénéfices, il faut accepter que les pertes puissent réduire les montants imposés. Il ne serait pas logique que l'État impose le profit mais qu'il se défile en cas de perte. Le report de perte cherche à compenser le caractère artificiel du découpage de l'activité de l'entreprise en exercice de 365 jours. En fait, ce mécanisme ne vise qu'à assurer un meilleur appariement entre les profits et les pertes d'une société en fonction de leur caractère cyclique. Il permet d'éviter que le fisc ne pénalise indûment les entreprises qui subissent un environnement économique plus instable que la moyenne, et donc pour lesquelles les profits sont plus variables. Les exploitations agricoles, les entreprises minières et forestières, les entreprises de construction et les entreprises de petite taille sont des exemples évidents d'entreprises à profits fluctuants auxquelles on ne veut pas nuire.

En résumé, les auteurs jugent déraisonnables les mécanismes qui permettent à nombre de compagnies de diminuer leur revenu imposable, voire à éviter de payer de l'impôt même si leur revenu net est positif. Ce n'est pas notre avis. Nous avons démontré, au contraire, qu'il n'y a aucune raison de se scandaliser des déductions pour dividendes intersociétés et pour pertes d'années antérieures, qui représentent à elles seules 99,8 % de la réduction du revenu net positif des sociétés québécoises. Enfin, notons que ces mécanismes ne sont pas une particularité québécoise, toutes les provinces canadiennes et tous les pays accordent ces deux déductions à leurs entreprises.

En plus des déductions pour dividendes intersociétés et pour pertes d'années antérieures, Québec et Ottawa consentent plusieurs avantages fiscaux aux sociétés dans le calcul du revenu imposable à partir du bénéfice net selon les états financiers. Nous convenons tout à fait qu'il faut « faire le ménage » périodiquement dans ces mesures fiscales. Nous souhaitons simplement qu'on y procède sans esprit vindicatif, en soupesant méticuleusement le pour et le contre de chaque mesure, le plus objectivement possible.

8. HUITIÈME AFFIRMATION : L'INSTAURATION D'UN IMPÔT MINIMUM DES SOCIÉTÉS AU TAUX DE 5 % DES BÉNÉFICES AVANT IMPÔT AURAIT PERMIS AU GOUVERNEMENT DU QUÉBEC DE RECUEILLIR 1,2 G$ EN 1999 [1,5 G$ EN 2006] AUPRÈS DES ENTREPRISES RÉALISANT UN BÉNÉFICE COMPTABLE MAIS NE PAYANT PAS D'IMPÔT ACTUELLEMENT

Ayant observé qu'une proportion appréciable et, à leurs yeux, inacceptable des entreprises évite de payer de l'impôt malgré un revenu net positif, les auteurs proposent de corriger cette situation en instaurant au Québec un impôt minimum de 5 % sur les bénéfices des sociétés. Appliquant directement ce pourcentage aux 24 G$ de revenu net positif réalisé par les entreprises « non imposées » en 1999, ils concluent que leur impôt minimum aurait permis au fisc québécois de percevoir 1,2 G$ (5 % de 24 G$) de plus que les 2 G$ qu'il a en fait récoltés en impôt sur le bénéfice des sociétés au cours de cette même année. Bref, selon leur calcul, l'introduction d'un impôt minimum de 5 % aurait produit une augmentation de 60 % des recettes fiscales en provenance de l'impôt sur le revenu des sociétés. Les données les plus récentes portant sur l'année 2001 font état d'un revenu net positif de 28 G$ réalisé par les entreprises « non imposées ». Leur impôt minimum de 5 % aurait donc produit une recette fiscale supplémentaire de 1,4 G$. Cela équivaudrait, aussi, à une hausse de 60 % de la recette fiscale tirée de l'impôt sur le bénéfice par le fisc québécois, puisque cette dernière passerait de 2,3 G$ à 3,7 G$. En 2006, l'addition à la recette projetée par la formule des auteurs dépasserait sans aucun doute le 1,5 G$.

Nous ne pensons pas que cette idée mérite d'être poursuivie. En effet, de deux choses l'une : ou bien elle serait appliquée sans nuance, comme le recommandent les auteurs, et alors cela risquerait de causer un sérieux dommage à l'économie du Québec; ou bien elle serait appliquée avec circonspection comme l'a fait le gouvernement Rae en Ontario, et alors elle ferait augmenter d'environ 2 % seulement, et non pas de 60 %, la recette fiscale tirée de l'impôt sur le revenu des sociétés par le fisc québécois.

8.1. ONTARIO : UN IMPÔT MINIMUM DES SOCIÉTÉS À RENDEMENT MINIME

L'Ontario prélève un impôt minimum sur le revenu des sociétés depuis que le gouvernement Rae l'a instauré en 1994[15]. C'est la seule province

[15] Paul HICKEY, « Ontario CMT Issues », dans *Canadian Tax Highlights*, vol. 11, n° 8, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, août 2003.

canadienne à s'être engagée dans cette voie. Cet impôt s'applique aux sociétés dont l'actif total est supérieur à 5 M$ ou dont le revenu brut est supérieur à 10 M$[16]. Le taux d'assujettissement est de 4 % du revenu comptable[17]. Ce revenu est calculé selon les principes comptables généralement reconnus, mais il est soumis à quatre importants rajustements[18].

D'abord, à l'instar de tout régime normal d'imposition des sociétés, l'Ontario permet de soustraire les dividendes intersociétés du calcul de l'impôt minimum des sociétés pour éviter de taxer deux fois le même revenu. Ensuite, l'Ontario permet de soustraire du revenu imposable des années subséquentes les pertes calculées aux fins de l'impôt minimum des sociétés, pour tenir compte des cycles économiques d'amplitude très variable subis par les entreprises de divers types. Puis, l'impôt minimum ontarien des sociétés ne s'applique au bénéfice comptable de l'entreprise qu'en proportion des affaires faites en Ontario même. Soustraire la portion des bénéfices nets qui est gagnée et imposée dans les autres provinces canadiennes va de soi. Enfin, l'Ontario détermine son impôt minimum en tenant compte aussi des impôts que l'entreprise paie à l'étranger.

Ce qu'il faut retenir de ces rajustements, c'est que le gouvernement Rae a jugé, comme tous les experts en fiscalité, que la non-imposition des dividendes intersociétés, la possibilité de reporter les pertes, la limitation de l'imposition à la proportion des affaires faites en Ontario et la soustraction des impôts payés à l'étranger **ne constituent pas des avantages fiscaux, mais de simples mécanismes de taxation visant à imposer correctement les bénéfices des sociétés**. C'est pourquoi il a permis que ces déductions soient soustraites du revenu imposable avant d'appliquer son impôt minimum.

Le gouvernement Rae a doté son impôt payable au titre de l'impôt minimum des sociétés d'une cinquième propriété : il peut être récupéré au cours des 10 années subséquentes[19]. Cette récupération de l'impôt minimum, tout à fait cohérente avec le principe du report des pertes, se fait en diminution de l'impôt ontarien normal sur les profits pourvu que ce dernier

---

16 ONTARIO INVESTMENT SERVICE, *Taxation in Ontario*, Toronto, 2004, p. 17.

17 *Id*.

18 Karin TREFF et David B. PERRY, *Finances of the Nation 2005*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2006.

19 ONTARIO INVESTMENT SERVICE, *op. cit.*, note 16.

excède l'impôt minimum pour ces années. Ainsi, dans bien des cas, l'impôt minimum ontarien n'est pas vraiment un impôt additionnel, mais, comme il est indiqué dans un document publié par la Commission sur la fiscalité et le financement des services publics (ci-après « Commission D'Amours »), il équivaut plutôt à un devancement de son impôt exigible dans les années à venir[20].

Inévitables en pratique, ces diverses caractéristiques de l'impôt minimum ontarien ont une conséquence financière majeure : il ne peut pas rapporter beaucoup au Trésor public. Le vérificateur général de l'Ontario a indiqué qu'en 2000 l'impôt minimum des sociétés a recueilli 139 M$. Ce montant équivalait à moins de 2 % de la recette fiscale de 7,2 G$ que la province tire de l'impôt sur le bénéfice des sociétés[21]. L'impôt minimum a donc procuré un rendement minime à l'Ontario.

8.2. QUÉBEC : UN RENDEMENT ESTIMATIF DE 75 M$, ET NON DE 1,5 G$, EN 2006

Combien rapporterait un impôt minimum des sociétés à 4 % au Trésor public québécois si les mêmes paramètres qu'en Ontario étaient en vigueur? Une approximation simple pour l'année 2001 au Québec consiste à l'évaluer, comme en Ontario, à 2 % du total de l'impôt sur le bénéfice des sociétés recueilli au cours de cette même année, soit 2,3 G$. Ce calcul donne 46 M$. Si le taux de l'impôt minimum du Québec était fixé à 5 %, comme le recommandent les auteurs, plutôt qu'à 4 % comme en Ontario, l'estimation du rendement serait portée à 58 M$. Enfin, si l'on tient compte du fait que les profits des compagnies ont augmenté depuis 2001, on peut envisager que le rendement d'un tel impôt minimum au Québec atteindrait 75 M$ en 2006. La hausse de 60 % de la recette fiscale prévue par les auteurs, qui équivaudrait à plus de 1,5 G$ en 2006, est par conséquent nettement irréaliste.

Pour arriver à un résultat de plus de 1,5 G$ en 2006, l'impôt minimum des sociétés que les auteurs veulent instaurer au Québec n'aurait aucune des caractéristiques de l'impôt minimum ontarien. Incontestablement, cette proposition d'impôt minimum des sociétés entraînerait une double imposition des dividendes, une surtaxation des entreprises exerçant leurs activités dans un environnement économique plus fragile que la moyenne, et

---

20 COMMISSION SUR LA FISCALITÉ ET LE FINANCEMENT DES SERVICES PUBLICS, *L'impôt des sociétés*, fascicule 12, annexe 6, Québec, 1996.

21 AUDITOR GENERAL OF ONTARIO, *2005 Annual Report*, Toronto, 2005.

un principe d'extraterritorialité fiscale qui irait à l'encontre de l'esprit, voire de la lettre, du droit fiscal canadien et international. Il y aurait grand risque de dommage à l'économie et à la réputation internationale du Québec.

8.3. REJET PAR LA COMMISSION D'AMOURS ET LE COMITÉ MINTZ

Nous ne sommes pas les seuls à penser que l'impôt minimum des sociétés est une mauvaise idée au-delà d'une apparence d'équité. C'est également l'avis des deux principaux panels qui se sont penchés sur la question depuis 10 ans, soit la Commission D'Amours et le Comité technique fédéral sur la fiscalité des entreprises (connu également sous le nom de Comité Mintz). Ces deux groupes d'experts ont rejeté dans les termes suivants la possibilité d'instaurer une imposition minimale des bénéfices des sociétés :

> « Le gouvernement ne devrait pas introduire un impôt minimum dans la structure de taxation des sociétés. Il devrait plutôt exercer un contrôle plus serré des dépenses fiscales des sociétés[22]. »

> « Le comité est cependant d'avis qu'on peut éviter d'appliquer un impôt minimum général des sociétés distinct – avec toutes les complications et distorsions qui en découlent – en rendant le régime actuel d'imposition des bénéfices plus équitable et plus neutre[23]. »

Nous ne saurions mieux dire.

CONCLUSION

Dans le présent texte, nous avons examiné une à une les huit affirmations laissant croire à une défiscalisation des entreprises au Québec. Chacune d'elles s'avère non fondée. Nos huit conclusions sont les suivantes :

1. Au Québec, au cours des dernières décennies, les profits et les salaires ont augmenté au même rythme.

2. Au Québec, les gouvernements imposent de plus en plus les profits des entreprises.

---

22 COMMISSION SUR LA FISCALITÉ ET LE FINANCEMENT DES SERVICES PUBLICS, *Rapport de la commission : Ensemble pour un Québec responsable*, Québec, 1996, p. 57.

23 COMITÉ TECHNIQUE DE LA FISCALITÉ DES ENTREPRISES, *Rapport du Comité technique sur la fiscalité des entreprises*, Ottawa, 1997, p. 4-22.

3. La TPS fédérale actuelle est répercutée intégralement dans les prix de vente payés par les consommateurs tout comme l'était l'ancienne TFV.

4. La quasi-totalité des entreprises québécoises paie des impôts.

5. Les impôts des entreprises pèsent de plus en plus lourd dans les revenus fiscaux des gouvernements et dans le revenu intérieur total du pays.

6. Les entreprises québécoises versent beaucoup plus d'impôts au gouvernement du Québec qu'elles reçoivent de subventions.

7. Si plusieurs entreprises ne paient pas d'impôt malgré le fait qu'elles affichent des bénéfices nets positifs, c'est en raison de mécanismes fiscaux mondialement utilisés, permettant notamment d'éviter la double imposition des profits distribués intersociétés et de reporter les pertes sur un autre exercice.

8. L'expérience récente de l'Ontario montre qu'un impôt minimum des sociétés au taux de 5 % des bénéfices avant impôt ne procurerait pas plus que 75 M$ par année au fisc québécois.

Ainsi, contrairement à une affirmation maintes fois entendue, et fort répandue dans la croyance populaire, le poids global de l'imposition des sociétés a considérablement augmenté au Québec au cours des dernières décennies. Il restera maintenant à déterminer si cela est une bonne chose. Il se pourrait que taxer lourdement le capital productif investi par les entreprises, comme le fait le Québec, ne soit pas la meilleure façon de réaliser le double objectif fondamental que vise toute société équilibrée : d'une part, favoriser la création d'emplois et de richesse; et, d'autre part, faire payer leur juste part d'impôt aux classes favorisées.

DISPOSITION D'UN IMMEUBLE : REVENU *VERSUS* CAPITAL

Jean-François Thuot
Associé, CGA, M. Fisc.
Raymond Chabot Grant Thornton s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 19:3

1. ANALYSE JURISPRUDENTIELLE 19:6

1.1. INTENTION PRINCIPALE 19:6
1.2. INTENTION SECONDAIRE 19:14
1.3. CHANGEMENT D'INTENTION 19:17
1.4. FACTEURS « COMPORTEMENTAUX » CONSIDÉRÉS PAR LA JURISPRUDENCE 19:19
1.4.1. Nature du bien 19:20
1.4.2. Frustration de l'intention initiale du contribuable 19:21
1.4.3. Organisation de l'entreprise 19:22
1.4.4. Efforts consacrés pour disposer du bien 19:22
1.4.5. Période de détention du bien 19:23
1.5. DISPOSITION D'UN IMMEUBLE PAR LE BIAIS D'UNE SOCIÉTÉ OU DISPOSITION DES ACTIONS DE LA SOCIÉTÉ 19:24

1.6. DISPOSITION D'UN IMMEUBLE DÉTENU PAR UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES OU UNE COENTREPRISE 19:26
1.6.1. Disposition de la participation dans la société de personnes 19:26
1.6.2. Attribution de l'intention à l'ensemble des associés 19:30
1.6.3. Coentreprises 19:32
1.7. JURISPRUDENCE QUÉBÉCOISE 19:33

2. POSITION DES AUTORITÉS FISCALES 19:37

2.1. AGENCE DU REVENU DU CANADA 19:37
2.2. REVENU QUÉBEC 19:39

CONCLUSION 19:40

ANNEXE 19:41

INTRODUCTION*

La distinction entre un gain en capital et un revenu demeure à ce jour probablement l'une des zones les plus litigieuses et les plus grises du régime fiscal canadien; ce sujet épineux est souvent associé à l'imposition des transactions immobilières[1]. Bien qu'il s'agisse d'une distinction subtile, certaines règles fiscales qui s'appliquent aux biens immeubles s'appliqueront de façon différente selon que le bien est une immobilisation ou un bien en inventaire, dont les suivantes :

- seulement la moitié du gain en capital est incluse dans le calcul du revenu alors que la totalité du gain réalisé lors de la disposition d'un bien en inventaire doit être incluse dans le calcul du revenu;

- la totalité de la perte subie lors de la disposition d'un bien en inventaire est généralement déductible à l'encontre de toutes les sources de revenu du contribuable, alors que dans le cas d'un bien en immobilisation, seulement la moitié de la perte sera déductible uniquement à l'encontre des gains en capital réalisés;

- la déduction pour amortissement (ci-après « DPA ») peut être réclamée seulement sur les biens en immobilisation;

---

* L'auteur tient à remercier M^e^ Isabelle Messier, D. Fisc. chez Raymond Chabot Grant Thornton s.e.n.c.r.l., de sa précieuse collaboration à la rédaction de ce texte. Le présent article traite de questions complexes. La documentation proposée est basée sur des lois et des pratiques qui sont susceptibles de changer. Pour ces raisons, on ne doit pas utiliser le contenu de cet article comme substitut à des conseils professionnels spécialisés en rapport avec une question particulière. L'article a été préparé avec soin, mais aucune personne ayant participé à sa rédaction n'accepte de responsabilité légale relativement à son contenu ou aux conséquences pouvant résulter de son usage.

1 Le lecteur désirant pousser plus loin son analyse pourra consulter la doctrine fiscale qui comporte d'excellents textes sur ce sujet. Voir, par exemple, Peter L. CLARK et Ian V. MACINNIS, *Canadian Real Estate Income Tax Guide*, Don Mills, Ont., CCH Canadian, 1991, feuilles mobiles, par. 20-000 à 20-150; Robert E. BEAM et Stanley N. LAIKEN, « Adventure or Concern in the Nature of Trade: "Badges of Trade" as the Key Indicator of Taxpayer Intention in Personal Tax Planning », (1996), vol. 44, n^o^ 3 *Revue fiscale canadienne* 888-913; D. Bernard MORRIS, « Capital Versus Income: Loans and Real Estates », dans *1992 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1993, pp. 26:1-20.

- selon l'alinéa 20(1)n) et le paragraphe 20(8) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[2], la durée maximale de la réserve disponible lors de la disposition d'un bien en inventaire est de trois ans alors que la réserve maximale disponible lors de la disposition d'un bien en immobilisation est de cinq ans[3];

- il n'est pas possible de transférer sans incidence fiscale un bien en inventaire en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R.[4]

Malgré l'importance de la distinction entre un gain en capital et un revenu, la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne contient aucune règle permettant de déterminer si un bien doit être traité comme un bien en immobilisation, un bien en inventaire, un projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial. Il appartient donc aux tribunaux de clarifier chaque situation. La jurisprudence des 50 dernières années s'avère fort utile à cet égard. Les lignes directrices établies par les tribunaux permettent de déterminer la nature du profit réalisé.

Comme mentionné précédemment, les tribunaux ont été appelés à maintes reprises à statuer sur la question de savoir si le revenu généré lors de la disposition d'un immeuble constitue un revenu d'entreprise ou un gain en capital. La majorité de ces décisions ne vise pas nécessairement une « entreprise » dans le sens usuel du terme d'une activité commerciale continue. Le terme « entreprise » est défini au paragraphe 248(1) L.I.R. afin d'inclure un projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial. Une transaction isolée constituera une entreprise s'il est démontré qu'il s'agit d'un projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial[5].

La signification de « projet comportant un risque ou affaire de caractère commercial » a été créée par le système judiciaire britannique et adoptée par les tribunaux canadiens afin d'établir si un achat et une vente constituaient une opération de nature commerciale ou de nature capital.

---

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

3 S.-al. 40(1)a)(iii) L.I.R.

4 En effet, un bien à porter à l'inventaire, à l'exception d'un bien immeuble, est un bien admissible en vertu de l'alinéa 85(1.1)f) L.I.R.

5 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-459, « Projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial », 8 septembre 1980, par. 2 et 14.

Dans l'affaire *MRN* c. *James A. Taylor*[6], la Cour de l'Échiquier a cerné certains paramètres que les tribunaux ont appliqués en de multiples occasions à toute situation particulière de fait :

- le fait de traiter des biens de la même manière que le ferait un négociant est un indice important d'une affaire de caractère commercial;

- la nature et la fréquence des transactions peuvent permettre d'avancer que la vente des biens était faite en vue de réaliser un investissement;

- c'est la nature de la transaction qui détermine si elle est de nature commerciale, et ce, peu importe qu'il s'agisse d'une transaction unique ou isolée;

- il n'est pas nécessaire qu'une organisation ait été structurée en vue de réaliser cette transaction;

- le fait qu'une transaction diffère du type de transaction normalement visée par le contribuable ou que celui-ci n'ait jamais auparavant ni depuis été impliqué dans une transaction d'une telle nature n'est pas pertinent;

- l'intention de réaliser un profit n'est pas en elle-même déterminante.

Les tribunaux ont raffiné ces paramètres en mettant l'accent sur le critère d'intention. Ce critère permet d'établir si, au moment de l'acquisition d'un bien, une transaction particulière a été organisée comme une affaire de nature commerciale. Le contribuable avait-il, au moment de l'acquisition, l'intention de faire une acquisition à des fins d'investissement (à long terme) ou est-ce plutôt un projet ou une affaire de nature commerciale visant une acquisition en vue de réaliser un profit lors de la disposition du bien?

Les différentes fins auxquelles un immeuble est détenu font en sorte qu'il n'est parfois pas évident de déterminer si l'immeuble en question est détenu à des fins de nature capital ou s'il est plutôt un projet ou une affaire de nature commerciale. Par exemple, un même immeuble peut être détenu à titre d'investissement, utilisé dans une entreprise qui génère du revenu de location ou détenu à titre d'inventaire à des fins commerciales. Il peut également être détenu en partie à des fins personnelles avec une intention d'investissement ou une intention spéculative. De plus, l'intention d'un contribuable à l'égard de l'immeuble peut changer durant la période de

6 56 D.T.C. 125 (C. de l'É.) (ci-après « *Taylor* »).

détention. L'intention des autres propriétaires d'un immeuble peut également être imputée à un contribuable. Afin de déterminer si le gain ou la perte généré lors de la disposition d'un immeuble est de nature capital ou un revenu d'entreprise, il est donc primordial de considérer toutes les circonstances factuelles entourant l'acquisition, la détention et la disposition de l'immeuble.

1. ANALYSE JURISPRUDENTIELLE

Afin d'établir si un gain ou une perte est de nature capital ou de nature commerciale, les tribunaux ont spécifié que le facteur le plus important à considérer est l'intention subjective du contribuable par rapport au bien au moment de l'acquisition. À cet égard, si le contribuable avait l'intention de détenir et d'utiliser l'immeuble à titre d'investissement au moment de son acquisition, le gain ou la perte réalisé lors de sa disposition constituera un gain ou une perte en capital. Par contre, si le contribuable avait l'intention de générer un profit lors de la disposition de l'immeuble, que ce soit dans le cadre de la vente d'un bien en inventaire ou d'un projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial, le gain ou la perte réalisé constituera un revenu d'entreprise.

En concluant que le test d'objet doit recevoir une interprétation subjective basée sur l'intention du contribuable, doit-on considérer uniquement l'intention principale de ce dernier ou l'intention secondaire doit-elle également être analysée?

1.1. INTENTION PRINCIPALE

L'analyse de l'intention du contribuable implique que l'on doive tenir compte de toutes les circonstances entourant l'acquisition de l'immeuble et le comportement du contribuable avant et après l'acquisition de l'immeuble. Bien que ces facteurs semblent de nature objective, ils permettent d'établir l'intention subjective du contribuable lors de l'acquisition de l'immeuble. Il faut tenir compte de la véritable intention du contribuable et non de celle qu'il aurait raisonnablement dû avoir dans les circonstances.

L'intention est un état d'esprit qui existait à un moment donné dans le passé qui ne peut pas être observé directement. Selon le juge Noël dans la cause *Racine, Demers et Nolin* c. *MRN*[7], la motivation d'un contribuable, qu'elle soit primaire ou secondaire, « devrait être basée sur des interférences

[7] 65 D.T.C. 5098 (C. de l'É.) (ci-après « *Racine, Demers et Nolin* »).

découlant des circonstances qui entourent la transaction plutôt que d'une preuve directe de ce que l'acquéreur avait en tête ».

L'analyse de l'intention du contribuable est une question de fait. À cet égard, les tribunaux vont également analyser les circonstances entourant la détention et la disposition d'un immeuble. Dans l'affaire *Twin Islands Estates Ltd.* c. *La Reine*[8], la Cour canadienne de l'impôt a spécifié ce qui suit :

> « La réponse à la question de ce qu'était l'intention d'un contribuable au moment de l'acquisition d'un bien nécessite une étude attentive du témoignage verbal ainsi que des documents déposés en preuve. Il est également assez important d'examiner la manière dont le contribuable a traité la propriété depuis son acquisition jusqu'à sa vente. Il arrive quelquefois que des contribuables prétendent qu'au moment où ils ont acheté une propriété, ils avaient eu l'intention de la conserver et de la détenir à titre d'immobilisation, mais qu'un certain temps après, en raison du changement des circonstances, ils avaient décidé de vendre le bien. La façon dont ils ont traité le bien pendant la période où ils le détenaient corrobore souvent cet aveu. Toutefois, il arrive aussi fréquemment que d'autres éléments de preuve démontrent que leur intention avouée était en fait d'acheter le bien et de le revendre à profit, ce qui, clairement, a pour effet de classer le bien dans la catégorie du revenu et non dans celle du capital[9]. »

Dans l'affaire *John Cragg* c. *MRN*[10], le président Thorson de la Cour de l'Échiquier a admis la difficulté d'évaluer directement l'intention en déclarant que la décision quant au genre de revenu qui découle d'une opération ne peut pas être fondée que sur les déclarations d'intention du contribuable :

> « There is, I think, no doubt that each of the profits made by the appellant could, by itself, have been properly considered a capital gain and the Court must be careful before it decides that a series of profits, each one of which would by itself have been a capital gain, has become profit or gain from a business. Such a decision cannot depend solely on the number of transactions in the series, or the period of time in which they occurred, or the amount of profit made, or the kind of property involved. Nor can it rest on statements of intention on the part of the taxpayer. The question in each case is what is, the proper deduction to be

---

8 2004 D.T.C. 2515 (C.C.I.) (ci-après « *Twin Islands Estates* »).

9 *Id*., par. 173.

10 52 D.T.C. 1004 (C. de l'É.).

> drawn from the taxpayer's whole course of conduct viewed in the light of all the circumstances. The conclusion in each case must be one of fact[11]. »

Dans l'arrêt *MacIntosh* c. *MRN*[12], le contribuable avait acquis plusieurs terrains vacants afin d'y construire des résidences. Quatre ans après le début du projet, le contribuable et son partenaire ont mis fin à leur partenariat et ont vendu les lots en raison du manque de fonds leur permettant de continuer le projet. Le contribuable soutenait que le profit réalisé lors de la vente des terrains vacants constituait un gain en capital résultant de la disposition d'un investissement. La Cour suprême du Canada en vint à la conclusion que l'historique des transactions depuis l'acquisition des terrains dénotait clairement que le profit généré par la vente des terrains était un revenu provenant d'un projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial :

> « It is impossible to lay down a test that will meet the multifarious circumstances that may arise in all fields of human endeavour. As is pointed out in *Noak* v. *Minister of National Revenue*, [1953] 2 S.C.R. 136,53 DTC 1212, [1954] C.T.C. 6, it is a question of fact in each case, referring to the *Argue* case, supra, and *Campbell* v. *Minister of National Revenue*, [1953]1 S.C.R. 3, [1952] C.T.C. 334, 52 DTC 1187, to which might be added the judgment of this Court in *Kennedy* v. *Minister of National Revenue*, [1953] 2 S.C.R. at p. VIII, which affirmed the decision of the Exchequer Court, [1952] Ex. C.R. 258, [1952] C.T.C. 59, 52 DTC 1070.
>
> In the present case I agree with Mr. Justice Hyndman's findings with reference to the appellant that:
>
> > "Having acquired the said property there was no intention in his mind to retain it as an investment, but to dispose of the lots, if and when suitable prices could be obtained[13]." »

Dans la cause *Bead Realties Ltd.* c. *MRN*[14], la compagnie, incorporée par les membres de deux familles dont une faisait le commerce de la vente d'immeubles alors que l'autre en détenait à titre d'investissement, a acquis un terrain vacant afin d'y ériger des immeubles commerciaux locatifs. Durant trois ans, la compagnie a tenté de réaliser son projet mais sans succès. En raison des coûts qui ne cessaient d'augmenter, la compagnie a

---

11 *Id*., 1007.

12 58 D.T.C. 1021 (C.S.C.).

13 *Id*., 1022.

14 71 D.T.C 5453 (C.F.).

ultimement accepté une offre non sollicitée de vendre le terrain, réalisant ainsi un profit substantiel. La Cour fédérale a conclu que le profit réalisé par la compagnie était un gain en capital. Le fait que la compagnie ait accepté l'offre d'achat du terrain n'avait pas pour effet de changer un investissement immobilier en un projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial. Selon la Cour fédérale, la compagnie a donné une explication raisonnable et crédible relativement aux motifs de la vente du terrain, excluant ainsi la possibilité d'une intention secondaire au moment de l'acquisition du terrain[15].

Dans l'arrêt *Montfort Lakes Estates Inc.* c. *La Reine*[16], la compagnie avait fait l'acquisition d'un domaine à titre d'investissement à long terme. Afin de financer les améliorations à apporter au domaine, la compagnie avait disposé de quelques terrains en faveur d'un acheteur non sollicité. Dix-sept ans plus tard, la compagnie disposa du domaine. Le profit réalisé lors de la disposition des terrains fut traité comme un revenu d'entreprise alors que le profit réalisé lors de la disposition du domaine fut traité comme un gain en capital. La Cour fédérale indiqua qu'il était possible d'avoir une intention d'investissement à l'égard d'un bien et une intention spéculative à l'égard d'un autre bien :

> « […] and indeed the intention of the plaintiff company when it was formed by him in 1962, must be determined, not only from the expressed intentions of the purchaser, but also from the surrounding circumstances.
>
> […]
>
> I accept therefore the evidence of Diez d'Aux and his wife that their intention at the moment of purchase was not to resell at a profit, but on the contrary to hold unto the estate for a very long time. The mere fact that they were induced to sell for a small fortune some seventeen years afterwards does not lead to the conclusion that the transaction was an adventure in the nature of trade.
>
> […]
>
> A standard test to determine whether profits is income from business in the sense of a commercial undertaking is whether the subject transaction is of the same kind and carried on in the same way as the usual operations of the taxpayer (see *Irrigation Industries Limited* v. *M.N.R.*, [1962] S.C.R. 346). In my view, the 1974 transaction wherein plaintiff sold de remainder of its estate is

---

15 Voir également *Elgin Cooper Realties Ltd.* c. *MRN*, 69 D.T.C. 5276 (C. de l'É.) et *Point Pleasant Investments Ltd*. c. *MRN*, 69 D.T.C. 23 (C.A.F.).

16 79 D.T.C. 5467 (C.F. 1re inst.).

> very different from the earlier sales of small sub-divided cottage lots. The lots sales were carried out to maintain the company in operation, whereas the final sale transferred the whole estate and concluded plaintiff's operations.
>
> That the same taxpayer can be at one time a trader in some aspects of its sales and at other times a non-trader with respect to the other sales has been well established in the recent decision of my brother Walsh in *Clermow Ralty Ltd* v. *The Queen* (76) DTC 6094)[17]. »

À cet égard, les tribunaux ont affirmé que l'intention du contribuable peut être distincte et spécifique à chaque bien ou partie de bien qu'il détient[18].

La Cour fédérale a établi, dans l'affaire *Happy Valley Farms Ltd.* c. *La Reine*[19], certains tests permettant de déterminer si le profit généré lors de la disposition d'un bien est un revenu d'entreprise ou un gain en capital :

> « Whether an asset was acquired as an investment is to be determined by all the facts of a particular case including, the course of conduct of the taxpayer, the nature of the subject property, the probability of the asset producing income without the need to be turned over and the similarity of the transaction in question to a trading transaction.
>
> Several tests, many of them similar to those pronounced by the Court in the Taylor case, have been used by the courts in determining whether a gain is of an income or capital nature. These include:
>
> 1. The nature of the property sold. Although virtually any form of property may be acquired to be dealt in, those forms of property, such as manufactured articles, which are generally the subject of trading only are rarely the subject of investment. Property which does not yield to its owner an income or personal enjoyment simply by virtue of its ownership is more likely to have been acquired for the purpose of sale than property that does.

---

17 *Id*., 5470.

18 *La Reine* c. *Jachimowicz*, 77 D.T.C. 5148 (C.F. 1re inst.) (ci-après « *Jachimowicz* »); *Jarvie Holdings Ltd.* c. *La Reine*, 80 D.T.C. 6395 (C.F. 1re inst.); *Shuckett* c. *MRN*, 70 D.T.C. 6213 (C. de l'É.); *Giannakos* c. *La Reine*, 86 D.T.C. 6145 (C.F. 1re inst.); *Wright* c. *MRN*, 90 D.T.C. 1265 (C.C.I.) (ci-après « *Wright* »); *Sardo* c. *La Reine*, 88 D.T.C. 6464 (C.F. 1re inst.) (ci-après « *Sardo* »); *Stroz* c. *MRN*, 90 D.T.C. 1271 (C.C.I.) (ci-après « *Stroz* »); *Les Immeubles M.H.T. ltée* c. *MRN*, 93 D.T.C. 79 (C.C.I.) (ci-après « *Les Immeubles M.H.T.* »); *Leasehold Construction Corp.* c. *La Reine*, 95 D.T.C. 5470 (C.F. 1re inst.) (ci-après « *Leasehold Construction* »).

19 86 D.T.C. 6421 (C.F. 1re inst.) (ci-après « *Happy Valley Farms* »).

> 2. The length of period of ownership. Generally, property meant to be dealt in is realized within a short time after acquisition. Nevertheless, there are many exceptions to this general rule.
>
> 3. The frequency or number of other similar transactions by the taxpayer. If the same sort of property has been sold in succession over a period of years or there are several sales at about the same date, a presumption arises that there has been dealing in respect of the property.
>
> 4. Work expended on or in connection with the property realized. If effort is put into bringing the property into a more marketable condition during the ownership of the taxpayer or if special efforts are made to find or attract purchasers (such as the opening of an office or advertising) there is some evidence of dealing in the property.
>
> 5. The circumstances that were responsible for the sale of the property. There may exist some explanation, such as a sudden emergency or an opportunity calling for ready money, that will preclude a finding that the plan of dealing in the property was what caused the original purchase.
>
> 6. Motive. The motive of the taxpayer is never irrelevant in any of these cases. The intention at the time of acquiring an asset as inferred from surrounding circumstances and direct evidence is one of the most important elements in determining whether a gain is of a capital or income nature.
>
> While all of the above factors have been considered by the Courts, it is the last one, the question of motive or intention which has been most developed. That, in addition to consideration of the taxpayer's whole course of conduct while in possession of the asset, is what in the end generally influences the finding of the Court.
>
> This test has been carried one step further by Canadian Courts into what has generally been referred to as the "secondary intention" test. This has meant, in some cases, that even where it could be established that a taxpayer's main intention was investment, a gain on the sale of the asset would be held taxable as income if the court believed that, at the time of acquisition, the taxpayer had in mind the possibility of selling the asset if his investment project did not, for whatever reason, materialize[20]. »

Les tests énoncés dans cette affaire ont été fréquemment appliqués par les tribunaux à titre de structure analytique[21] permettant de déterminer la véritable intention du contribuable.

---

[20] *Id*., 6423-6424.

[21] Voir, par exemple, *Leasehold Construction*, précité, note 18; *Edward Mullin* c. *La Reine*, 98 D.T.C. 1731 (C.C.I.) (ci-après « *Mullin* »); *Jeffrey Watson* c. *La Reine*, (à suivre…)

Les tribunaux ont établi dans plusieurs décisions que le fait de ne pas démontrer une intention claire d'investissement entraînait l'établissement d'une intention commerciale[22]. À cet égard, dans l'affaire *Carribean Properties Ltd.* c. *La Reine*[23], la Cour fédérale a rejeté les allégations du contribuable selon lesquelles il avait acquis un terrain agricole de 70 acres avec l'intention de le convertir en terrain de golf et qu'au moment de son acquisition, il n'avait aucune intention secondaire à l'égard de l'utilisation dudit terrain. La preuve a ainsi révélé qu'aucune étude de marché n'avait été entreprise avant l'acquisition du terrain afin d'établir s'il s'agissait d'une bonne décision d'affaires d'acquérir ce terrain afin de le convertir en terrain de golf. De plus, après l'acquisition du bien, peu de choses ont été entreprises afin de procéder à la création du terrain de golf. La Cour trouvait peu probable que le groupe, dirigé par un promoteur immobilier, n'ait pas envisagé, au moment de l'acquisition du terrain, de le revendre dans l'éventualité où il ne pourrait pas être converti en terrain de golf. Par conséquent, la Cour considéra que le profit réalisé lors de la disposition du terrain était un revenu d'entreprise. Le contribuable n'a pas démontré selon une preuve prépondérante que le terrain a été acquis à des fins d'investissement sans intention secondaire de le revendre en cas d'échec du projet.

Tout récemment, la Cour canadienne de l'impôt a établi, dans l'affaire *Frederick Coady* c. *La Reine*[24], que le gain réalisé lors de la disposition

---

(…suite)

98 D.T.C. 1680 (C.C.I.); *Guthrie* c. *La Reine*, 2000 D.T.C. 2318 (C.C.I.); *Doody* c. *La Reine*, 2000 D.T.C. 2086 (C.C.I.); *Robert Freer* c. *La Reine*, 2003 D.T.C. 738 (C.C.I.); *Clara Joan Willis and Barrie A. Willis* c. *La Reine*, 2003 D.T.C. 1081 (C.C.I.); *Robert Delaney* c. *La Reine*, 2004 D.T.C 2576 (C.C.I.) (ci-après « *Delaney* »); *Dominic Scopacasa* c. *La Reine*, 2004 D.T.C. 3455 (C.C.I.); *Sam Vogan* c. *La Reine*, 2004 D.T.C. 3459 (C.C.I.).

22 Voir, par exemple, *Manru Realty* c. *MRN*, 72 D.T.C. 6415 (C.F. 1re inst.) (ci-après « *Manru Realty* »); *La Reine* c. *Dobroskay*, 74 D.T.C. 6158 (C.F. 1re inst.); *Surburban Restaurant (Brandon) Ltd.* c. *La Reine*, 74 D.T.C. 6694 (C.A.F.); *Varennes Holdings Corp.* c. *La Reine*, 75 D.T.C. 5164 (C.F. 1re inst.); *Ammerman* c. *La Reine*, 76 D.T.C. 6356 (C.F. 1re inst.); *Hertel* c. *La Reine*, 90 D.T.C. 6341 (C.F. 1re inst.) (ci-après « *Hertel* »); *Dauphinais* c. *MRN*, 93 D.T.C. 631 (C.C.I.) (ci-après « *Dauphinais* »); *Rivermede Developments Ltd.* c. *La Reine*, 93 D.T.C. 5365 (C.F. 1re inst.); *Raczkovi* c. *La Reine*, 93 D.T.C. 1074 (C.C.I.); *Vettese* c. *La Reine*, 2000 D.T.C. 6327 (C.A.F.) (ci-après « *Vettese* »); *Diane De Chantal* c. *La Reine*, 2000 D.T.C. 6517 (C.F. 1re inst.); *Goldenburg* c. *La Reine*, 2000 D.T.C. 6605 (C.A.F.).

23 74 D.T.C. 6660 (C.F. 1re inst.).

24 2006 D.T.C. 2717 (C.C.I.) (ci-après « *Frederick Coady* »).

d'une parcelle de terrain acquis en 2002 constituait un revenu d'entreprise. La preuve démontrait, selon une preuve prépondérante, que le contribuable avait toujours eu à l'esprit la possibilité de revendre le terrain et c'est ce qui a motivé l'acquisition dudit terrain[25] :

> « The basic issue in this appeal relates to the Appellant's intention at the time he acquired the property. The testimony of an individual who has an overriding interest in the outcome of an appeal regarding the intention behind a transaction, is not necessarily determinative of the existence of the stated intention. While an Appellant's testimony is of some assistance, it is the entire course of his conduct, the relevant circumstances and inferences flowing therefrom, and the steps he took to carry out his plans that provide a better indication of what his intention actually was. Furthermore, it is also accepted that a secondary intention to trade may exist and this requires not only the thought of a sale at a profit, but that the prospects of such a sale be an operating motivation in the acquisition of the property. In these cases, credibility is of substantial import, and is always a factor to be considered. It is highly unlikely that an Appellant would admit the existence of a secondary intention and thus, to make that determination it is necessary to review the totality of the evidence and more particularly, the Appellant's conduct and the circumstances surrounding the transaction[26]. »

À l'inverse, lorsque les contribuables ont démontré une intention claire d'investissement, les tribunaux ont conclu que la disposition était de nature capital, les gestes posés par les contribuables étant conformes aux intentions invoquées[27]. Dans l'affaire *Twins Islands Estates*[28], le contribuable a disposé

---

[25] Il est à noter que le gain réalisé lors de la disposition du terrain n'avait pas été inclus dans la déclaration de revenus du contribuable et des pénalités en vertu du paragraphe 163(2) L.I.R. lui ont été imposées.

[26] *Frederick Coady*, précité, note 24, par. 124.

[27] Voir, par exemple, *Clemow Realty Ltd.* c. *La Reine*, 76 D.T.C. 6094 (C.F. 1re inst.); *Choice Realty Corp.* c. *La Reine*, 78 D.T.C. 6415 (C.F. 1re inst.) (ci-après « *Choice Realty* »); *Riznek Construction Ltd.* c. *La Reine*, 79 D.T.C. 5131 (C.F. 1re inst.) (ci-après « *Riznek Construction* »); *Demeter Equity Ltd.* c. *La Reine*, 79 D.T.C. 5230 (C.F. 1re inst.); *Cappuccitti* c. *La Reine*, 86 D.T.C. 6403 (C.F. 1re inst.) (ci-après « *Cappuccitti* »); *Schillaci* c. *MRN*, 92 D.T.C. 1648 (C.C.I.) (ci-après « *Schillaci* »); *Les Immeubles M.H.T.*, précité, note 18; *Universal Business Consultants Ltd.* c. *MRN*, 93 D.T.C. 342 (C.C.I.) (ci-après « *Universal Business Consultants* »); *Araz Developments Inc. et autres* c. *La Reine*, 93 D.T.C. 922 (C.C.I.) (ci-après « *Araz Developments* »); *Immeubles Joe Pelletier inc.* c. *La Reine*, 93 D.T.C. 1552 (C.C.I.); *Buffone* c. *La Reine*, 93 D.T.C. 1486 (C.C.I.); *Nuco Developments Ltd.* c. *La Reine*, 95 D.T.C. 419 (C.C.I.); *Leasehold Construction*, précité, note 18; *Dhillon et autres* c. *La Reine*, 97 D.T.C. 1310 (C.C.I.) (ci-après « *Dhillon* »).

[28] Précité, note 8.

du résidu de sa concession forestière et a qualifié cette vente de transaction de nature capital. Le Ministère a allégué qu'au moment de l'acquisition de la terre, le contribuable avait à l'esprit la possibilité de la revendre à profit. Or, la Cour canadienne de l'impôt en est venue à la conclusion qu'il n'y avait aucune preuve directe démontrant que le bien avait été acquis en vue d'être vendu à profit.

Malgré le fait que l'intention principale du contribuable soit de détenir l'immeuble à titre d'investissement, celui-ci constituera néanmoins un bien en inventaire ou un projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial s'il est démontré que le contribuable considérait disposer du bien à profit si l'occasion se présentait ou si le projet initial de ce dernier échouait (test de l'intention secondaire), d'où l'importance d'analyser tous les faits entourant chaque transaction immobilière.

1.2. INTENTION SECONDAIRE

La notion d'intention secondaire a été élaborée par les tribunaux afin de régler les situations dans lesquelles l'intention première de posséder le bien à titre d'investissement avait été contrecarrée et où le contribuable avait la possibilité de revendre le bien à profit dans l'éventualité où le projet d'investissement ne se matérialiserait pas.

Le test de l'intention secondaire a été initialement développé dans les arrêts *Baybridge Estates Ltd.* c. *MRN*[29] et *Fogel* c. *MRN*[30]. Dans l'arrêt *Regal Heights Ltd.* c. *MRN*[31], le contribuable a fait l'acquisition d'un terrain afin d'y ériger un centre commercial. Les faits démontrent qu'il était également motivé par l'intention secondaire de revendre le terrain vacant à profit dans l'éventualité où le projet de construction ne se réaliserait pas. La Cour suprême du Canada conclut que le gain réalisé à la disposition d'un terrain vacant constituait un revenu d'entreprise provenant d'un projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial :

> « There is no evidence that any such store did anything more than listen to the promoters' ideas. There is, understandably, no evidence of any intention on the part of these promoters to build regardless of the outcome of these negotiations. There is no evidence that these promoters had any assurance when they entered upon this venture that they could interest any such department store. Their

[29] 59 D.T.C. 1098 (C. de l'É.).

[30] 59 D.T.C. 1182 (C. de l'É.).

[31] 60 D.T.C. 1270 (C.S.C.).

> venture was entirely speculative. If it failed, the property was a valuable property, as is proved from the proceeds of the sales that they made. There is ample evidence to support the finding of the learned trial Judge that this was an undertaking or venture in the nature of trade, a speculation in vacant land. These promoters were hopeful of putting the land to one use but that hope was not realized. They then sold at a substantial profit and that profit, in my opinion, is income and subject to taxation.
>
> […]
>
> The question to be determined is not what business or trade the company might have carried on but rather what business, if any, it did in fact engage in. […] What the promoters and the company did and intended to do is clear to me on the evidence, as it was to the learned trial judge. They failed to promote a shopping centre and they then disposed of their speculative property at a profit. This was a venture in the nature of trade and the profit from it is taxable within the meaning of ss. 3, 4 and 139(1)(e) of the *Income Tax Act*[32]. »

Selon la jurisprudence en la matière, tous les faits entourant une transaction du contribuable doivent être évalués afin d'apprécier l'intention principale et l'intention secondaire de ce dernier.

La Cour de l'Échiquier, dans l'affaire *Racine, Demers et Nolin*, a précisé et limité l'application de la notion d'intention secondaire :

> « En examinant cette question de savoir si les appelants avaient, au moment de l'acquisition, ce que l'on a parfois appelé une "intention secondaire" de revendre cette entreprise commerciale si les circonstances s'y prêtaient, il est important de considérer ce que cette notion doit comporter. Il n'est pas, en effet, suffisant de trouver seulement que si un acquéreur s'était au moment de l'acquisition arrêté pour y penser, il serait obligé d'admettre que si à la suite de son acquisition une offre attrayante lui était faite il revendrait car toute personne achetant une maison pour sa famille, une peinture pour sa maison, de la machinerie pour son commerce ou un bâtiment pour sa manufacture serait obligée d'admettre, si cette personne était honnête et que la transaction n'était pas exclusivement basée sur une question de sentiment, que si on lui offrait un prix suffisamment élevé à un moment quelconque après l'acquisition, elle revendrait. Il appert donc que le seul fait qu'une personne achetant une propriété dans le but de l'utiliser à titre de capital pourrait être induite à la revendre si un prix suffisamment élevé lui était offert n'est pas suffisant pour changer une acquisition de capital en une initiative d'une nature ou caractère commercial. Ce n'est pas en effet ce que l'on doit entendre par une "intention secondaire" si l'on veut utiliser cette phraséologie.

---

32 *Id*., 1272.

> Pour donner à une transaction qui comporte l'acquisition d'un capital le double caractère d'être aussi en même temps une initiative d'une nature commerciale, l'acquéreur doit avoir, au moment de l'acquisition, dans son esprit, la possibilité de revendre comme motif qui le pousse à faire cette acquisition; c'est-à-dire qu'il doit avoir dans son esprit l'idée que si certaines circonstances surviennent, il a des espoirs de pouvoir la revendre à profit au lieu d'utiliser la chose acquise pour des fins de capital. D'une façon générale, une décision qu'une telle motivation existe devrait être basée sur des inférences découlant des circonstances qui entourent la transaction plutôt que d'une preuve directe de ce que l'acquéreur avait en tête.
>
> […]
>
> Le problème de l'intimé dans la présente cause a ceci en commun avec l'exemple hypothétique du centre d'achats dont je viens de parler en ce qu'il n'y a aucune preuve directe que la possibilité de revendre le commerce en question ait été considérée dans l'esprit des appelants lorsqu'ils ont décidé de faire leur acquisition; en fait la preuve est à l'effet contraire. Toute la preuve présentée par les appelants est à l'effet qu'il n'existait pas une telle intention dans leur esprit et l'intimé n'a offert aucune preuve qui ait pu contredire cette preuve et je dois même ajouter que cette preuve des appelants n'a même pas été mise en question par une transquestion. […] Je n'ai d'autre part aucune raison de douter de l'intégrité des appelants et d'ailleurs la preuve au dossier ne me justifierait aucunement de le faire et il me répugnerait dans les circonstances de décider qu'ils ont faussement représenté la nature de cette transaction[33]. »

Dans l'affaire *Hiwako Investments Ltd.* c. *La Reine*[34], le contribuable a exploité un immeuble à logements durant moins d'une année et, à la suite d'une offre non sollicitée, en disposa pour un profit substantiel. La Cour fédérale arriva à la conclusion que le gain réalisé constituait un gain en capital et que la simple intention, au moment de l'acquisition du bien, de vendre ledit bien advenant que celui-ci ne soit pas rentable ne fait pas en sorte que cette disposition subséquente constitue un projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial. Il appert qu'il n'y aura pas d'intention secondaire à moins que l'expectative de profit lors d'une disposition éventuelle ne soit une des raisons pour lesquelles le contribuable a acquis le bien en premier lieu. Le juge Jackett de la Cour d'appel fédérale a émis l'opinion suivante :

> « In my view, an intention at the time of acquisition of an investment to sell it in the event that it does not prove profitable does not make the subsequent sale of the investment the completion of an "adventure or concern in the nature of trade". Had the alleged assumption been there was an expectation on the part of

---

[33] Précité, note 7, 5111-5112.

[34] 78 D.T.C. 6281 (C.A.F.) (ci-après « *Hiwako Investments* »).

> the purchaser, at the time of the purchase, that, in the event that the investment did not prove to be profitable, it could be sold at a profit, and that such expectation was one of the factors that induced him to make the purchase, such assumption, if not disproved might (I do not say that it would) support the assessment based on "trading" if not disproved. In my view, however, even on the most liberal interpretation of the Statement of Defense, I cannot be interpreted as alleging such an "assumption"[35]. »

Le contribuable a le fardeau de prouver selon la prépondérance des probabilités qu'il avait l'intention de détenir l'immeuble à titre d'investissement et n'avait aucunement, au moment de son acquisition, l'intention de se départir à profit du bien dans l'éventualité où le projet ne se matérialiserait pas[36].

1.3. CHANGEMENT D'INTENTION

Il est possible que l'intention du contribuable à l'égard du bien qu'il détient change. Ce changement d'intention aura un effet sur le traitement fiscal du gain ou de la perte qui sera réalisé lors de la disposition de ce bien. Toutefois, il doit être clair et sans équivoque que l'intention du contribuable a changé[37].

Cette section ne se veut pas une analyse exhaustive des règles applicables sur le changement d'usage d'un bien. Il arrive fréquemment qu'un contribuable change l'usage qu'il fait d'un immeuble. Par exemple, un bien en immobilisation qui est utilisé dans le but de réaliser ou de produire un revenu d'entreprise peut être converti en bien en inventaire et vice versa. De tels biens peuvent également être convertis en un bien à usage personnel. Dans certains cas, un changement d'usage entraînera une disposition réputée aux fins fiscales alors que dans d'autres cas, il n'y aura pas de disposition. Les conséquences fiscales d'un changement d'usage varient selon le type de bien converti.

---

35 *Id*., 6285.

36 Voir, par exemple, *Hillsdale Shopping Centre Ltd.* c. *MRN*, 81 D.T.C. 5261 (C.A.F.) (ci-après « *Hillsdale Shopping Centre* »); *Kit-Win Holdings (1973) Ltd.* c. *La Reine*, 81 D.T.C. 5030 (C.F. 1re inst.); *La Reine* c. *Bassani*, 85 D.T.C. 5232 (C.F. 1re inst.); *Les Immeubles M.H.T.*, précité, note 18; *L'Hérault* c. *MRN*, 93 D.T.C. 1108 (C.C.I.).

37 Voir à ce sujet les décisions *Edmund Peachy Ltd.* c. *La Reine*, 79 D.T.C. 5064 (C.A.F.) et *Mohawk Horning Ltd. et autres* c. *La Reine*, 86 D.T.C. 6297 (C.A.F.) (ci-après « *Mohawk Horning* »).

Un bien immeuble qui est utilisé dans le but de réaliser ou de produire un revenu tiré d'une entreprise ou d'un bien qui est converti en bien figurant dans un inventaire ne constituera pas un changement d'usage. En effet, l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») est d'avis que le bien demeure une fonction productrice de revenu. Le même raisonnement s'applique lorsque le bien immeuble en inventaire est converti en bien en immobilisation pourvu que, immédiatement après la conversion, les biens soient utilisés par leur propriétaire dans le but de réaliser ou de produire un revenu tiré d'une entreprise ou d'un bien. L'action de convertir ne représente pas une disposition aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Selon l'ARC[38], la disposition réelle d'un bien immeuble qui a fait l'objet d'un changement d'intention peut donner lieu à la fois à un gain en capital et à un revenu d'entreprise. En conséquence, lorsqu'un bien immeuble utilisé dans le but de réaliser ou de produire un revenu tiré d'une entreprise ou d'un bien a été converti en bien figurant dans un inventaire, les gains ou les pertes en capital seront calculés en tenant compte d'une disposition théorique de ce bien survenue à la date de la conversion. Le gain ou la perte en capital déterminé de façon théorique sera la différence entre le prix de base rajusté et la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») du bien à la date de la conversion. Le gain ou la perte en capital théorique sera imposable ou déductible pour l'année d'imposition au cours de laquelle la vente réelle du bien immeuble a lieu. La valeur initiale du bien d'inventaire est sa JVM à la date de la conversion du bien immeuble. Le montant du revenu ou de la perte d'entreprise découlant de la vente réelle du bien immeuble converti sera déterminé conformément aux principes comptables généralement reconnus.

De plus, lorsque le bien immeuble est un bien amortissable et qu'il est converti en bien en inventaire, il cesse d'être admissible à la DPA pour l'année d'imposition durant laquelle la conversion a eu lieu et durant les années ultérieures[39]. Toutefois, la catégorie à laquelle le bien appartenait continue d'afficher un solde de la fraction non amortie du coût en capital jusqu'à la disposition définitive du bien. La récupération, s'il y a lieu, sera

---

[38] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-218R, « Bénéfices, gains en capital et pertes provenant de la vente de biens immeubles, y compris les terres agricoles et les terres transmises par décès et la conversion de biens immeubles qui sont des biens en immobilisation en biens figurant dans un inventaire et vice versa », 16 septembre 1986, par. 10 à 22 inclusivement.

[39] *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., 1978, c. 945 et mod. (ci-après « R.I.R. »), al. 1102(1)b).

imposable pour l'année d'imposition au cours de laquelle la vente réelle du bien immeuble a eu lieu.

1.4. FACTEURS « COMPORTEMENTAUX » CONSIDÉRÉS PAR LA JURISPRUDENCE

Comme discuté précédemment, le critère de l'intention est un critère qui peut être difficile à appliquer en raison de sa subjectivité et parce qu'il se rapporte à un état d'esprit du contribuable à un moment passé. Afin de pouvoir établir l'intention du contribuable, certains critères objectifs ont été développés par les tribunaux.

Bien que les tribunaux mettent l'accent sur le critère de l'intention du contribuable au moment de l'acquisition de l'immeuble, d'autres critères ont été développés et raffinés au fil des ans. Ces critères vont servir bien souvent à l'analyse de l'intention du contribuable. Il est possible d'élaborer un cadre analytique s'appliquant à une situation de fait afin d'établir si le profit réalisé à la disposition de l'immeuble est un gain en capital ou un revenu d'entreprise. Vous trouverez en annexe une grille d'analyse. Il faut rechercher l'existence d'indicateurs d'une affaire de caractère commercial. Il s'agit d'observer les faits à l'appui de la ligne de conduite du contribuable à l'égard de la transaction. Ces observations peuvent être classées grâce à l'utilisation des facteurs de comportement établis par les tribunaux[40]. Voici une liste non exhaustive de facteurs de comportement considérés par les tribunaux :

- la nature du bien sur lequel porte la transaction, laquelle peut être observée en regardant l'utilisation du bien durant la période de la possession soit comme une immobilisation, soit comme un actif;

- la durée de la possession du bien;

- les efforts consacrés pour disposer du bien;

- les travaux effectués à l'égard du bien cédé afin d'en faciliter la vente ou d'en augmenter le rendement potentiel;

- la relation entre la transaction et l'entreprise du contribuable;

---

[40] Voir, par exemple *Taylor*, précité, note 6, 125; *Racine, Demers et Nolin*, précité, note 7; *Happy Valley Farms*, précité, note 19.

- l'activité normalement associée à l'entreprise;

- le nombre et la fréquence des opérations conclues par le même contribuable durant une année donnée;

- les circonstances ayant mené à la disposition du bien, par exemple la frustration de l'intention initiale du contribuable.

Nous traiterons brièvement de certains de ces facteurs.

1.4.1. Nature du bien

La nature du bien est un facteur important permettant de déterminer si le profit réalisé lors de sa disposition est un gain en capital ou un revenu d'entreprise. La jurisprudence mentionne clairement que si le contribuable n'est pas en mesure d'établir que l'immeuble devait être utilisé à une fin spécifique lors de son acquisition, on présumera qu'il avait une intention spéculative au moment de l'acquisition[41]. Ainsi, un terrain vacant acquis sans qu'il n'y ait d'intention immédiate de la part du contribuable d'y construire un immeuble ou d'y apporter une amélioration ne sera généralement pas considéré comme étant un bien de nature capital. De plus, un bien prêt à être utilisé dans l'entreprise, tel un immeuble résidentiel ou un immeuble commercial ou encore un centre commercial, générera, dans la majorité des cas, un gain en capital lors de sa disposition[42].

Le fait que le bien ne rapporte aucun revenu ou un revenu négligeable n'est pas un facteur concluant en soi. Néanmoins, dans certaines décisions, les tribunaux ont conclu que le faible revenu généré par le bien était un

---

41 Voir *Lehrer* c. *MRN*, 72 D.T.C. 6224 (C.F. 1re inst.); *Morev Investments Ltd.* c. *MRN*, 72 D.T.C. 6421 (C.F. 1re inst.), confirmé en appel 73 D.T.C. 5353 (C.A.F.); *Manru Realty*, précité, note 22; *Glacier Realties Ltd.* c. *La Reine*, 80 D.T.C. 6243 (C.F. 1re inst.).

42 Voir, par exemple, *Elgin Coopers Realties Ltd.* c. *MRN*, 69 D.T.C. 5276 (C. de l'É.); *Elgara Enterprises Ltd.* c. *La Reine*, 74 D.T.C. 6500 (C.F. 1re inst.) (ci-après « *Elgara Enterprises* »); *Reicher* c. *La Reine*, 76 D.T.C. 6001 (C.A.F.) (ci-après « *Reicher* »); *Hiwako Investments*, précité, note 34; *Sharon Mills Developments Ltd.* c. *La Reine*, 83 D.T.C. 5420 (C.F. 1re inst.); *Iula* c. *La Reine*, 94 D.T.C. 6614 (C.F. 1re inst.) (ci-après « *Iula* »).

facteur clé leur ayant permis de conclure que le bien n'était pas de nature capital[43].

1.4.2. Frustration de l'intention initiale du contribuable

Lorsque le contribuable est en mesure de démontrer qu'il a disposé du bien alors qu'il avait été privé, dans des circonstances imprévisibles, de son intention principale d'utiliser le bien à titre d'investissement, les tribunaux considéreront que les profits réalisés ne constituent pas un revenu d'entreprise[44].

Or, ce n'est pas toujours le cas. Dans l'affaire *De Salaberry Realties Ltd.* c. *La Reine*[45], les profits réalisés lors de la disposition d'un terrain destiné pour la construction d'un centre commercial ont été imposés comme un revenu d'entreprise, et ce, bien que le projet de construction ait éventuellement échoué. La Cour d'appel fédérale conclut que la preuve

---

43 *McDonald* c. *La Reine*, 74 D.T.C. 6644 (C.A.F.); *La Reine* c. *Schmigelski*, 76 D.T.C. 6226 (C.F. 1re inst.) (ci-après « *Schmigelski* »); *Norton Investments Ltd.* c. *La Reine*, 78 D.T.C. 6078 (C.A.F.); *Program Properties Ltd.* c. *La Reine*, 78 D.T.C. 6215 (C.F. 1re inst.) (ci-après « *Program Properties* »); *Hammel Corp.* c. *La Reine*, 79 D.T.C. 5426 (C.F. 1re inst.); *Manru Realty*, précité, note 22; *364256 Ontario Ltd.* c. *MRN*, 93 D.T.C. 787 (C.C.I.); *Delaney*, précité, note 21.

44 Voir *MRN* c. *Glen-Rouge Parks Ltd*., 73 D.T.C. 5364 (C.F. 1re inst.); *Jachimowicz*, précité, note 18; *Choice Realty*, précité, note 27; *Riznek Construction*, précité, note 27; *South Shore Estates (Saltfleet) Ltd.* c. *La Reine*, 81 D.T.C. 5181 (C.F. 1re inst.); *Belvedere Park Development Co. Ltd.* c. *La Reine*, 83 D.T.C. 5214 (C.F. 1re inst.); *Jodare Ltd. et autres* c. *La Reine*, 86 D.T.C. 6054 (C.F. 1re inst.); *Snell Farms Ltd.* c. *La Reine*, 90 D.T.C. 6693 (C.F. 1re inst.); *Witten* c. *La Reine*, 91 D.T.C. 5041 (C.F. 1re inst.); *Les Placements Richard Martineau ltée* c. *MRN*, 92 D.T.C. 1051 (C.C.I.) (ci-après « *Les Placements Richard Martineau* »); *Schillaci*, précité, note 27; *Cardinal et autres* c. *MRN*, 92 D.T.C. 1729 (C.C.I.); *King Meadow Farms Ltd. et autres* c. *MRN*, 93 D.T.C. 125 (C.C.I.); *Dunleavt* c. *La Reine*, 93 D.T.C. 417 (C.C.I.); *Thivy* c. *La Reine*, 93 D.T.C. 919 (C.C.I.) (ci-après « *Thivy* »); *Arya* c. *La Reine*, 94 D.T.C. 1526 (C.C.I.); *Landry* c. *La Reine*, 97 D.T.C. 575 (C.C.I.); *White et autres* c. *La Reine*, 97 D.T.C. 435 (C.C.I.); *Fernando et autres* c. *La Reine*, 97 D.T.C. 1376 (C.C.I.); *Tordale Developments Ltd.* c. *La Reine*, 97 D.T.C. 1442 (C.C.I.); *Dhillon*, précité, note 27; *Hodiken Concrete & Supply Ltd. et autres* c. *La Reine*, 98 D.T.C. 1984 (C.C.I.) (ci-après « *Hodiken Concrete & Supply* »).

45 76 D.T.C. 6408 (C.A.F.).

démontrait que le contribuable avait, au moment de l'acquisition du terrain, l'intention de le vendre dans le cas où le projet ne se matérialiserait pas[46].

1.4.3. Organisation de l'entreprise

Le degré élevé d'organisation et de perfectionnement mis de l'avant relativement à la disposition du bien peut dénoter une intention spéculative de la part du contribuable. Par exemple, la Cour de l'Échiquier, dans l'affaire *Moluch* c. *MRN*[47], indiqua que la caractérisation du gain dépendait du degré d'organisation et d'activités commerciales mises en place pour réaliser le projet. Dans cette affaire, la Cour conclut que les moyens entrepris pour subdiviser le terrain en plusieurs lots et entretenir lesdits lots dénotaient l'exploitation d'une entreprise[48].

Dans l'affaire *McGuire* c. *MRN*[49], le profit résultant de la disposition des lots a été considéré de nature capital. En effet, bien que le contribuable ait subdivisé le terrain agricole en plusieurs lots, il n'a pas fait preuve du même degré d'organisation et d'activités commerciales que dans l'affaire *Moluch*[50].

1.4.4. Efforts consacrés pour disposer du bien

Un contribuable qui fait un effort particulier afin de trouver ou d'attirer des acheteurs relativement à la disposition d'un bien risque davantage que le profit réalisé au moment de la vente soit traité comme un revenu d'entreprise que celui qui accepte une offre non sollicitée d'un acheteur potentiel. Bien que ce facteur ne soit pas déterminant en soi, les tribunaux ont tout de même attiré l'attention sur le fait que la vente était non sollicitée[51].

---

46 Voir aussi *Suburban Restaurant (Brandon) Ltd.* c. *La Reine*, 74 D.T.C. 6694 (C.A.F.); *Rokosh Engineering & Construction Ltd*. c. *La Reine*, 74 D.T.C. 6375 (C.F. 1re inst.); *Birmount Holdings Ltd.* c. *La Reine*, 78 D.T.C. 6254 (C.A.F.).

47 66 D.T.C. 5463 (C. de l'É.) (ci-après « *Moluch* »).

48 Voir aussi *Elgara Enterprises*, précité, note 42; *Kensington Land Developments Ltd.* c. *La Reine*, 79 D.T.C. 5283 (C.A.F.); *Schmigelski*, précité, note 43; *Bourbeau et autres* c. *MRN*, 90 D.T.C. 1951 (C.C.I.); *Golden Estates Ltd.* c. *La Reine*, 94 D.T.C. 1441 (C.C.I.); *Delaney*, précité, note 21.

49 56 D.T.C 1042 (C. de l'É.).

50 Voir aussi *Hays* c. *MRN*, 89 D.T.C. 334 (C.C.I.).

51 *MRN* c. *Cosmos inc.*, 64 D.T.C. 5020 (C. de l'É.); *Be-Vi Investment Corp.* c. *La Reine*, 75 D.T.C. 5444 (C.F 1re inst.) (ci-après « *Be-Vi Investment Corp.* »); *Riznek Construction*, précité, note 27; *Robbie Holdings Ltd.* c. *La Reine*, 80 D.T.C. 6336

(à suivre…)

Si le contribuable s'efforce de mettre le bien dans un état qui lui permet de le vendre plus facilement pendant qu'il en est propriétaire, cela tend à prouver l'existence d'une opération commerciale[52]. Il est toutefois possible d'argumenter que les améliorations ont été apportées aux biens dans le but d'augmenter le rendement potentiel du bien et non d'en faciliter la vente.

1.4.5. Période de détention du bien

Bien qu'il ne s'agisse pas d'un facteur déterminant en soi, les tribunaux ont mentionné qu'une vente rapide survenue peu de temps après l'acquisition de l'immeuble dénote souvent le caractère commercial de la transaction et l'existence d'une intention secondaire de la part du contribuable[53].

Malgré le fait que le contribuable dispose de l'immeuble peu après son acquisition, les tribunaux ne traiteront pas les profits réalisés à la suite de la vente comme un revenu d'entreprise si les faits démontrent que le contribuable n'avait pas l'intention d'acquérir ledit immeuble dans le but de générer un profit lors de sa disposition[54].

(…suite)
(C.F. 1re inst.); *Cappuccitti*, précité, note 27; *Radiant Properties Inc.* c. *MRN*, 91 D.T.C. 1005 (C.C.I.); *Universal Business Consultants*, précité, note 27; *Di Ioia et autres* c. *La Reine*, 94 D.T.C. 1331 (C.C.I.); *Di Renzo et autres* c. *La Reine*, 94 D.T.C. 1782 (C.C.I.); *Leasehold Construction*, précité, note 18.

52 Voir *King Edward Hotel (Calgary) Ltd.* c. *La Reine*, 90 D.T.C. 6468 (C.F. 1re inst.) (ci-après « *King Edward Hotel (Calgary)* »).

53 Voir *Starko* c. *MRN*, 65 D.T.C. 5352 (C.S.C.); *Richron Realty Inc.* c. *MRN*, 73 D.T.C. 5287 (C.F. 1re inst.); *Dickson* c. *La Reine*, 77 D.T.C. 5061 (C.A.F.); *First Investors Corp. Ltd.* c. *La Reine*, 87 D.T.C. 5176 (C.A.F.); *King Edward Hotel (Calgary)*, *id.*; *Hertel*, précité, note 22; *Lee* c. *La Reine*, 92 D.T.C. 6067 (C.F. 1re inst.); *Guermoudi* c. *La Reine*, 93 D.T.C. 980 (C.C.I.); *Dauphinais*, précité, note 22; *Alain et autres* c. *MRN*, 93 D.T.C. 1090 (C.C.I.); *Anand* c. *La Reine*, 94 D.T.C. 1565 (C.C.I.); *Shindico inc.* c. *La Reine*, 94 D.T.C. 1538 (C.C.I.); *Société de Gestion Immobilière Lapinière inc.* c. *MRN*, 95 D.T.C. 40 (C.C.I.); *Fisher et autres* c. *La Reine*, 96 D.T.C. 1391 (C.C.I.); *Bahr et autres* c. *La Reine*, 96 D.T.C. 1576 (C.C.I.); *143088 Canada inc.* c. *La Reine*, 97 D.T.C. 38 (C.C.I.) (ci-après « *143088 Canada inc.* »; *Singh* c. *La Reine*, 97 D.T.C. 5064 (C.A.F.); *Kourdi et autres* c. *La Reine*, 99 D.T.C. 5428 (C.A.F.); *Vettese*, précité, note 22; *Mullin*, précité, note 21; *Mirza* c. *La Reine*, 98 D.T.C. 1771 (C.C.I.); *Shaefer et autres* c. *La Reine*, 99 D.T.C. 640 (C.C.I.).

54 Voir *MacIsaac* c. *MRN*, 74 D.T.C. 6380 (C.A.F.); *Hiwako Investments*, précité, note 34; *Les Placements Richard Martineau*, précité, note 44; *Guillet* c. *MRN*, 92 D.T.C. 1177 (C.C.I.); *Thivy*, précité, note 44; *Morin et autres* c. *MRN*, 94 D.T.C. 1747 (C.C.I.); *Choinière et autres* c. *La Reine*, 97 D.T.C. 91 (C.C.I.).

La vente d'un immeuble survenue peu de temps après son acquisition sera considérée de nature capital si ladite vente avait pour but de libérer le contribuable des difficultés financières avec lesquelles il était aux prises[55]. Au contraire, dans l'affaire *Campeau* c. *MRN*[56], la raison première du contribuable de vendre les deux propriétés en question était de combler les déficits causés par les problèmes de liquidités de ses autres propriétés. Or, les propriétés étaient grandement hypothéquées et le contribuable aurait dû savoir que ses méthodes de haut financement engendreraient des déficits et il ne pouvait pas de façon réaliste s'attendre à détenir les propriétés en question à titre de placements en capital. Pour ces raisons, la Cour canadienne de l'impôt a considéré que les profits tirés des deux propriétés concernées étaient un revenu.

1.5. DISPOSITION D'UN IMMEUBLE PAR LE BIAIS D'UNE SOCIÉTÉ OU DISPOSITION DES ACTIONS DE LA SOCIÉTÉ

La disposition des actions d'une société entraîne habituellement un gain ou une perte en capital à moins que les actions soient ne détenues à des fins spéculatives qui entraîneront un revenu ou une perte d'entreprise. Mais, plus souvent qu'autrement, il s'agit d'un gain ou d'une perte en capital. Afin de s'assurer que le profit généré lors de la disposition d'un immeuble est traité comme un gain en capital, certains contribuables ont procédé à la vente des actions de la compagnie dans laquelle l'immeuble était détenu plutôt qu'à la vente de l'immeuble en question[57].

Dans l'affaire *Fraser* c. *MRN*[58], un contribuable spécialisé dans la vente et l'achat de biens immobiliers avait acquis un terrain afin d'y construire un centre commercial et des immeubles à logements. Deux ans plus tard, s'apercevant des minces possibilités de voir le projet se réaliser, le contribuable a cédé les actions de sociétés à qui le terrain avait auparavant été transféré plutôt que de vendre le terrain lui-même. Le contribuable prétendait qu'il s'agissait d'un gain en capital alors que le fisc soutenait qu'il s'agissait plutôt d'un revenu d'entreprise. La Cour suprême du Canada a donné raison aux autorités fiscales parce que la méthode choisie par le contribuable pour procéder à la vente importait peu :

---

55 Voir *Reicher*, précité, note 42; *Innes* c. *MRN*, 92 D.T.C. 1755 (C.C.I.); *Glass* c. *MRN*, 92 D.T.C. 1759 (C.C.I.); *Hodiken Concrete & Supply*, précité, note 44.

56 93 D.T.C. 88 (C.C.I.).

57 Voir, par exemple, *Irrigation Industries Ltd.* c. *MRN*, 62 D.T.C. 1131 (C.S.C.).

58 64 D.T.C. 5224 (C.S.C.) (ci-après « *Fraser* »).

> « Some point was made of the fact that the Appellant did not in one case sell a store and in the other case vacant land but shares in two companies. I agree with Cameron J. that this was merely an alternative method that they chose to adopt in putting through their real estate transactions. The fact that they incorporated companies to hold the real estate makes no difference[59]. »

Le principe établi dans l'affaire *Fraser* a été repris dans plusieurs décisions et les tribunaux ont réitéré la possibilité d'ignorer l'interposition d'une société et d'imposer la vente des actions de ladite société à titre de revenu d'entreprise, comme si le contribuable avait vendu directement le bien plutôt que les actions. Ainsi, le profit généré lors de la vente d'actions d'une société dont les actifs se composent de biens immobiliers en inventaire donnera lieu à un revenu d'entreprise plutôt qu'à un gain en capital s'il appert que le contribuable veut transformer un revenu d'entreprise en gain en capital en disposant des actions au lieu des biens immobiliers[60]. L'ARC confirme également l'application de ce principe au paragraphe 9 du *Bulletin d'interprétation* IT-218R[61].

Toutefois, les tribunaux appliqueront le principe établi dans l'affaire *Fraser* si le contribuable ne réussit pas à démontrer que les biens immobiliers ont été acquis à titre d'investissement et non à des fins spéculatives[62]. De plus, le principe ne s'applique pas si le contribuable conserve le contrôle de la société après la disposition des actions et que celle-ci vise à intéresser de nouveaux partenaires et à réaliser le projet de développement de la société[63].

L'article 54.2 L.I.R. a pour but de préciser que les actions reçues en échange du transfert de la totalité ou presque des actifs utilisés dans une

---

59 *Id.*, 5226.

60 *MRN* c. *Freud*, 68 D.T.C. 5279 (C.S.C.); *Dubrovsky* c. *MRN*, 70 D.T.C. 6278 (C. de l'É.); *Siebens* c. *MRN*, 71 D.T.C. 5310 (C.F. 1re inst.); *Burgess* c. *MRN*, 73 D.T.C. 5040 (C.F. 1re inst.); *Mckinley* c. *MRN*, 74 D.T.C. 6138 (C.A.F.); *Melcrete Construction Co. Ltd.* c. *La Reine*, 77 D.T.C. 5181 (C.F. 1re inst.); *Mould* c. *La Reine*, 86 D.T.C. 6087 (C.F. 1re inst.).

61 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 38, p. 15.

62 *Shipp* c. *MRN*, 67 D.T.C. 5222 (C. de l'É.) et *MRN* c. *Kato et autres*, 69 D.T.C. 5308 (C. de l'É.).

63 *Weldon and Robb* c. *La Reine*, 80 D.T.C. 6224 (C.F. 1re inst.).

entreprise exploitée activement[64] sont réputées être des immobilisations et non des biens d'entreprise. Par conséquent, si ces actions sont ultérieurement vendues, le profit ou la perte réalisé lors de cette vente sera traité comme un gain ou une perte en capital et non comme un revenu ou une perte d'entreprise. Cette disposition ne s'applique cependant pas au transfert d'actifs utilisés dans un projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial[65]. De plus, cette disposition ne permet pas au contribuable de convertir un profit sur un bien en inventaire en un gain en capital en transférant un immeuble à une société et en procédant par la suite à la vente des actions de la société. En effet, le paragraphe 85(1) L.I.R. ne permet pas le transfert libre d'impôt d'un bien immeuble en inventaire en faveur d'une société.

Finalement, il est important de mentionner que le choix prévu au paragraphe 39(4) L.I.R. visant la disposition de titres canadiens ne peut être fait qu'à l'égard d'une action du capital-actions d'une société, autre qu'une société publique, dont la valeur au moment où ce contribuable en dispose est entièrement ou partiellement attribuable à un bien immobilier ou à une option afférente à ce bien[66].

1.6. DISPOSITION D'UN IMMEUBLE DÉTENU PAR UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES OU UNE COENTREPRISE

1.6.1. Disposition de la participation dans la société de personnes

Contrairement au paragraphe 85(1) L.I.R., le paragraphe 97(2) L.I.R. permet à un contribuable de transférer des immeubles en inventaire à une société de personnes en contrepartie d'une participation dans celle-ci. Généralement, une participation dans une société de personnes est un bien en immobilisation et le gain ou la perte réalisé lors de la disposition de la participation générera un gain ou une perte en capital.

Toutefois, comme c'est le cas pour les actions d'une société, il est possible que la disposition d'une participation dans une société de personnes

---

[64] Toute entreprise exploitée par un contribuable résidant au Canada autre qu'une entreprise de placement déterminée ou une entreprise de prestation de services personnels.

[65] Voir la définition d'« entreprise » au paragraphe 248(1) L.I.R.

[66] Par. 39(6) L.I.R. et art. 6200 R.I.R.

donne lieu à un revenu d'entreprise plutôt qu'à un gain en capital. Il y a très peu de jurisprudence sur le sujet.

La possibilité que la disposition d'une participation dans une société de personnes donne lieu à un revenu d'entreprise a notamment été mentionnée par la Cour de l'Échiquier dans la décision *MRN* c. *Strauss*[67]. Dans cette affaire, une société de personnes avait été formée afin d'acquérir une parcelle de terrain dans le cadre d'un projet de subdivision. Un des membres de la société de personnes a vendu la moitié de sa participation et a considéré que le profit généré par la disposition était de nature capital. La Cour a donné raison au contribuable et a conclu que la disposition de la participation dans la société de personnes constituait une transaction de nature capital, et ce, en raison du fait que la participation représentait un investissement pour le contribuable et que ce dernier n'avait pas le pouvoir de disposer du terrain sous-jacent.

Dans l'affaire *Taiger* c. *MRN*[68], le contribuable et d'autres associés ont fait l'acquisition d'une parcelle de terrain. Les associés ont, par la suite, disposé d'une partie de leur participation dans la société de personnes à d'autres individus. L'ARC a traité le profit généré par la disposition des participations comme un revenu d'entreprise. Le contribuable a argumenté qu'il n'y avait pas eu de disposition du terrain mais seulement une dilution de leur participation dans la société de personnes lors de la disposition d'une partie de leur participation et il a traité le revenu réalisé comme un gain en capital. La Commission d'appel de l'impôt est venue à la conclusion qu'il n'y avait aucune différence entre la vente directe du terrain et la vente d'une participation dans une société de personnes et que dans le cas présent, la disposition des participations constituait un revenu d'entreprise pour les motifs suivants :

> « Dealing now with the question raised in the present appeal, it must be said, at the outset, that the question is not how the profit was made but whether the profit realized can be deemed to be the result of a business. Since the appellant claimed that he was in partnership with the co-owners, the inference must be that there was a business involved in the purchase of the St-Hubert land. There is no partnership without a business, and if the existing partnership is one initiated for trading or engaged in trading, it is a commercial one. Therefore, the profit drawn one way or another is taxable income. Income from a partnership is income of a taxpayer (Section 6(c) of the *Income Tax Act*.).

---

67 60 D.T.C. 1060 (C. de l'É.).

68 64 D.T.C. 580 (C.A.I.) (ci-après « *Taiger* »).

> It is not to be presumed that co-ownership of a property creates a business and gives birth to a partnership, but dealing with someone else in real estate with a view to making a profit is conclusive of the existence of a partnership and of a business. The manner chosen by partners in business to make profits matters not. They may choose to sell what they have or to sell their interest in their ownership, in full or in part, it makes no difference. It is still the profit from a business or from a venture in the nature of trade. See *Minister of National Revenue* v. *Sedgwick*, 63 DTC 1378 (S.C.R.).
>
> […]
>
> I have reached the conclusion that the transaction (upon which the appeal turns) constitutes a dealing in real estate and the profit derived is taxable. The intent of the appellant was not one suggesting an investment but was representative of a scheme to make a profit by taking an unusual and different course of action[69]. »

Plus récemment, dans l'affaire *Rick Walchuk* c. *La Reine*[70], le contribuable a investi, à titre d'associé, dans un restaurant en Grèce. Pendant une période de trois ans, il a englouti plus de 400 000 $ dans ce projet. Les choses ne se sont pas bien passées pour le restaurant et il a cessé ses activités. Selon le contribuable, son investissement dans la société de personnes constituait un projet comportant un risque de nature commerciale et il était complètement déductible à titre de perte découlant de l'exploitation d'une entreprise. Selon l'ARC, l'investissement du contribuable dans la société de personnes ne visait que l'acquisition d'une participation au capital de la société de personnes lui donnant droit à une perte en capital sur la disposition de la participation dans la société de personnes à la suite de la cessation des activités de cette dernière. La Cour canadienne de l'impôt n'a pas retenu les conclusions du juge Boisvert dans l'affaire *Taiger* et a refusé que cette affaire puisse servir de précédent permettant d'affirmer qu'une participation dans une société de personnes est vendue au titre du revenu. Voici les commentaires du juge Miller :

> « Je ne souhaite aborder qu'une seule décision qu'il a invoquée, soit *Martin Taiger v. M.N.R.*, qui était la seule affaire traitant de la participation dans une société de personnes. La participation détenue par M. Taiger était une participation dans une société de personnes de 45 p. 100 ou une participation indivise dans un terrain. Cette participation, ainsi que l'autre partie de 55 p. 100, a été répartie entre de nouveaux associés au moyen d'un transfert d'une participation indivise de 60 p. 100 dans le bien immeuble aux six nouveaux propriétaires. On a soutenu qu'il s'agissait simplement du rétablissement de la société de personnes et qu'on n'avait disposé de rien qui aurait justifié le

---

69 *Id*., 584.

70 2004 D.T.C. 2184 (C.C.I.).

prélèvement d'un impôt. La Commission d'appel de l'impôt a conclu ce qui suit :

> "[traduction] J'en suis venu à la conclusion que l'opération (sur laquelle repose l'appel) constitue une transaction dans le domaine immobilier et que le profit en découlant est imposable."

Étant donné cette conclusion, je n'accepte pas que cette affaire puisse servir de précédent permettant d'affirmer qu'une participation dans une société de personnes est vendue au titre du revenu. C'était le bien immeuble qui a été vendu. M^e^ McKenzie ne m'a renvoyé à aucune autre affaire où un associé avait déclaré avec succès la disposition d'une participation dans la société de personnes au titre du revenu. Je ne conclus pas que cela n'est pas possible, mais les circonstances doivent être plus claires que celles visant M. Walchuk. Un associé, par nature, exploite une entreprise en vue de tirer un revenu d'une entreprise actuelle et non de la revendre. C'est là la nature d'une participation dans une société de personnes. Pour les besoins de l'impôt sur le revenu, la participation dans une société de personnes est considérée comme un bien en immobilisation, séparé des actifs de la société de personnes.

[…]

La part dans la société de personnes peut avoir certaines caractéristiques semblables à une action puisqu'elle constitue également une chose qui par sa nature est un investissement, et qu'elle n'est pas elle-même un objet ordinaire transférable. Cependant, passer outre au statut normal d'une part dans une société de personnes qui est un bien en immobilisation est une tâche beaucoup plus difficile que de faire la même chose pour des actions, simplement en raison de la nature de la structure. Il existe des marchés pour les actions. Le propriétaire d'une action n'est pas, comme par hasard, le propriétaire des actifs sous-jacents de l'entreprise. L'associé, cependant, est à la fois le propriétaire du bien en immobilisation, soit la participation dans la société de personnes, et le propriétaire des actifs sous-jacents, soit l'entreprise elle-même. Cela ne fait qu'indiquer que si l'on veut prétendre qu'il y a deux entreprises, on doit avoir une preuve convaincante selon laquelle la transaction avec l'une d'elles, la part dans la société de personnes, est distincte de celle avec l'autre.

[…]

En conclusion, il n'y avait qu'une seule entreprise à laquelle a participé M. Walchuk, soit l'entreprise de restauration en Grèce. Sa disposition en raison de l'insolvabilité constituait une disposition en capital. Il n'a pas lancé de projet touchant les parts d'une société de personnes[71]. »

---

[71] *Id*., par. 15, 16 et 29.

Il est à noter que le principe établi dans l'affaire *Fraser* pourrait vraisemblablement s'appliquer dans le cas où tous les associés disposeraient de leur participation dans la société de personnes à la suite du transfert d'un immeuble en inventaire[72].

De plus, l'ARC pourrait appliquer la règle générale antiévitement (ci-après « RGAÉ ») au paragraphe 245(2) L.I.R. afin de traiter la vente d'une participation comme une transaction d'inventaire. Il est arrivé fréquemment dans le passé qu'un vendeur et un acheteur forment une société de personnes dans laquelle le vendeur transfère un bien en vertu du paragraphe 97(2) L.I.R. afin de différer la reconnaissance du gain qui aurait autrement lieu. L'acheteur apporte à la société une mise de fonds constituée d'un montant d'argent égal à la JVM du bien. Le vendeur retire de la société de personnes tout l'argent qui s'y trouve. Ce retrait réduit la participation du vendeur aux revenus et aux pertes de la société de personnes. Celle-ci continue son exploitation pour une certaine période et est ensuite dissoute. Le vendeur ne subit pas de conséquences fiscales relativement au transfert de l'immeuble avant la cessation de la société de personnes. Dans ces circonstances, l'ARC a mentionné qu'elle appliquerait la RGAÉ du paragraphe 245(2) L.I.R., car elle considère que l'utilisation de la société de personnes constitue une tentative de contourner les dispositions en vertu desquelles le produit de disposition d'un bien doit être comptabilisé au moment où ce produit est reçu. Une telle transaction serait contraire au plan de la *Loi de l'impôt sur le revenu* lue dans son ensemble[73].

Il est à noter que l'ARC a réussi à contrer le type de transaction précité sans avoir recours à la RGAÉ du paragraphe 245(2) L.I.R.[74]

1.6.2. Attribution de l'intention à l'ensemble des associés

Généralement, lorsqu'une transaction immobilière est conclue par une société de personnes, la détermination de la nature du gain réalisé, à titre de revenu d'entreprise ou de gain en capital, sera attribuée à l'ensemble des

---

[72] Voir, par exemple, *Van Halderen et autres* c. *La Reine*, 94 D.T.C. 1027 (C.C.I.).

[73] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 88-2, « Disposition générale anti-évitement – Article 245 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* », 21 octobre 1988, par. 12. Voir à cet effet le jugement rendu récemment, *Ceco Operations Ltd.* c. *La Reine*, 2006 D.T.C. 3006 (C.C.I.).

[74] *Stursberg* c. *MRN*, 93 D.T.C. 5271 (C.A.F.); *Haro Pacific Enterprises Ltd.* c. *La Reine*, 90 D.T.C. 6583 (C.F. 1re inst.); *MDS Health Group Ltd.* c. *La Reine*, 97 D.T.C. 5009 (C.A.F.); *Vantem Holdings Ltd. et autres* c. *La Reine*, 98 D.T.C. 1335 (C.C.I.).

membres d'une société de personnes, que les membres soient activement ou passivement impliqués dans la transaction[75]. L'explication provient de l'alinéa 96(1)a) L.I.R. qui prévoit qu'une société de personnes constitue une personne distincte aux fins du calcul du revenu des membres. Ainsi, chaque membre ne peut avoir une intention distincte à l'égard d'un même bien de la société de personnes. Ce principe a implicitement été adopté dans l'affaire *Alexandrof* c. *La Reine*[76] où la Cour canadienne de l'impôt a mentionné que la participation au revenu d'un commanditaire provenant de la disposition d'un immeuble constituait un gain en capital en raison du fait qu'au moment de l'acquisition de l'immeuble, le commanditaire initial avait l'intention de détenir l'immeuble à titre d'investissement.

Les tribunaux attribuent en général l'intention dominante de la société de personnes à tous ses membres, bien que l'intention puisse différer d'un membre à l'autre[77]. Dans l'affaire *Mohawk Horning*, la Cour d'appel fédérale a mentionné ce qui suit :

> « […] the question then becomes whether a change of intention by one member of a consortium [Schneider] can be given effect to in the determination of the taxability of his profits or is it the intention of the consortium as a whole which must prevail in such a determination. I am of the opinion that it is the intention of the consortium as a whole that must subsume that of the individuals[78]. »

Toutefois, la Cour canadienne de l'impôt, dans l'affaire *Hyman* c. *MRN*[79], suggère que les membres peuvent avoir des intentions distinctes relativement à un bien de la société de personnes. Dans cette affaire, la société de personnes a fait l'acquisition d'un terrain à titre d'investissement. Subséquemment, un membre a décidé unilatéralement d'accepter une offre d'achat non sollicitée dudit terrain. Il y a eu poursuite et la vente s'est concrétisée quatre ans plus tard. La Cour considéra que le membre instigateur de la vente avait changé l'usage du bien à titre de bien générateur de revenu. Conséquemment, la portion du profit réalisé lors de la vente du bien, qui était attribuable à la période suivant le changement de l'intention

---

75 *MRN* c. *Lane*, 64 D.T.C. 5049 (C. de l'É.); *Carr* c. *MRN*, 65 D.T.C. 5201 (C. de l'É.); *Sardo*, précité, note 18; *Wright*, précité, note 18; *Stroz*, précité, note 18; *Grant et autres* c. *La Reine*, 2000 D.T.C. 1985 (C.C.I.).

76 95 D.T.C. 767 (C.C.I.).

77 Voir *Sardo*, précité, note 18; *Homes Development Ltd.* c. *La Reine*, 90 D.T.C. 6654 (C.F. 1re inst.).

78 Précité, note 37, 6304.

79 88 D.T.C. 1352 (C.C.I.) (ci-après « *Hyman* »).

du membre, a été traitée comme un revenu d'entreprise. Toutefois, la Cour considéra qu'un des membres n'avait jamais abandonné son intention d'investissement et la portion du gain qui lui était attribuable a été traitée comme un gain en capital.

Dans l'affaire *Grouchy* c. *La Reine*[80], la Cour fédérale suggère également que les membres peuvent avoir une intention distincte les uns des autres à l'égard des biens de la société de personnes. Dans cette affaire, deux membres ont acquis par le biais d'une société de personnes un immeuble à logements multiples. La société de personnes a reçu une offre non sollicitée de vendre l'immeuble et l'a acceptée. La Cour fédérale a considéré que la portion du profit attribuable à un des deux membres constituait un gain en capital alors qu'il s'agissait d'un revenu d'entreprise pour l'autre membre. Rien dans la preuve ne démontrait que l'intention d'un des deux membres était attribuable à l'autre. La Cour considéra que chacun des membres avait sa propre intention à l'égard du bien.

Les affaires *Hyman* et *Grouchy* sont en contradiction avec la majorité de la jurisprudence sur le sujet. Ces causes ne sont pas constantes avec les décisions antérieures traitant de la notion de société de personnes et peuvent être sérieusement contestées.

Dans le cas d'une société, il est à noter que l'intention d'un actionnaire majoritaire ou d'un membre dominant (l'âme dominante ou dirigeante) d'un groupe d'actionnaires peut être considérée comme étant celle de la société, bien que celle-ci constitue une entité distincte sur les plans juridique et fiscal[81].

1.6.3. Coentreprises

Dans le cas des coentreprises (ci-après « *joint venture* »), il appert que l'intention des coentrepreneurs n'est pas pertinente. Le coentrepreneur est imposé sur le profit de la disposition du bien du *joint venture* sur la base de

---

[80] 90 D.T.C. 6267 (C.F. 1re inst.) (ci-après « *Grouchy* »).

[81] Pour des exemples de la notion d'« âme dominante ou dirigeante », voir *Vaughan Construction Co. Ltd.* c. *MRN*, 70 D.T.C. 6268 (C.S.C.); *Be-Vi Investment Corp.*, précité, note 51; *Hillsdale Shopping Centre*, précité, note 36; *Program Properties*, précité, note 43; *King Edward Hotel (Calgary)*, précité, note 52; *Hypark Investments Ltd.* c. *La Reine*, 90 D.T.C. 1752 (C.C.I.) (ci-après « *Hypark Investments* »); *Araz Developments*, précité, note 27; *Iula*, précité, note 42; *143088 Canada inc.*, précité, note 53.

son intention personnelle à l'égard du bien, indépendamment de l'intention des autres coentrepreneurs[82]. Les tribunaux ont également déclaré que l'intention des autres coentrepreneurs n'est pas pertinente en l'absence de preuve d'une intention commune à l'égard du bien. Par exemple, dans l'affaire *Blackstone* c. *La Reine*[83], la portion attribuable au contribuable du profit généré lors de la disposition de la participation indivise dans un terrain a été imposée à titre de revenu d'entreprise bien que les autres copropriétaires détenaient leur partie indivise à titre de bien en immobilisation. Il n'y avait aucune preuve d'intention commune. Une décision semblable fut rendue par la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *Hypark Investments*, sauf que dans cette cause, la partie du profit attribuable au contribuable constituait un gain en capital, et ce, malgré le fait que les autres copropriétaires avaient une intention spéculative à l'égard du bien. Le contribuable avait démontré son intention d'investissement à l'égard du bien.

Dans l'affaire *Bell et autres* c. *La Reine*[84], la Cour d'appel fédérale mentionne que le copropriétaire d'un bien peut avoir une intention distincte des autres copropriétaires lorsqu'il est démontré qu'il peut s'occuper de son intérêt comme il l'entend. Entre autres, la Cour indique que :

> « Lorsque le bien constitue la propriété de tenants communs et qu'il n'y a pas de restriction quant à la disposition séparée de l'intérêt d'un cotenant, il s'agit d'une question de fait de savoir s'il y a une âme dominante ou dirigeante pour le groupe. Lorsque l'on conclut qu'il existe une partie dominante, c'est qu'il existe un élément de preuve selon lequel certains copropriétaires ont acquiescé, expressément ou implicitement, aux décisions prises par le copropriétaire dominant au sujet du bien[85]. »

1.7. JURISPRUDENCE QUÉBÉCOISE

Tout comme au fédéral, la *Loi sur les impôts*[86] ne contient aucune règle qui permette de déterminer si un bien doit être traité comme un bien en immobilisation, un bien en inventaire, ou un projet comportant un risque ou

---

82 Voir *Hanley & Co. Ltd.* c. *La Reine*, 90 D.T.C. 6354 (C.F. 1re inst.).

83 74 D.T.C. 6020 (C.F. 1re inst.).

84 2002 D.T.C. 6780 (C.A.F.).

85 *Id*., par. 11.

86 L.R.Q., c. I-3 et mod.

une affaire de caractère commercial. Il appartient également aux tribunaux de clarifier chaque situation.

Dans l'affaire *Ace Holdings Ltd.* c. *SMRQ*[87], le juge Jean Filion a fait une intéressante revue de la jurisprudence et a établi la liste des critères permettant d'évaluer si un gain est un gain en capital ou un revenu d'entreprise :

> « Parmi les éléments de preuve susceptibles d'aider à la solution d'un litige de cette espèce, la jurisprudence a, entre autres, retenu les suivants :
>
> a) L'intention originelle du contribuable lors de l'acquisition des biens; (*Irrigation Industries Ltd.* c. *M.N.R.*, (1962) 16 D.T.C. 1131; *Rokish Engineering and Construction Ltd.* c. *R.*, (1974) 28 D.T.C. 6375; *Wanford Court (Canada) Ltd* c. *M.N.R.*, (1964) 18 D.T.C. 5103; *Racine* c. *M.N.R.*, (1965) C.T.C. 150);
>
> b) L'intention qui prévalait lors de leur aliénation, parce que l'intention originelle peut varier; (Canada Tax Service, vol. 1, Toronto, Richard DeBoo Ltd., pp. L à 114);
>
> c) L'existence, dès l'acquisition, d'une intention alternative ou subsidiaire; (*Sherman* c. *M.N.R.*, (1973) C.T.C. 192; *Bel-Conn Ltd.* c. *M.N.R.* (1973) C.T.C. 2009; *Power* c. *R.*, (1975) C.T.C. 580; *Bestpipe* c. *M.N.R.*, (1970) 24 D.T.C. 6226; *Corman* c. *M.N.R.*, (1964) 36 Tax A.B.C. 71; *Imperial Oil* c. *M.N.R.*, (1974) C.T.C. 455; *R.* c. *Stanfold Investment Corp.*, (1974) 28 D.T.C. 6035);
>
> d) La possibilité de réaliser un profit d'une façon différente de celle originalement envisagée; (*Fraser* c. *M.N.R.*, (1964) 18 D.T.C. 5224; *Pierce Investment Ltd.* c. *M.N.R.*, (1974) 28 D.T.C. 6608; *Sheftel* c. *M.N.R.*, (1965) 2 Ex. C.R. 569);
>
> e) Les connaissances acquises en la matière par le contribuable et résultant de son expérience dans le domaine immobilier; (*Avon Realties and Investments Corp.* c. *M.N.R.*, (1972) 26 D.T.C. 1093; *Jarry* c. *M.N.R.*, (1964) R.C.S. 199);
>
> f) Le comportement ou la conduite du contribuable tant avant que postérieurement à la transaction qui donne lieu au litige; (*M.N.R.* c. *Lawee*, (1972) 26 D.T.C. 6342; *Cragg* c. *M.N.R.*, (1951) C.T.C. 322; *Rosenblat* c. *M.N.R.*, (1955) 9 D. T. C. 1205);

---

87 [1979] R.D.F.Q. 6 (C.P.).

g) Les pouvoirs corporatifs, lorsque le contribuable est une compagnie; (*Anderson Logging Co.* c. *R.*, (1927) C.T.C. 198; *Atlantic Sugar Refineries Ltd* c. *M.N.R.*, (1948) C.T.C. 326);

h) La relation qui peut exister entre les activités ordinaires de l'entreprise et la transaction effectuée; (*Joël Investment Corp.* c. *Sous-ministre du Revenu du Québec*, (1977) R.D.F.Q. 23);

i) La profession ou l'occupation principale du contribuable, qui n'est pas nécessairement un critère déterminant; (*Silverman* c. *M.N.R.*, (1965) 19 D.T.C. 213);

j) La répétition des transactions de même nature, soit par le contribuable ou par des personnes ou compagnies qui lui sont reliées; (*De Salaberry Realties Ltd.* c. *M.N.R.*, (1974) 28 D.T.C. 6235);

k) La frustration définitive de l'intention originelle, etc.; (*Bel-Dor Holdings* c. *M.N.R.*, (1969) 23 D.T.C. 5217)[88]. »

Dans l'affaire *SMRQ* c. *Mendel Luger*[89], la Cour d'appel a appliqué le test d'intention développé par les tribunaux et a spécifié qu'il faut tenir compte des circonstances entourant l'acquisition du bien :

> « Dans la détermination de la question à savoir si le profit réalisé lors de la vente d'immeubles constitue un revenu d'entreprise provenant d'une affaire commerciale et, de ce fait, imposable ou si le profit est plutôt un gain en capital exempté de l'impôt sur le revenu, la doctrine et la jurisprudence ont établi comme facteur primordial l'intention du contribuable. On parle d'intention première de ce dernier vis-à-vis l'acquisition et l'aliénation du bien mais on a également retenu l'intention secondaire ou alternative en ce sens que, même si l'intention dominante du contribuable est l'investissement, peut exister l'intention alternative de mettre son investissement à profit par un autre moyen, en l'espèce la vente.
>
> Si l'intention secondaire existe, cela suffit pour que la vente de l'immeuble soit considérée comme donnant lieu à un revenu d'entreprise.
>
> Il va sans dire que l'intention du contribuable, primaire ou secondaire, ne doit pas être déterminée par les seules déclarations du contribuable; sont des plus pertinentes toutes les circonstances qui entourent l'acquisition du bien, ces derniers jetant de la lumière sur l'aliénation subséquente pour en venir à la conclusion que le profit alors réalisé sera imposable ou non[90]. »

---

88 *Id.*, 13-14.

89 [1987] R.D.F.Q. 134 (C.A.).

90 *Id.*

Dans l'affaire *Tatone* c. *SMRQ*[91], la Cour du Québec a mentionné qu'il faut examiner le comportement général d'un individu et essayer d'en dégager l'image générale. Il faut retenir la façon d'être et d'agir du contribuable.

La Cour d'appel, dans l'affaire *Cadieux* c. *SMRQ*[92], a de nouveau spécifié qu'il faut tenir compte des circonstances entourant l'acquisition du bien :

> « L'intention est rarement énoncée en termes exprès. D'ailleurs il n'est pas certain qu'une énonciation expresse soit toujours de nature à dévoiler correctement l'intention d'un contribuable. Si c'était le cas, on ne manquerait pas dans toute activité de prendre le soin d'exprimer ses intentions de manière à tirer le meilleur avantage des lois fiscales.
>
> C'est pourquoi les tribunaux ont conclu de façon constante qu'il était plus sage et plus prudent de scruter l'ensemble des circonstances[93]. »

Dans l'affaire *Frank Di Meglio* c. *SMRQ*, le juge Raoul P. Barbe de la Cour du Québec a écrit ceci :

> « Pour déterminer si le profit réalisé lors de la vente d'un immeuble constitue un gain en capital ou un revenu d'entreprise, il faut scruter l'intention du contribuable. Cette intention ne doit pas reposer sur de simples déclarations, elle doit être corroborée par des faits mis en preuve. Il ne suffit pas de considérer l'intention initiale du contribuable à l'égard de l'acquisition et de l'aliénation du bien; il faut aussi scruter son intention secondaire en ce sens que même si son intention première est de faire un investissement, son intention secondaire peut être de réaliser rapidement un profit par un autre moyen, la vente par exemple. Si cette intention secondaire existe, cela suffit pour considérer que le profit résultant de la vente constitue un revenu d'entreprise.
>
> Comme nous l'avons dit, l'intention du contribuable ne doit pas être déterminée par de simples déclarations. D'ailleurs, il n'est pas certain que de simples déclarations soient de nature à dévoiler correctement l'intention d'un contribuable. Si c'était le cas, il ne manquerait pas d'indiquer dans le contrat qu'il fait un achat dans le but d'investir de façon à tirer le meilleur parti des dispositions fiscales. Pour établir la nature du profit, il est plus sage d'exiger que les déclarations soient corroborées par des faits concrets. Ceux-ci

---

91 [1992] R.D.F.Q. 232 (C.Q.) (ci-après « *Tatone* »).

92 [1993] R.D.F.Q. 193 (C.A.).

93 *Id*.

> permettent de déterminer si le profit réalisé constitue un revenu d'entreprise ou un gain en capital[94]. »

En conclusion, on constate que la jurisprudence québécoise sur ce sujet est semblable à celle élaborée au fédéral.

Deux observations s'imposent relativement à l'analyse de la jurisprudence québécoise. Premièrement, le critère le plus important est l'intention, principale ou secondaire, du contribuable lors de l'acquisition du bien. Deuxièmement, les autres critères servent de guide pour déterminer l'intention lors de l'acquisition. Ainsi, les circonstances entourant chaque cas doivent être prises en considération afin de bien cerner l'intention véritable du contribuable[95].

2. POSITION DES AUTORITÉS FISCALES

2.1. AGENCE DU REVENU DU CANADA

Étant donné qu'il s'agit d'une question de fait, l'ARC n'émet pas de décision anticipée à savoir si un immeuble est détenu dans le but de gagner un revenu d'entreprise ou à titre d'investissement. Toutefois, celle-ci fait état de sa position dans le *Bulletin d'interprétation* IT-218R :

> « 3. Dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, aucune disposition ne précise dans quelles circonstances des gains provenant de la vente de biens immeubles doivent être considérés comme un revenu ou une recette en capital. Toutefois, en faisant de telles déterminations, les tribunaux ont considéré des facteurs du genre de ceux qui sont énumérés ci-dessous. En voici une liste qui ne doit pas être considérée comme limitative :

---

94 [1994] R.D.F.Q. 288 (C.Q.).

95 Voir aussi *Parisi et autres* c. *SMRQ*, [1977] R.D.F.Q. 20 (C.A.); *Loiselle* c. *SMRQ*, [1987] R.D.F.Q. 131 (C.Q.); *Blais* c. *SMRQ*, [1989] R.D.F.Q. 211 (C.Q.); *Gagné* c. *SMRQ*, [1991] R.D.F.Q. 138 (C.Q.); *Asatoorian* c. *SMRQ*, [1991] R.D.F.Q. 168 (C.Q.); *Aubin* c. *SMRQ*, [1991] R.D.F.Q. 179 (C.Q.); *Tatone*, précité, note 91; *Perreault* c. *SMRQ*, [1992] R.D.F.Q. 235 (C.Q.); *Maronne* c. *SMRQ*, [1992] R.D.F.Q. 256 (C.Q.); *Goulet* c. *SMRQ*, [1992] R.D.F.Q. 258 (C.Q.); *Lapointe* c. *SMRQ*, [1993] R.D.F.Q. 190 (C.Q.); *St-Pierre* c. *SMRQ*, [1994] R.D.F.Q. 271; *Di Meglio* c. *SMRQ*, [1994] R.D.F.Q. 288 (C.Q.); *Daigle* c. *SMRQ*, [1994] R.D.F.Q. 289 (C.Q.); *Vincent* c. *SMRQ*, [1995] R.D.F.Q. 357 (C.Q.); *Boileau* c. *SMRQ*, [1996] R.D.F.Q. 302 (C.Q.); *De Chantal* c. *SMRQ*, [1997] R.D.F.Q. 222 (C.Q.); *Lavallée* c. *SMRQ*, [1997] R.D.F.Q. 331 (C.Q.); *Ciarallo* c. *SMRQ*, [1997] R.D.F.Q. 359 (C.Q.); *Margoosian* c. *SMRQ*, [1998] R.D.F.Q. 245 (C.Q.); *Khan* c. *SMRQ*, [1998] R.D.F.Q. 246 (C.Q.); *Lacoste* c. *SMRQ*, [2000] R.D.F.Q. 231 (C.Q.).

a) l'intention du contribuable en ce qui concerne le bien immeuble au moment de l'achat;

b) la vraisemblance de l'intention du contribuable;

c) l'emplacement géographique du bien immeuble acquis et son zonage;

d) la mesure dans laquelle l'intention du contribuable est réalisée;

e) la preuve que l'intention du contribuable a changé après l'achat du bien immeuble;

f) la nature de l'entreprise, de la profession, du métier ou de l'occupation du contribuable et des associés;

g) la mesure dans laquelle l'argent emprunté a servi à financer l'acquisition du bien immeuble et les modalités arrêtées pour le financement s'il y a lieu;

h) la période pendant laquelle le bien immeuble a été détenu par le contribuable;

i) le fait que la possession du bien immeuble soit partagée avec des personnes autres que le contribuable;

j) la nature de la profession des autres personnes mentionnées en i) ci-dessus, de même que leurs intentions avouées et leur ligne de conduite;

k) les facteurs qui ont motivé la vente du bien immeuble;

l) la preuve que le contribuable et/ou les associés se livrent sur une grande échelle au commerce de l'immeuble[96]. »

L'ARC précise qu'aucun des facteurs mentionnés ci-dessus n'est déterminant en soi et la pertinence de tout facteur dans cette détermination dépendra des circonstances entourant chaque cas. Elle ajoute également que l'intention du contribuable au moment de l'acquisition d'un bien immeuble est un facteur important à considérer et qu'au moment de l'acquisition dudit bien, le contribuable peut avoir comme intention secondaire de le revendre à profit s'il doit abandonner son intention première. L'ARC considère que si le contribuable réalise son intention secondaire, tout gain réalisé sur la disposition sera habituellement imposé à titre de revenu tiré d'une entreprise.

---

96 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 38, p. 15.

À l'exception de l'intention, tous les facteurs énumérés peuvent être considérés comme des facteurs de comportement, en ce sens qu'ils peuvent être observés dans la ligne de conduite du contribuable à l'égard d'une opération ou d'une série d'opérations. Quant aux caractéristiques de commerce, chacun des facteurs énumérés dans la liste, s'il est présent dans le cadre d'une situation donnée, peut indiquer l'existence d'une affaire, sans toutefois la déterminer à lui seul.

Comme mentionné précédemment, l'ARC précise également que, dans l'éventualité où le contribuable dispose de ses actions dans une société et que cette disposition n'est qu'un autre moyen de réaliser des profits sur la disposition de biens immeubles, les profits réalisés grâce à la vente des dites actions seront imposés comme si les biens immeubles avaient été vendus[97]. Cette position est en accord avec la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Fraser*.

L'ARC mentionne que les membres passifs d'une société de personnes sont assujettis aux mêmes règles que les membres actifs relativement à l'imposition des profits réalisés sur la disposition des biens immeubles. Ainsi, les activités et les intentions des membres actifs seront attribuées aux membres passifs[98]. Cette position est également en accord avec la majorité des décisions rendues à ce sujet.

2.2. REVENU QUÉBEC

Revenu Québec exprime sa position dans le *Bulletin d'interprétation* IMP. 232-1[99]. Revenu Québec y indique que l'ensemble des critères peut être regroupé sous trois thèmes principaux : la conduite du contribuable, la nature du bien en cause et l'intention du contribuable. On y indique également que l'intention du contribuable au moment de l'acquisition d'un bien est un critère important servant à déterminer la nature du gain.

---

97 *Id.*, par. 9.

98 *Id.*, par. 8.

99 REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP. 232-1, « Distinction entre un gain en capital et un revenu provenant d'une entreprise », 28 février 1994.

CONCLUSION

La caractérisation du gain (ou de la perte) réalisé lors de la disposition d'un bien immobilier continuera de faire couler beaucoup d'encre. L'objectif de ce texte visait à faire un survol de la jurisprudence et à donner aux praticiens des outils dans le cadre de l'analyse de cette caractérisation.

Le test d'intention est le critère fondamental à considérer. Par la suite, les critères objectifs peuvent être utilisés afin de corroborer l'intention du contribuable. En raison du caractère factuel et crucial de cette caractérisation, il est à prévoir que la jurisprudence continuera à s'accumuler sur ce sujet.

ANNEXE

Grille sommaire d'analyse

1. Bien par bien

2. Critères

Critère subjectif	Facteurs comportementaux démontrant l'intention
• Intention principale • Intention secondaire* * Si considérée dans la prise de décision d'acquisition	• Nature du bien • Durée de possession • Travaux effectués à l'égard du bien - Pour vendre le bien - Pour augmenter le rendement • Relation entre la transaction et l'entreprise du contribuable • Nombre et fréquence des opérations conclues par le contribuable • Circonstances ayant mené à la disposition du bien

RÈGLES ANTIÉVITEMENT VISANT À CONTRECARRER LES PLANIFICATIONS FISCALES INTERPROVINCIALES JUGÉES ABUSIVES PAR LES AUTORITÉS FISCALES

Benoit Martinet
CA, LL.M. fisc.
Ernst & Young s.r.l./s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 20:5

1. TAUX D'IMPOSITION ET DE TAXE SUR LE CAPITAL PROVINCIAUX 20:5

1.1. TAUX D'IMPOSITION ET DE TAXE SUR LE CAPITAL DES SOCIÉTÉS 20:6
1.2. TAUX D'IMPOSITION DES PARTICULIERS 20:7

2. PRINCIPES DE BASE AFIN DE DÉTERMINER LE REVENU IMPOSABLE GAGNÉ DANS UNE PROVINCE 20:9

2.1. DÉTERMINATION DU REVENU IMPOSABLE GAGNÉ DANS UNE PROVINCE PAR UNE SOCIÉTÉ 20:9
2.2. DÉTERMINATION DU REVENU IMPOSABLE GAGNÉ DANS UNE PROVINCE PAR UN PARTICULIER 20:11

3. RÈGLES ANTIÉVITEMENT VISANT À ÉVITER QUE DES ATTRIBUTS FISCAUX SOIENT UTILISÉS À PLUS DE 100 % PAR UNE SOCIÉTÉ AU NIVEAU PROVINCIAL 20:13

3.1. RÈGLES APPLICABLES EN ALBERTA 20:13
3.1.1. Règles applicables avant l'ajout du paragraphe 85(4.2) A.C.T.A. 20:13
3.1.2. Règles applicables à la suite de l'ajout du paragraphe 85(4.2) A.C.T.A. 20:15
3.1.3. Avantages découlant de l'ajout du paragraphe 85(4.2) A.C.T.A. 20:17
3.2. RÈGLES APPLICABLES EN ONTARIO 20:18
3.2.1. Situation où le pourcentage du revenu imposable d'une société attribuable à l'Ontario augmente d'une année donnée à une année subséquente – Application de l'article 5.2 L.I.S. 20:18
3.2.2. Situation où le pourcentage du revenu imposable d'une société attribuable à l'Ontario diminue d'une année donnée à une année subséquente – Application de l'article 5.3 L.I.S. 20:22
3.3. RÈGLES APPLICABLES AU QUÉBEC 20:25
3.3.1. Interprétation par Revenu Québec des règles applicables au Québec 20:25
3.3.2. Règles applicables au Québec – Conclusions 20:29

4. RÈGLES VISANT LES TRANSFERTS DE BIENS 20:30

4.1. LE « QUÉBEC SHUFFLE » – TRANSFERT D'UN BIEN PAR UNE SOCIÉTÉ AYANT UN ÉTABLISSEMENT STABLE UNIQUEMENT AU QUÉBEC 20:30
4.1.1. Règles mises en place par le Québec afin de contrer le « Québec Shuffle » 20:30
4.1.2. L'affaire *OGT Holdings* 20:31
4.1.3. Introduction par le Manitoba de mesures rétroactives afin de contrer le « Québec Shuffle » 20:32

5. INTRODUCTION DE MESURES RÉTROACTIVES AU QUÉBEC 20:32

5.1. PLANIFICATION POSSIBLE AVANT L'INTRODUCTION DES MESURES RÉTROACTIVES AU QUÉBEC 20:32
5.2. PROJET DE LOI ADOPTÉ PAR LE QUÉBEC AFIN DE CONTRER CETTE STRATÉGIE 20:33

6. RÈGLES ANTIÉVITEMENT S'APPLIQUANT AUX PARTICULIERS 20:34

6.1. RÈGLES APPLICABLES AUX BÉNÉFICIAIRES QUÉBÉCOIS DE « FIDUCIES DÉSIGNÉES » 20:34
6.1.1. Planification possible avant l'introduction des règles québécoises s'appliquant aux « fiducies désignées » 20:34
6.1.2. Mesures mises en place par le Québec afin de contrecarrer cette planification 20:35
6.1.3. Annonce faite par Québec à l'égard de la mise en place de fiducies pour éviter l'impôt au Québec 20:36

INTRODUCTION*

En juin dernier, deux types de planification fiscale interprovinciale ont été attaqués par les autorités fiscales québécoises, ce qui a suscité un grand intérêt dans la communauté fiscale.

Tout d'abord, le 9 juin 2006, le ministre des Finances du Québec a introduit à la législation québécoise de nouvelles dispositions ayant un effet rétroactif afin de contrer une planification mise en place par plusieurs sociétés. Cette planification permettait d'éviter l'impôt provincial.

Par la suite, le 29 juin 2006, dans l'affaire *OGT Holdings Ltd.* c. *SMRQ*[1], la Cour du Québec a conclu que la règle générale antiévitement (ci-après « RGAÉ ») s'appliquait à la planification communément appelée « Québec Shuffle ».

En plus de la RGAÉ et de la possibilité qu'elles ont de mettre en place des dispositions législatives ayant un effet rétroactif, les autorités fiscales provinciales ont inclus à leur législation plusieurs règles antiévitement spécifiques qui permettent de contrer les planifications fiscales interprovinciales jugées abusives.

Le présent article a pour objet de passer en revue certaines règles antiévitement spécifiques, qui visent à contrer les planifications fiscales interprovinciales jugées abusives, contenues dans la *Loi sur les impôts* du Québec[2], l'*Alberta Corporate Tax Act*[3] et la *Loi sur l'imposition des sociétés* de l'Ontario[4]. De plus, cet article traitera plus amplement des règles rétroactives mises en place par le Québec et de l'affaire *OGT Holdings*.

1. TAUX D'IMPOSITION ET DE TAXE SUR LE CAPITAL PROVINCIAUX

Les planifications fiscales mentionnées en introduction visaient à éviter complètement l'impôt provincial. Il n'était donc pas nécessaire dans de tels

---

* L'auteur tient à remercier sa collègue, Karine Dumais, de sa précieuse collaboration.

1 C.Q. Montréal, n° 500-02-094425, 29 juin 2006, j. De Michele (ci-après « *OGT Holdings* »).

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

3 R.S.A., 2000, c. A-15 et mod. (ci-après « A.C.T.A. »).

4 L.R.O., 1990, c. I-40 et mod. (ci-après « L.I.S. »).

cas de connaître les taux d'imposition en vigueur dans les provinces. Toutefois, afin d'effectuer de la planification fiscale interprovinciale moins agressive, il importe de connaître les taux d'imposition en vigueur et les taux d'imposition futurs dans les différentes provinces.

1.1. TAUX D'IMPOSITION ET DE TAXE SUR LE CAPITAL DES SOCIÉTÉS

Le tableau suivant présente les différents taux d'imposition et de taxe sur le capital pour les provinces du Québec, de l'Ontario et de l'Alberta.

Taux d'imposition provincial et taxe sur le capital des sociétés

	Québec %	**Ontario** %	**Alberta**[5] %
Revenu d'entreprise admissible à la déduction accordée aux petites entreprises (ci-après « DPE »)[6]	8,0[7]	5,5	**3,0**
Revenu d'entreprise non admissible à la DPE[8]			
2006-2007	**9,9**	14,0	10,0
2008	11,4	14,0	**10,0**
2009 et suivantes	11,9	14,0	**10,0**
Revenu de placement	16,25	14,0	**10,0**
Taxe sur le capital[9]			
2006	0,525	0,30	—
2007	0,49	0,285	—
2008	0,36	0,285	—
2009	0,29	0,225	—
2010	0,29	0,15	—
2011	0,29	0,075	—
2012	0,29	—	—

[5] Les taux d'imposition présentés pour l'année 2006 en Alberta sont les taux d'imposition applicables à compter du 1er avril 2006, date à laquelle le taux pour le revenu d'entreprise non admissible à la DPE a été réduit de 11,5 % à 10 %.

[6] Pour 2006, le seuil du revenu imposable admissible à la DPE est de 400 000 $ pour le Québec, l'Ontario et l'Alberta. L'Alberta augmentera graduellement ce seuil pour les années suivantes afin qu'il s'établisse à 500 000 $ à compter de 2009.

[7] Ce taux d'imposition est en vigueur depuis le 24 mars 2006, soit la date à laquelle le Québec a annoncé une baisse du taux d'imposition pour le revenu admissible à la DPE de 8,5 % à 8 %.

[8] L'Ontario accorde une réduction du taux d'imposition de 2 % pour les bénéfices de fabrication et transformation (ci-après « BFT »). Aucune réduction à l'égard des BFT n'est accordée par le Québec et l'Alberta.

[9] L'Ontario prévoit l'abolition de la taxe sur le capital à compter de 2012.

Les taux présentés ci-dessus nous permettent de faire les observations suivantes :

- à la suite de l'annonce de la hausse du taux d'imposition au Québec sur le revenu d'entreprise non admissible à la DPE et de l'annonce de la baisse de ce taux d'imposition en Alberta, l'Alberta deviendra la province offrant les taux d'imposition les plus intéressants à l'égard de tout type de revenu;

- l'écart entre le taux d'imposition du Québec et de l'Ontario, sur le revenu d'entreprise non admissible à la DPE et à la réduction de taux pour les BFT en Ontario, diminue. En 2008, l'Ontario aura un taux d'imposition de 2,6 points de pourcentage plus élevé que le Québec, comparativement à un écart de 4,1 points de pourcentage en 2006-2007. Cet écart était de 5,1 points de pourcentage en 2005; et

- aucune taxe sur le capital n'est applicable en Alberta et l'Ontario a annoncé que la taxe sur le capital serait abolie en 2012. D'ici 2012, l'Ontario a annoncé une diminution progressive du taux de taxe sur le capital et une augmentation du montant d'abattement de capital. Le Québec diminuera progressivement le taux de taxe sur le capital, mais ne prévoit pas l'abolir.

1.2. TAUX D'IMPOSITION DES PARTICULIERS

Le tableau ci-dessous présente les coûts d'imposition marginaux supérieurs combinés au Québec, en Ontario et en Alberta pour les particuliers pour l'année 2006 :

Coûts d'imposition pour les particuliers

	Québec %	Ontario %	Alberta %
Revenus autres que du gain en capital et des dividendes	48,22	46,41	**39,00**
Gain en capital	24,11	23,20	**19,50**
Dividendes déterminés	29,70[10]	25,09[11]	**18,18**[12]
Autres dividendes	36,36	31,34	**24,08**

Le tableau ci-dessus nous permet de faire les observations suivantes :

- en Alberta, le taux marginal supérieur d'imposition des particuliers est significativement plus bas que celui des autres provinces;

- le taux d'imposition marginal supérieur combiné au Québec est légèrement supérieur à celui de l'Ontario. Toutefois, le coût d'imposition marginal supérieur combiné sur les revenus de dividendes autres que les dividendes déterminés est significativement plus élevé au Québec qu'en Ontario, pour un écart de 5 %;

- le Québec fait mauvaise figure quant à la compétitivité de son régime d'imposition des dividendes. Les mesures fédérales et celles de l'Ontario et de l'Alberta ont pour résultat de réduire le coût d'imposition marginal des dividendes déterminés et n'ont pas d'impact sur les autres dividendes. Les mesures introduites par le Québec, quant à elles, ont pour

[10] Les coûts d'imposition présentés au Québec sur les revenus de dividendes sont les coûts d'imposition pour les dividendes payés ou réputés avoir été payés après le 23 mars 2006. Pour les dividendes payés ou réputés avoir été payés après 2005 mais avant le 24 mars 2006, les coûts d'imposition sur ces revenus de dividendes sont de 28,61 % pour les dividendes déterminés et de 32,81 % pour les autres dividendes.

[11] En Ontario, la réduction du coût d'imposition sur les dividendes déterminés se fera progressivement de 2006 à 2010. En 2010, le coût d'imposition combiné sur les dividendes déterminés sera de 22,38 %.

[12] Le 20 septembre 2006, l'Alberta a annoncé qu'elle allait s'harmoniser avec les modifications apportées à la législation fédérale et que la réduction du coût d'imposition sur les dividendes déterminés se fera progressivement de 2006 à 2009. En 2009, il n'y aura plus d'impôt en Alberta sur les dividendes déterminés et le coût d'imposition marginal supérieur combiné sur ces dividendes sera de 14,55 %, soit le coût d'imposition fédéral sur les dividendes déterminés.

impact d'augmenter de 1,09 points de pourcentage le coût d'imposition des dividendes déterminés et de 3,54 points de pourcentage le coût d'imposition des autres dividendes;

- les dividendes déterminés ne seront plus imposés en Alberta à compter de 2009; et

- à la suite de la mise en place des nouvelles dispositions législatives concernant l'imposition des dividendes, il est avantageux pour une société ayant un solde d'impôt en main remboursable au titre de dividendes et un compte de revenu à taux général de verser un dividende déterminé afin d'avoir droit à un remboursement d'impôt au titre de dividendes (ci-après « RTD ») puisque la société aura droit à un RTD de 33⅓ % de ce dividende versé alors que le particulier s'imposera en 2006 à un taux plus faible (29,70 % au Québec, 25,09 % en Ontario et 18,18 % en Alberta).

2. PRINCIPES DE BASE AFIN DE DÉTERMINER LE REVENU IMPOSABLE GAGNÉ DANS UNE PROVINCE

La méthode de répartition du revenu imposable entre les provinces, nécessaire au calcul des impôts provinciaux, est différente selon qu'il s'agit d'une société ou d'un particulier. Cet article n'ayant pas pour objet de présenter de façon détaillée les méthodes de répartition des revenus nécessaires au calcul des impôts provinciaux, seules les règles de base sont présentées[13].

2.1. DÉTERMINATION DU REVENU IMPOSABLE GAGNÉ DANS UNE PROVINCE PAR UNE SOCIÉTÉ

Les règles de base concernant la répartition du revenu imposable entre les provinces aux fins de l'impôt des sociétés se retrouvent aux paragraphes 402(1), 402(2) et 402(3) du *Règlement de l'impôt sur le revenu*[14]. Des règles similaires s'appliquent également concernant la répartition du capital versé aux fins de la taxe sur le capital.

---

[13] Pour une analyse détaillée des méthodes de répartition du revenu entre les provinces, veuillez vous référer au texte de Claude AUGER et Marc-André BÉLANGER, « Allocation interprovinciale du revenu », dans *1999 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2000, pp. 9:1-45.

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

Selon le paragraphe 402(1) R.I.R., « lorsque, pendant une année d'imposition, une société avait un établissement stable dans une province particulière et n'avait pas d'établissement stable hors de cette province, la totalité de son revenu imposable pour l'année est censée avoir été gagnée dans cette province ».

Selon le paragraphe 402(2) R.I.R., « lorsque, pendant une année d'imposition, une société n'avait pas d'établissement stable dans une province particulière, aucune partie de son revenu imposable pour l'année n'est censée avoir été gagnée dans cette province ».

Le paragraphe 402(3) R.I.R. indique que, « lorsque, pendant une année d'imposition, une société avait un établissement stable dans une province et un établissement stable hors de cette province, son revenu imposable qui est censé avoir été gagné pendant l'année dans la province » est obtenu à l'aide d'une formule basée sur les recettes brutes et les traitements et salaires versés de la société.

Cette formule est la suivante[15] :

$$\frac{1}{2}\left(\frac{\text{RB attribuables à ES}}{\text{RB totales de la société}} + \frac{\text{TS versés par ES}}{\text{TS totaux versés par la société}}\right) \times \text{Revenu imposable de la société}$$

Ainsi, en fonction des principes de base énoncés ci-dessus, l'assujettissement d'une société à l'impôt sur le revenu d'une province donnée pour une année d'imposition donnée dépend d'abord de l'existence d'un établissement stable dans cette province pendant l'année d'imposition donnée.

Le terme établissement stable est défini au paragraphe 400(2) R.I.R. De façon générale, un établissement stable est un lieu fixe d'affaires ou, si la société n'a pas de lieu fixe d'affaires, l'endroit principal où elle exerce ses activités. Il se peut aussi qu'un établissement stable soit censé exister à l'endroit où une société exploite une entreprise par l'intermédiaire d'un employé ou mandataire. Pour plus de détails à ce sujet, veuillez vous référer au *Bulletin d'interprétation* IT-177R2[16].

---

[15] Dans cette formule, RB signifie « recettes brutes », TS signifie « traitements et salaires » et ES signifie « établissement stable ».

[16] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-177R2, « Établissement stable d'une corporation dans une province », 11 novembre 2003.

2.2. DÉTERMINATION DU REVENU IMPOSABLE GAGNÉ DANS UNE PROVINCE PAR UN PARTICULIER

Un particulier résidant au Canada est assujetti à l'impôt sur le revenu de la province dans laquelle il réside à la fin de son année d'imposition, à l'exception du revenu d'entreprise qui est assujetti à l'impôt de la province où il y a un établissement stable, selon les mêmes principes que ceux présentés dans le cas de la répartition du revenu imposable gagné dans une province par une société. Les règles pour l'imposition dans une province pour un particulier se retrouvent à la Partie XXVI R.I.R.

Par ailleurs, puisqu'une fiducie est réputée être un particulier aux fins fiscales en vertu du paragraphe 104(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[17] et des paragraphes concordants dans les autres législations fiscales provinciales, les mêmes règles que celles pour un particulier s'appliquent pour la méthode de répartition du revenu imposable gagné dans une province par une fiducie.

Pour déterminer la province de résidence d'un particulier, autre qu'une fiducie, aux fins de l'impôt provincial, l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») a indiqué dans son *Bulletin d'interprétation* IT-221R3[18] qu'elle appliquera les mêmes critères que ceux énoncés dans ce même bulletin aux fins de la détermination de la résidence au Canada. Selon ce bulletin d'interprétation, les principaux éléments à considérer sont les suivants :

- raisons de l'absence de la province;
- durée de l'absence de la province;
- situation familiale du particulier;
- logement du particulier dans la province ou ailleurs; et
- autres liens secondaires dans la province.

---

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

[18] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-221R3 (consolidé), « Détermination du statut de résident d'un particulier », 21 décembre 2001, par. 1.

Aux fins de déterminer la province de résidence d'une fiducie, la position suivante de l'ARC est publiée dans le *Bulletin d'interprétation* IT-447 :

« 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, p. ex., des vérificateurs et des avocats.

3. […]

4. Dans certains cas, la responsabilité de l'administration et du contrôle d'une fiducie peut ne pas sembler très claire; dans les situations de ce genre, le Ministère examinera d'autres facteurs relatifs à la fiducie afin de déterminer sa résidence. Les plus importants de ces facteurs sont les suivants :

   a) l'endroit où s'appliquent les droits légaux à l'égard des biens de la fiducie, et

   b) l'endroit où se trouvent les biens de la fiducie.

   La résidence des bénéficiaires d'une fiducie et le domicile du disposant ne s'appliquent pas, sauf dans les situations décrites au numéro 5 ci-dessous.

> 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[19]. »

Ainsi, la province de résidence d'une fiducie correspond généralement à la province de résidence de son fiduciaire. Toutefois, il faut se demander si, dans les faits, quelqu'un d'autre que le fiduciaire contrôle la fiducie. Dans un tel cas, la province de résidence de la fiducie correspondra à la province de résidence de cette autre personne.

3. RÈGLES ANTIÉVITEMENT VISANT À ÉVITER QUE DES ATTRIBUTS FISCAUX SOIENT UTILISÉS À PLUS DE 100 % PAR UNE SOCIÉTÉ AU NIVEAU PROVINCIAL

3.1. RÈGLES APPLICABLES EN ALBERTA

3.1.1. Règles applicables avant l'ajout du paragraphe 85(4.2) A.C.T.A.

Avant l'ajout du paragraphe 85(4.2) A.C.T.A., le paragraphe 18(2) A.C.T.A. prévoyait qu'une société qui constituait un établissement stable en Alberta au cours d'une année d'imposition avait un solde de début de pertes autres qu'en capital (ci-après « PAQC ») qui correspondait au solde fédéral de PAQC de la société à la fin de son année d'imposition précédente. Par ailleurs, diverses dispositions de l'*Alberta Corporate Tax Act* prévoyaient que le solde de début des attributs fiscaux autres que les PAQC aux fins de l'Alberta correspondait au solde fédéral de ces attributs fiscaux à la fin de son année d'imposition précédente.

L'exemple suivant permet d'illustrer de quelle façon un groupe corporatif aurait pu, avant le 11 mai 2004, soit la date d'application du paragraphe 85(4.2) A.C.T.A., bénéficier deux fois d'un solde de PAQC au niveau provincial[20].

---

[19] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-447, « Résidence d'une fiducie ou succession », 30 juin 1980, par. 1, 2, 4 et 5.

[20] Il est à noter que la RGAÉ de l'Alberta prévue à l'article 72.1 A.C.T.A. aurait pu s'appliquer aux opérations décrites ci-dessous et que le présent article n'a pas pour objet de déterminer l'applicabilité de cette disposition à ces opérations.

Un groupe corporatif exploitait une entreprise par le biais d'une société ayant un établissement stable uniquement au Québec (ci-après « Perteco1 »). La direction du groupe envisageait de mettre fin aux activités de Perteco1 au Québec et estimait que le solde de PAQC de Perteco1 à la suite de la liquidation de ses éléments d'actif au Québec serait de 3 M$ au fédéral et au Québec. Le groupe corporatif n'exploitait pas d'autre entreprise au Québec. Perteco1 pouvait reporter la PAQC subie à la suite de la liquidation des éléments d'actif de son entreprise québécoise pour réduire le revenu imposable réalisé au cours de son année d'imposition précédente.

Les dirigeants du groupe prévoyaient constituer un établissement stable en Alberta au cours de l'année d'imposition suivant l'année d'imposition au cours de laquelle les éléments d'actif de l'entreprise québécoise de Perteco1 auraient été liquidés. L'établissement stable albertain générerait un revenu imposable supérieur à 3 M$ au cours de sa première année d'imposition.

Les opérations suivantes auraient pu être effectuées afin que les PAQC de Perteco1 soient déduites deux fois au niveau provincial :

1) Perteco1 aurait reporté ses PAQC du Québec pour réduire le revenu imposable réalisé au cours de son année d'imposition précédente et aurait choisi de ne pas reporter ses PAQC au fédéral.

2) Au cours de l'année d'imposition suivant l'année au cours de laquelle elle a liquidé ses éléments d'actif au Québec, Perteco1 aurait commencé à exploiter une entreprise par le biais d'un établissement stable en Alberta. Perteco1 aurait donc eu, en vertu du paragraphe 18(2) A.C.T.A., un solde de début de PAQC en Alberta de 3 M$ pour la première année au cours de laquelle elle a exploité une entreprise par le biais d'un établissement stable dans cette province.

3) Perteco1 aurait déduit 3 M$ de PAQC au fédéral et en Alberta au cours de l'année d'imposition où elle aurait commencé à exploiter un établissement stable en Alberta.

À la suite de ces opérations, Perteco1 aurait déduit deux fois, au niveau provincial, sa PAQC de 3 M$ puisque celle-ci aurait été déduite en totalité au Québec et en Alberta.

3.1.2. Règles applicables à la suite de l'ajout du paragraphe 85(4.2) A.C.T.A.

Le paragraphe 85(4.2) A.C.T.A., en vigueur depuis le 11 mai 2004, s'applique lorsque les conditions suivantes sont remplies (ci-après « les conditions ») :

- une société avait un établissement stable au Québec ou en Ontario au cours de l'année d'imposition précédant l'année d'imposition au cours de laquelle elle a constitué un établissement stable en Alberta; et

- le solde d'un attribut fiscal, décrit aux alinéas a) et b) du paragraphe 85(4.2) A.C.T.A., au Québec ou en Ontario à la fin de l'année d'imposition précédant l'année d'imposition au cours de laquelle un établissement stable a été constitué en Alberta, était différent du solde de cet attribut fiscal au fédéral à la fin de cette année d'imposition.

L'alinéa 85(4.2)a) A.C.T.A. indique que le paragraphe 85(4.2) A.C.T.A. s'applique, entre autres, aux attributs fiscaux suivants :

- les soldes de fraction non amortie du coût en capital;

- le solde de dépenses de recherche scientifique et de développement expérimental (art. 37 L.I.R.);

- les déductions prévues aux alinéas 20(1)e), 20(1)l), 20(1)m), 20(1)n), 20(1)o) et 20(1)p) L.I.R.;

- la provision à l'égard d'une balance de prix de vente à la suite de la disposition d'un bien ayant donné lieu à un gain en capital (par. 40(1) L.I.R.);

- le solde de dons de charité à reporter (art. 110.1 L.I.R.).

L'alinéa 85(4.2)b) A.C.T.A., quant à lui, indique que le paragraphe 85(4.2) A.C.T.A. s'applique aux attributs fiscaux suivants :

- les PAQC;

- les pertes nettes en capital;

- les pertes agricoles restreintes;

- les pertes agricoles;

- les pertes comme commanditaire.

Les alinéas c) et d) du paragraphe 85(4.2) A.C.T.A. indiquent que le solde de début d'un attribut fiscal en Alberta, lorsque les conditions sont remplies, correspond au total :

- du total de chaque solde de cet attribut fiscal dans une province, à la fin de l'année d'imposition précédant l'année d'imposition au cours de laquelle un établissement stable a été constitué en Alberta, multiplié par le pourcentage de revenu imposable attribué à cette province au cours de cette année d'imposition; et

- du solde de l'attribut fiscal au fédéral, à la fin de l'année d'imposition précédant l'année d'imposition au cours de laquelle un établissement stable a été constitué en Alberta, multiplié par le pourcentage du revenu imposable de la société qui n'est pas attribué à une province au cours de cette année d'imposition. Ce cas surviendra si la société a un établissement stable à l'extérieur du Canada.

Si une société n'avait pas de revenu imposable au cours de l'année d'imposition précédant l'année d'imposition au cours de laquelle un établissement stable a été constitué en Alberta, le paragraphe 85(4.3) A.C.T.A. prévoit que, pour déterminer le pourcentage de revenu imposable attribuable à une province au cours de cette année aux fins du paragraphe 85(4.2) A.C.T.A., le revenu imposable de la société au cours de cette année sera présumé être de 1 $.

Il est à noter que, si le solde d'un attribut fiscal au Québec ou en Ontario à la fin de l'année d'imposition précédant l'année d'imposition au cours de laquelle un établissement stable a été constitué en Alberta ne diffère pas du solde de cet attribut fiscal au fédéral à ce moment, les dispositions de l'*Alberta Corporate Tax Act* qui étaient en place avant l'ajout du paragraphe 85(4.2) A.C.T.A. s'appliqueront pour faire en sorte que le solde de début de cet attribut fiscal en Alberta corresponde à celui du fédéral.

Si on applique le paragraphe 85(4.2) A.C.T.A. aux opérations décrites à la section 3.1.1. ci-dessus, le solde de début de PAQC de Perteco1 en Alberta sera nul, puisque le solde de PAQC du Québec pour l'année d'imposition précédant l'année d'imposition au cours de laquelle un établissement stable a été constitué en Alberta était nul et que la totalité du revenu imposable de Perteco1 au cours de cette année était attribuée au

Québec. Même si Perteco1 a subi une perte au cours de cette année d'imposition, le paragraphe 85(4.3) A.C.T.A. viendrait présumer que le revenu imposable de Perteco1 pour cette année d'imposition serait de 1 $. Ce revenu imposable de 1 $ serait alors attribué en totalité au Québec.

3.1.3. Avantages découlant de l'ajout du paragraphe 85(4.2) A.C.T.A.

Le paragraphe 85(4.2) A.C.T.A. s'applique lorsque le solde d'un attribut fiscal au Québec ou en Ontario à la fin de l'année d'imposition précédant l'année au cours de laquelle un établissement stable a été constitué en Alberta était différent du solde de cet attribut fiscal au fédéral. Ce paragraphe s'applique donc, peu importe que le solde de l'attribut fiscal au Québec ou en Ontario soit inférieur ou supérieur au solde fédéral.

L'exemple suivant sert à illustrer de quelle façon l'ajout du paragraphe 85(4.2) A.C.T.A. est avantageux.

Un groupe corporatif exploite une entreprise par le biais d'une société ayant un établissement stable uniquement au Québec (ci-après « Perteco2 »). La direction du groupe mettra fin aux activités de Perteco2 et estime que le solde de PAQC de Perteco2 à la suite de la liquidation de ses éléments d'actif au Québec sera de 2 M$ au fédéral et de 3,5 M$ au Québec. Le groupe corporatif n'exploite pas d'autre entreprise au Québec. Perteco2 ne pourra pas effectuer de report rétrospectif du solde de PAQC dont elle disposera à la suite de la liquidation de ses éléments d'actif au Québec.

Les dirigeants du groupe prévoient constituer un établissement stable en Alberta au cours de l'année d'imposition suivant l'année d'imposition au cours de laquelle les éléments d'actif de l'entreprise québécoise de Perteco2 seront liquidés. L'établissement stable albertain générerait un revenu imposable supérieur à 3,5 M$ au cours de sa première année d'imposition.

Si Perteco2 constitue l'établissement stable en Alberta, son solde d'ouverture de PAQC en Alberta sera de 3,5 M$ en vertu des paragraphes 85(4.2) et 85(4.3) A.C.T.A.

Avant l'ajout du paragraphe 85(4.2) A.C.T.A., le paragraphe 18(2) A.C.T.A. se serait appliqué et le solde d'ouverture de PAQC en Alberta aurait été de 2 M$ puisque ce paragraphe prévoyait que le solde d'ouverture de PAQC correspondait au solde de PAQC du fédéral.

L'ajout du paragraphe 85(4.2) A.C.T.A. aura donc permis, dans le cas présent, au groupe corporatif de disposer d'un solde supplémentaire de PAQC de 1,5 M$ au niveau provincial. L'attribut fiscal sera alors utilisé à 100 % au niveau provincial.

3.2. RÈGLES APPLICABLES EN ONTARIO

Tout comme en Alberta, les règles générales contenues dans la *Loi sur l'imposition des sociétés* de l'Ontario permettent à une société de bénéficier à plus de 100 % d'un attribut fiscal aux fins de l'impôt sur le revenu provincial. L'obtention d'un tel résultat nécessite généralement la présence des conditions suivantes :

- la société est assujettie à l'impôt sur le revenu de l'Ontario et à celui d'au moins une autre province;

- le pourcentage du revenu imposable de la société attribuable à l'Ontario varie d'une année donnée à une année subséquente; et

- pour une année d'imposition donnée, la société déduit un montant dans le calcul de son revenu ou de son revenu imposable aux fins de l'impôt sur le revenu de l'Ontario mais retarde la déduction de ce montant à une année d'imposition subséquente aux fins de l'impôt sur le revenu d'une autre province, ou vice versa.

Les règles prévues à l'article 5.2 L.I.S. visent à éviter qu'un attribut fiscal soit déduit à plus de 100 % au niveau provincial dans le cas où le pourcentage du revenu imposable d'une société attribuable à l'Ontario augmente d'une année donnée à une année subséquente. Les règles prévues à l'article 5.3 L.I.S. visent quant à elles à limiter l'obtention d'un tel résultat dans le cas où ce pourcentage diminue d'une année donnée à une année subséquente.

3.2.1. Situation où le pourcentage du revenu imposable d'une société attribuable à l'Ontario augmente d'une année donnée à une année subséquente – Application de l'article 5.2 L.I.S.

Les règles prévues à l'article 5.2 L.I.S. sont complexes. L'exemple suivant servira à illustrer leur fonctionnement.

Canco est une société canadienne imposable. Pour l'année d'imposition 2005, 10 % et 90 % de son revenu imposable est alloué à l'Ontario et au

Québec respectivement. Le revenu imposable de Canco en 2005, avant déduction des PAQC, est de 3 M$ en Ontario et au Québec. Au début de 2005, Canco disposait d'un solde de PAQC de 1 M$ en Ontario et au Québec. En 2005, Canco choisit de déduire ses PAQC de 1 M$ pour réduire son revenu imposable au Québec mais ne déduit aucune PAQC pour réduire son revenu imposable en Ontario. Compte tenu du fait que 90 % du revenu imposable de Canco est attribuable au Québec en 2005, l'utilisation des PAQC au Québec représente une déduction de 0,9 M$ (1 M$ × 90 %). À la fin de 2005, Canco aura des PAQC de 1 M$ en Ontario et son solde de PAQC sera nul au Québec. Pour l'année 2005, le taux d'imposition au Québec est de 9 % et celui en Ontario est de 14 %.

Au cours de l'année d'imposition 2006, à la suite d'une réorganisation géographique des activités de la société, le pourcentage du revenu imposable de Canco attribuable à l'Ontario augmentera de 10 % à 50 % et celui attribuable au Québec diminuera de 90 % à 50 %. En 2006, le revenu imposable de Canco, avant déduction des PAQC, est de 2 M$ en Ontario et au Québec. En 2006, Canco choisit de déduire ses PAQC de 1 M$ en Ontario. Aucune PAQC n'est déduite au Québec puisque le solde de PAQC au Québec est nul. Compte tenu du fait que 50 % du revenu imposable de Canco est attribuable en Ontario en 2006, l'utilisation des PAQC en Ontario représente une déduction de 0,5 M$ (1 M$ × 50 %). Pour l'année 2006, le taux d'imposition au Québec est de 10 % et celui en Ontario est de 14 %.

Ainsi, en vertu des règles générales prévues à la *Loi sur l'imposition des sociétés* de l'Ontario, sur une période de deux années, l'utilisation de PAQC de 1 M$ permettrait à Canco d'obtenir des déductions totalisant 1,4 M$ dans le calcul de son revenu imposable provincial, soit une déduction de 0,9 M$ en 2005 au Québec et une déduction de 0,5 M$ en 2006 en Ontario. Toutefois, dans le cas présent, l'article 5.2 L.I.S. fera en sorte que Canco ne pourra utiliser plus de 100 % du solde de PAQC de 1 M$ au provincial.

L'article 5.2 L.I.S. s'appliquera à une déduction donnée si les conditions suivantes sont remplies :

1) pour une année d'imposition donnée, une société déduit un montant inférieur au montant maximum qu'elle pourrait déduire dans le calcul de son revenu ou de son revenu imposable en vertu de la *Loi sur l'imposition des sociétés* de l'Ontario;

2) le revenu ou le revenu imposable de la société pour l'année d'imposition donnée en Ontario (compte non tenu de l'application de l'article 5.2 L.I.S.) doit être supérieur au revenu ou au revenu imposable de la société

d'une autre province parce qu'elle a choisi de se prévaloir d'une déduction donnée dans le calcul de son revenu ou de son revenu imposable de cette autre province et qu'elle a choisi de ne pas se prévaloir de cette déduction donnée en Ontario;

3) pour une année d'imposition subséquente à l'année d'imposition donnée, le pourcentage du revenu imposable de la société attribuable à l'Ontario doit être d'au moins 20 % supérieur à celui attribuable à l'année d'imposition donnée;

4) le total de tous les impôts provinciaux sur le revenu, pour toutes les années d'imposition qui commencent par l'année d'imposition donnée et qui se terminent dans l'année d'imposition subséquente, compte non tenu de l'application de l'article 5.2 L.I.S., est inférieur au total des impôts provinciaux sur le revenu pour cette même période, qui seraient payables si la déduction donnée avait été prise au cours de l'année donnée en Ontario; et

5) la diminution du montant total de l'impôt sur le revenu que la société est tenue de payer à une ou plusieurs provinces au cours d'une ou plusieurs années d'imposition est la principale raison pour laquelle la société a déduit un montant inférieur à ce qu'elle aurait pu déduire en vertu de la *Loi sur l'imposition des sociétés* de l'Ontario.

Dans l'exemple ci-dessus, la première condition est remplie car Canco était en mesure de déduire une PAQC de 1 M$ en Ontario en 2005 et a choisi de ne pas le faire.

La deuxième condition est remplie car le revenu imposable en 2005 en Ontario est supérieur à celui du Québec (3 M$ *versus* 2 M$) puisque des PAQC de 1 M$ ont été déduites au Québec et qu'aucune PAQC n'a été déduite en Ontario.

La troisième condition est remplie car le pourcentage du revenu imposable de Canco attribuable à l'Ontario est passé de 10 % à 50 % de 2005 à 2006, ce qui représente une augmentation de 500 %.

La quatrième condition est remplie puisque le total des impôts provinciaux pour les années 2005 et 2006, compte non tenu de l'application

de l'article 5.2 L.I.S., s'élève à 0,374 M$[21] alors que le total des impôts provinciaux pour les années 2005 et 2006 s'élèverait à 0,43 M$[22] si la PAQC avait été demandée en Ontario en 2005.

Dans la mesure où Canco a reporté l'utilisation de ses PAQC à 2006 en Ontario principalement pour diminuer le total de ses impôts provinciaux sur le revenu pour 2005 et 2006, la cinquième condition s'appliquera.

Dans ce cas, puisque l'ensemble des conditions d'application de l'article 5.2 L.I.S. est rempli, les règles prévues à cet article s'appliqueraient pour faire en sorte que le montant total de PAQC, déduit au niveau provincial, n'excède pas 100 % de la PAQC. Autrement, sans l'application de l'article 5.2 L.I.S., la PAQC serait déduite à 140 % (1,4 M$/1 M$) au niveau provincial.

Concrètement, en vertu de l'article 5.2 L.I.S., le revenu imposable en 2005 en Ontario serait rajusté à 2 M$ puisque Canco serait réputée avoir déduit la PAQC de 1 M$ en 2005. À la suite de l'application de l'article 5.2 L.I.S., la PAQC de 1 M$ serait déduite à 100 % au niveau provincial, soit 0,9 M$ au Québec et 0,1 M$ en Ontario, et les impôts supplémentaires totaux seraient de 0,056 M$, soit 0,4 M$ à 14 % d'impôt.

---

[21] **Calcul des impôts provinciaux en ne tenant pas compte de l'application de l'article 5.2 L.I.S.**

		M$
2005 Ontario :	3 M$ × 10 % × 14 % =	0,042
2005 Québec :	2 M$ × 90 % × 9 % =	0,162
2006 Ontario :	1 M$ × 50 % × 14 % =	0,07
2006 Québec :	2 M$ × 50 % × 10 % =	0,1
Impôts provinciaux pour 2005-2006		0,374

[22] **Calcul des impôts provinciaux compte tenu de l'article 5.2 L.I.S.**

		M$
2005 Ontario :	2 M$ × 10 % × 14 % =	0,028
2005 Québec :	2 M$ × 90 % × 9 % =	0,162
2006 Ontario :	2 M$ × 50 % × 14 % =	0,14
2006 Québec :	2 M$ × 50 % × 10 % =	0,1
Impôts provinciaux pour 2005-2006		0,43

3.2.2. Situation où le pourcentage du revenu imposable d'une société attribuable à l'Ontario diminue d'une année donnée à une année subséquente – Application de l'article 5.3 L.I.S.

Les règles prévues à l'article 5.3 L.I.S. visent également les situations où une société tente de déduire plus de 100 % d'une déduction dans le calcul de son revenu aux fins de l'impôt sur le revenu provincial.

À l'inverse de l'article 5.2 L.I.S., cet article s'applique lorsque le pourcentage du revenu imposable d'une société attribuable à l'Ontario diminue d'une année donnée à une année subséquente. L'article 5.3. L.I.S. ne vise que certaines déductions discrétionnaires pouvant être déduites dans le calcul du revenu. Les déductions discrétionnaires visées par l'article 5.3 L.I.S. comprennent notamment les provisions pour créances douteuses, les provisions pour garanties ainsi que les provisions pour marchandises à livrer ou services à rendre. L'application de l'article 5.3 L.I.S. peut être illustrée à l'aide de l'exemple suivant.

Canco est une société canadienne imposable. Pour l'année d'imposition 2005, 90 % et 10 % de son revenu imposable est alloué à l'Ontario et au Québec respectivement. Le revenu de Canco pour 2005 est de 3 M$ en Ontario et au Québec avant déduction d'une provision de 1 M$ pour des services qui devront être rendus après 2005 (ci-après « Provision »). Cette Provision est déductible, à la discrétion de Canco, en vertu de l'alinéa 20(1)m) L.I.R. et de ses équivalents provinciaux. En 2005, Canco choisit de déduire la Provision de 1 M$ dans le calcul de son revenu en Ontario, ce qui représente une déduction de 0,9 M$ (1 M$ × 90 %). Canco choisit de ne pas déduire cette Provision dans le calcul de son revenu de 2005 au Québec. Pour l'année 2005, le taux d'imposition au Québec est de 9 % et celui en Ontario est de 14 %.

En 2006, à la suite d'une réorganisation géographique des activités de la société, le pourcentage du revenu imposable de Canco attribuable à l'Ontario diminuera de 90 % à 50 % et celui attribuable au Québec augmentera de 10 % à 50 %. En 2006, le revenu de Canco est de 2 M$ en Ontario. Son revenu au Québec est également de 2 M$ avant déduction de la Provision de 1 M$ qui est toujours disponible au Québec. En 2006, Canco choisit de déduire la Provision de 1 M$ dans le calcul de son revenu au Québec, ce qui représente une déduction de 0,5 M$ (1 M$ × 50 %). Cette Provision n'est plus disponible en Ontario puisqu'elle a déjà été déduite en 2005. Pour l'année 2006, le taux d'imposition au Québec est de 10 % et celui en Ontario est de 14 %.

Ainsi, en vertu des règles générales prévues à la *Loi sur l'imposition des sociétés* de l'Ontario, sur une période de deux années, la déduction de la Provision de 1 M$ permettrait à Canco d'obtenir des déductions totalisant 1,4 M$ dans le calcul de son revenu provincial, soit une déduction de 0,9 M$ en 2005 en Ontario et une déduction de 0,5 M$ en 2006 au Québec. Toutefois, l'article 5.3 L.I.S. fera en sorte que Canco ne pourra pas déduire plus de 100 % de la Provision au provincial.

L'article 5.3 L.I.S. s'applique à une déduction donnée si les conditions suivantes sont remplies :

1) pour une année d'imposition donnée, le montant d'une déduction donnée déduit par la société dans le calcul de son revenu en Ontario est supérieur au montant déduit par la société au titre de cette déduction donnée dans une autre province;

2) pour une année d'imposition subséquente à l'année d'imposition donnée, le pourcentage du revenu imposable de la société attribuable à l'Ontario doit être d'au moins 20 % inférieur à celui attribuable à l'année d'imposition donnée;

3) la non-application de l'article 5.3 L.I.S. entraînerait la diminution de la somme des impôts sur le revenu provinciaux auxquels la société est assujettie pour la période allant de l'année d'imposition donnée à l'année d'imposition subséquente; et

4) il est raisonnable de présumer que la raison principale pour laquelle la société déduit des montants différents à l'égard de la déduction donnée est de diminuer le montant des impôts sur le revenu qu'elle est tenue de payer à une ou à plusieurs provinces au cours d'une ou plusieurs années d'imposition.

Dans l'exemple ci-dessus, la première condition est remplie car la Provision de 1 M$ déduite par Canco en Ontario est supérieure à la Provision déduite au Québec.

La deuxième condition est remplie car le pourcentage du revenu imposable attribuable à l'Ontario est passé de 90 % à 50 % de 2005 à 2006, ce qui représente une diminution de 44,4 %.

La troisième condition est remplie puisque le total des impôts provinciaux pour les années 2005 et 2006, compte non tenu de l'application de l'article 5.3 L.I.S., s'élève à 0,469 M$[23] alors que le total des impôts provinciaux pour les années 2005 et 2006 s'élèverait à 0,525 M$[24] si la Provision n'avait pas été demandée en Ontario en 2005.

Dans la mesure où Canco a reporté la déduction de la Provision de 1 M$ à 2006 au Québec principalement pour diminuer le total de ses impôts provinciaux pour 2005 et 2006, la quatrième condition sera remplie.

Dans ce cas, puisque l'ensemble des conditions d'application de l'article 5.3 L.I.S. est rempli, les règles prévues à cet article s'appliqueraient pour faire en sorte que le montant total de Provision déduit au niveau provincial n'excède pas 100 % du montant de la Provision. Autrement, sans l'application de l'article 5.3 L.I.S., la Provision serait déduite à 140 % (1,4 M$/1 M$) au niveau provincial.

Concrètement, en vertu de l'article 5.3 L.I.S., le revenu imposable en 2005 en Ontario serait rajusté à 1 M$ puisque Canco serait réputée ne pas avoir déduit la Provision en 2005. À la suite de l'application de l'article 5.3 L.I.S., la Provision de 1 M$ serait déduite à 100 % au niveau provincial, soit 0,5 M$ au Québec et 0,5 M$ en Ontario, et l'impôt supplémentaire serait de 0,056 M$, soit 0,4 M$ à 14 % d'impôt.

---

[23] **Calcul des impôts provinciaux en ne tenant pas compte de l'application de l'article 5.3 L.I.S.**

		M$
2005 Ontario :	2 M$ × 90 % × 14 % =	0,252
2005 Québec :	3 M$ × 10 % × 9 % =	0,027
2006 Ontario :	2 M$ × 50 % × 14 % =	0,14
2006 Québec :	1 M$ × 50 % × 10 % =	0,05
Impôts provinciaux pour 2005-2006		0,469

[24] **Calcul des impôts provinciaux compte tenu de l'application de l'article 5.3 L.I.S.**

		M$
2005 Ontario :	3 M$ × 90 % × 14 % =	0,378
2005 Québec :	3 M$ × 10 % × 9 % =	0,027
2006 Ontario :	1 M$ × 50 % × 14 % =	0,07
2006 Québec :	1 M$ × 50 % × 10 % =	0,05
Impôts provinciaux pour 2005-2006		0,525

3.3. RÈGLES APPLICABLES AU QUÉBEC

En ce qui a trait aux règles antiévitement visant à ce qu'un attribut fiscal ne soit pas utilisé à plus de 100 % au niveau provincial, les règles prévues à la législation québécoise sont moins sophistiquées que les règles ontariennes ou albertaines.

3.3.1. Interprétation par Revenu Québec des règles applicables au Québec

Dans le *Bulletin d'interprétation* IMP. 727-1/R1[25], Revenu Québec indique ce qui suit à l'égard du solde d'une PAQC subie par une société n'ayant pas d'établissement stable au Québec au cours de cette année.

> « En vertu de l'article 727 de la LI, une société qui subit une perte autre qu'une perte en capital dans une juridiction canadienne autre que le Québec au cours d'une année d'imposition donnée où elle n'a pas d'établissement au Québec, peut déduire cette perte dans le calcul de son revenu imposable pour une autre année d'imposition qui est l'une des trois années précédant l'année donnée, pourvu qu'elle ait un établissement au Québec dans cette autre année[26]. »

Il est permis de se demander comment Revenu Québec en arrive à interpréter l'article 727 L.I. de cette façon puisque cet article se lit comme suit : « Un contribuable peut déduire les pertes autres que les pertes en capital qu'il a subies au cours des dix années d'imposition qui précèdent et au cours des trois années d'imposition qui suivent l'année. »

La lecture de l'article 727 L.I. permet de penser que cet article ne s'applique qu'aux pertes subies au Québec puisque cet article ne mentionne aucune autre juridiction. Afin de clarifier son interprétation de l'article 727 L.I., Revenu Québec fournit l'exemple suivant dans le *Bulletin d'interprétation* IMP. 727-1/R1 :

> « Une société a un revenu imposable dans l'année 1 et tous ses revenus sont attribuables à son établissement au Québec.
>
> Dans l'année 2, la société quitte le Québec et continue d'exploiter son entreprise en Ontario. Elle n'a plus alors qu'un seul établissement situé en Ontario et tous ses revenus en proviennent. La société subit une perte dans l'année 2. Cette

---

25 REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP. 727-1/RI, « Report de perte d'une entreprise qui n'a pas d'établissement stable au Québec », 28 février 2006, par. 2.

26 *Id*.

> perte pourrait être déduite dans le calcul de son revenu imposable pour l'année 1 et la société pourrait être remboursée de l'impôt qu'elle aurait éventuellement payé au Québec pour cette dernière année d'imposition[27]. »

À la suite de la lecture du *Bulletin d'interprétation* IMP. 727-1/R1 et de l'article 727 L.I., on ne peut déterminer si le solde de PAQC qu'il est possible de reporter au Québec par une société n'ayant pas d'établissement stable au Québec au cours de cette année doit être celui du fédéral ou du provincial.

Selon la réponse fournie par Revenu Québec à la question 8 de la Table ronde sur la fiscalité provinciale du Congrès 2005 de l'APFF, il semble que le solde de début des attributs fiscaux au Québec correspond au solde du fédéral. Voici cette question et la réponse de Revenu Québec :

> « La société A est une société qui a un établissement stable uniquement au Québec. Une filiale détenue à 100 % par la société A (ci-après "société B") a un établissement stable uniquement en Ontario. Les sociétés A et B sont toutes les deux des sociétés canadiennes imposables. La société B est liquidée au cours de l'année dans la société A. La société B a plusieurs soldes fiscaux (par exemple: pertes en capital, pertes autres qu'en capital, solde de biens amortissables, montant cumulatif des immobilisations admissibles, frais de financement reportés selon l'alinéa 20(1)e) L.I.R.).
>
> **Question A)**
>
> À la suite de la liquidation, les soldes fiscaux de la société A peuvent-ils être augmentés des soldes fiscaux fédéraux de la société B?
>
> **Réponse**
>
> Les règles sur la liquidation d'une filiale canadienne prévues au chapitre VII du titre IX du livre III de la Partie I L.I. permettent, à notre avis, la prise en compte des soldes fiscaux d'une filiale n'ayant pas d'établissement au Québec, mais ayant un établissement dans une autre juridiction canadienne. Cette conclusion découle des articles 31 et 694 L.I., qui prennent en compte le contexte fiscal canadien en intégrant à la Loi sur les impôts des attributs fiscaux de contribuables non assujettis à l'impôt québécois, déterminés en vertu de la Loi de l'impôt sur le revenu et qui trouvent leur correspondance dans la Loi sur les impôts. Par conséquent, dans le cas que vous nous soumettez, le fait que la société B n'ait pas d'établissement au Québec n'empêche pas, en lui-même, la société A de bénéficier des présomptions prévues aux articles 559 et 564.2 L.I., si toutes les conditions prévues à ces articles sont par ailleurs remplies.

---

27 *Id*.

> Aux fins de l'application des articles 559 et 564.2 L.I., la société B devra déterminer respectivement le coût de chacun de ses biens et calculer ses pertes reportées conformément aux dispositions prévues par la Loi sur les impôts qui lui sont applicables en l'espèce. À cet égard, elle devra notamment tenir compte des articles 31 et 694 L.I., qui ont pour effet, en résumé, de considérer toute déduction accordée en vertu de la Loi de l'impôt sur le revenu à un contribuable non assujetti à l'impôt québécois comme lui ayant été accordée dans le calcul de son revenu ou de son revenu imposable, selon le cas, en vertu de la disposition correspondante de la Loi sur les impôts[28]. » (Notre soulignement)

Revenu Québec a également mentionné dans la lettre d'interprétation 04-010783[29] que l'article 31 L.I. fait en sorte qu'il y a une continuité au Québec à l'égard d'une provision pour gain en capital prise par un particulier résidant en Ontario qui a déménagé au Québec.

Selon Revenu Québec, ce sont les articles 31 et 694 L.I. qui font en sorte que les soldes de début des attributs fiscaux au Québec correspondent à ceux du fédéral, dans le cas où une société ayant un établissement stable ailleurs au Canada constitue un établissement stable au Québec. L'article 31 L.I. se lit comme suit :

> « 31. Déduction reportée accordée dans le calcul du revenu. – Aux fins de calculer le revenu d'un contribuable pour une année d'imposition, et sauf disposition contraire prescrite:
>
> a) toute déduction accordée au contribuable en vertu d'une disposition de la Loi de l'impôt sur le revenu (Lois révisées du Canada (1985), chapitre 1, 5e supplément) dans le calcul de son revenu pour une année d'imposition antérieure à l'égard de laquelle lui ou, s'il s'agit d'une société de personnes, chacun des membres n'était pas assujetti à l'impôt prévu par la présente partie, est réputée lui avoir été aussi accordée en vertu de la disposition correspondante de la présente partie dans le calcul de son revenu pour cette année antérieure;
>
> b) lorsque, pour l'application de la partie I de la Loi de l'impôt sur le revenu, le coût, le coût en capital ou le coût indiqué d'un bien, pour le contribuable, établi par suite de l'application d'une disposition donnée de cette loi à l'égard d'une opération ou d'un événement survenu au cours d'une année d'imposition antérieure décrite au paragraphe a, est différent de celui qu'il aurait alors été en l'absence de cette disposition, la disposition

---

[28] « Table ronde sur la fiscalité provinciale », dans *Congrès 2005*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2006, pp. 58:1-64, question 8., aux pages 58:16-17.

[29] REVENU QUÉBEC, lettre d'interprétation 04-010783, « Provision pour gain en capital », 18 avril 2005.

> correspondante de la présente partie est réputée, aux fins d'établir le coût, le coût en capital ou le coût indiqué, selon le cas, du bien pour le contribuable pour l'application de la présente partie, s'être appliquée à l'égard du bien au même moment et pour les mêmes montants que pour l'application de la disposition donnée à l'égard du bien. »

Alors que l'article 694 L.I. se lit comme suit :

> « 694. Revenu imposable à un contribuable. – Aux fins de calculer le revenu imposable d'un contribuable pour une année d'imposition, toute déduction accordée à ce contribuable en vertu d'une disposition d'une loi prescrite dans le calcul de son revenu imposable pour une année d'imposition antérieure à l'égard de laquelle il n'était pas assujetti à l'impôt prévu par la présente partie est réputée lui avoir été aussi accordée en vertu de la disposition correspondante de la présente partie dans le calcul de son revenu imposable pour cette année antérieure. » (Notre soulignement)

La seule loi prescrite en vertu de l'article 694R1 du *Règlement sur les impôts*[30] est la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Les Notes explicatives du Projet de loi 161[31] indiquent ce qui suit à propos de l'objet de l'article 31 L.I. :

> « L'article 31 de la loi a pour but d'empêcher qu'une déduction réclamée par un contribuable dans le calcul de son revenu en vertu de la Loi de l'impôt sur le revenu pour une année où il n'était pas assujetti à l'impôt du Québec, et qui a alors également servi à réduire le revenu servant à calculer l'impôt de la province où il était alors assujetti à l'impôt, puisse à nouveau être utilisée, lorsqu'il devient assujetti à l'impôt du Québec, pour réduire le revenu servant à calculer l'impôt du Québec[32]. »

À la lecture des articles 31 et 694 L.I., ainsi que des Notes explicatives relatives à l'article 31 L.I., il est clair que ces articles constituent des règles antiévitement qui ont pour but d'empêcher qu'une déduction prise par un contribuable lorsqu'il n'avait pas d'établissement stable au Québec soit prise une deuxième fois au Québec lorsqu'un établissement y est constitué.

Toutefois, la question à savoir si les articles 31 et 694 L.I. font en sorte que les soldes de début des attributs fiscaux au Québec correspondent à ceux du fédéral, lorsqu'une société ayant un établissement stable dans une autre

---

30 R.R.Q., 1981, c. I-3, r.1 et mod.

31 1997, c. 85.

32 *Id*.

province constitue un établissement stable au Québec, est ambiguë puisque ces articles ne font que présumer que les déductions qui ont été prises dans le passé au fédéral sont également présumées avoir été prises au Québec.

3.3.2. Règles applicables au Québec – Conclusions

À la suite de la lecture de la *Loi sur les impôts*, des Notes explicatives et des diverses interprétations publiées par Revenu Québec à l'égard des soldes d'ouverture au Québec lorsqu'une société ayant un ou des établissements stables ailleurs au Canada constitue un établissement stable au Québec, nous pouvons tirer les conclusions suivantes :

- Revenu Québec accepte, en faisant référence aux articles 31 et 694 L.I., que le solde d'ouverture des attributs fiscaux corresponde aux soldes fédéraux;

- les articles 31 et 694 L.I. sont des règles antiévitement visant à éviter que des attributs fiscaux soient déduits deux fois au niveau provincial;

- les articles 31 et 694 L.I. font uniquement référence à la *Loi de l'impôt sur le revenu* et non aux soldes des attributs fiscaux dans les autres provinces.

Ainsi, contrairement aux règles antiévitement prévues à l'*Alberta Corporate Tax Act* et à la *Loi sur l'imposition des sociétés* de l'Ontario, les règles antiévitement prévues à la *Loi sur les impôts* font uniquement référence à la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Il semble donc qu'une société qui choisirait de ne pas déduire un attribut fiscal au fédéral et de le déduire dans une autre province pourrait quand même avoir droit de déduire cet attribut fiscal au Québec après y avoir constitué un établissement stable[33].

[33] Il est à noter que la RGAÉ du Québec, prévue à l'article 1079.10 L.I., pourrait s'appliquer dans la situation décrite ci-dessus et que le présent article n'a pas pour objet de déterminer l'applicabilité de cette disposition à cette situation.

4. RÈGLES VISANT LES TRANSFERTS DE BIENS

4.1. LE « QUÉBEC SHUFFLE[34] » – TRANSFERT D'UN BIEN PAR UNE SOCIÉTÉ AYANT UN ÉTABLISSEMENT STABLE UNIQUEMENT AU QUÉBEC

Avant mars 1997, il était possible de mettre en place une planification afin de ne pas payer d'impôt provincial lors de la vente d'un bien en faveur d'un tiers. Les transactions entourant cette planification qui était communément appelée « Québec Shuffle » se résument ainsi.

Une société ayant un établissement stable uniquement au Québec (ci-après « Québeco ») détenait un bien avec une plus-value qu'elle souhaitait vendre à un tiers. Tout d'abord, Québeco disposait de ce bien en faveur d'une société sœur ayant un établissement stable uniquement en Ontario (ci-après « Ontarioco »). Les parties se prévalaient des dispositions de roulement du Québec prévues à l'article 518 L.I. et ne se prévalaient pas des dispositions de roulement au fédéral.

Par la suite, Ontarioco disposait du bien en faveur du tiers en franchise d'impôt puisque le coût fiscal (tant au fédéral qu'en Ontario) de ce bien était égal à sa juste valeur marchande (ci-après « JVM ») puisque les règles ontariennes prévoyaient que, dans un tel cas, le coût fiscal en Ontario était égal au coût fiscal au fédéral.

4.1.1. Règles mises en place par le Québec afin de contrer le « Québec Shuffle »

Afin de contrer le « Québec Shuffle », le Québec a introduit des mesures législatives qui s'appliquent aux roulements survenus après le 25 mars 1997. Depuis cette date, le préambule de l'article 518 L.I. mentionne qu'il est possible d'effectuer un roulement au Québec seulement si un roulement a été effectué au fédéral en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R. De plus, l'article 521.2 L.I. mentionne que la somme convenue aux fins d'un roulement au Québec doit correspondre à la somme convenue pour ce roulement au fédéral.

---

[34] Pour une analyse détaillée des règles entourant le « Québec Shuffle », voir le texte de Christian THERRIEN, « Fiscalité interprovinciale – Transfert de biens avec report d'impôt impliquant l'assiette fiscale de plus d'une province », dans *Congrès 97*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1998, pp. 16:1-20.

Toutefois, il est possible d'effectuer un roulement au Québec en ayant une somme convenue différente de celle du fédéral si les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 522 L.I. sont satisfaites. Ces conditions sont satisfaites si le cédant et le cessionnaire effectuent, au cours de l'année pendant laquelle l'aliénation survient, plus de 90 % de leurs affaires au Québec.

Enfin, depuis 2002, les règles de roulement du Québec ont été assouplies et les articles 522.1 à 522.5 L.I. ont été ajoutés afin de permettre un roulement ayant une somme convenue distincte de celle du fédéral dans le cas où la transaction ne vise pas un évitement total ou partiel de l'impôt provincial[35].

4.1.2. L'affaire *OGT Holdings*

L'affaire *OGT Holdings* traite d'un « Québec Shuffle » mis en place avant le 25 mars 1997. Québec a invoqué la RGAÉ afin d'imposer au Québec le gain latent sur un bien qui était détenu au Québec et pour lequel un « Québec Shuffle » avait été effectué. La Cour du Québec a conclu que la RGAÉ s'appliquait puisque :

- l'élimination totale de l'impôt provincial constituait un avantage fiscal;
- l'objet principal de la mise en place de ces opérations était d'éviter l'impôt;
- l'élimination de l'impôt plutôt que le report de l'impôt constituait un abus de l'article 518 L.I.

Cette affaire a été portée en appel.

Cette affaire démontre que les autorités fiscales sont prêtes à se servir de la RGAÉ pour des planifications fiscales jugées abusives ayant été effectuées avant l'introduction des règles antiévitement spécifiques.

---

[35] Pour une analyse détaillée de ces règles, voir le texte de Camil VACHON, « Pot-pourri fiscal en matière de réorganisation d'entreprise – Pièges à éviter et nouveautés », dans *Congrès 2003*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2004, pp. 30:1-54.

4.1.3. Introduction par le Manitoba de mesures rétroactives afin de contrer le « Québec Shuffle »

Il est à noter que le gouvernement du Manitoba a modifié en 1996 sa législation fiscale de façon rétroactive au 1er janvier 1992 afin que les gains accumulés sur des biens détenus au Manitoba et ayant été vendus à des tiers par le biais d'un « Québec Shuffle » soient imposés au Manitoba. Les propriétaires des Jets de Winnipeg qui avaient utilisé un « Québec Shuffle » lors de la vente de l'équipe ont fait les frais de ces mesures rétroactives.

5. INTRODUCTION DE MESURES RÉTROACTIVES AU QUÉBEC

Le 9 juin 2006, le Québec a décidé de suivre les traces du Manitoba et d'adopter à son tour des mesures ayant une application rétroactive en introduisant l'article 657.1.0.1 L.I. afin de contrer une planification où une fiducie était utilisée afin d'éviter l'impôt provincial. Selon le ministre du Revenu du Québec, M. Lawrence Bergman, il était acceptable dans ce cas d'adopter des mesures ayant un effet rétroactif puisqu'un avertissement sérieux avait été fait en 1998 aux contribuables qui souhaitaient utiliser une fiducie afin d'éviter l'impôt du Québec[36]. De plus, le ministère des Finances du Québec avait mentionné ce qui suit dans le *Bulletin d'information* 2002-8 :

> « Par ailleurs, des modifications législatives additionnelles pourraient aussi être apportées ultérieurement au régime fiscal applicable aux fiducies et à leurs bénéficiaires, si les modifications annoncées dans le présent bulletin d'information s'avéraient insuffisantes pour contrer les planifications fiscales jugées inappropriées par le ministère des Finances[37]. »

5.1. PLANIFICATION POSSIBLE AVANT L'INTRODUCTION DES MESURES RÉTROACTIVES AU QUÉBEC

Avant l'introduction de l'article 657.1.0.1 L.I., il était possible pour un groupe corporatif d'utiliser une fiducie québécoise ayant des bénéficiaires ne résidant pas au Québec afin d'éviter complètement l'impôt provincial. Cette situation avantageuse était rendue possible par le fait que les fiducies

---

[36] Tel qu'il est cité par Vincent BROUSSEAU-POULIOT, « Une loi rétroactive », *La Presse Affaires*, 30 août 2006, p. 4.

[37] QUÉBEC, ministère des Finances, *Bulletin d'information* 2002-8, « Annonce de modification visant à faciliter l'accès à diverses mesures fiscales ou à en assouplir l'application », 11 juillet 2002.

résidant au Québec pouvaient faire un choix fiscal différent au fédéral et au Québec. Ainsi, au fédéral, la fiducie québécoise pouvait faire le choix prévu aux paragraphes 104(13.1) et 104(13.2) L.I.R. et s'imposer sur le revenu payé ou devenu payable au bénéficiaire. Au Québec, le choix équivalent n'était pas fait. La fiducie québécoise était donc assujettie à l'impôt au fédéral mais n'avait pas de revenu ni d'impôt à payer au Québec. Le bénéficiaire, quant à lui, n'avait aucun impôt à payer au Québec ou dans sa province de résidence puisqu'il n'avait pas de revenus aux fins fédérales à la suite du choix effectué par la fiducie en vertu des paragraphes 104(13.1) et 104(13.2) L.I.R. Certains groupes corporatifs ont donc profité de cette situation pour mettre en place la planification suivante.

Une société mère (ci-après « MèreCo ») créait une fiducie résidant au Québec (ci-après « Fiducie ») dont le bénéficiaire était une société non résidente du Québec (ci-après « Bénéficiaire »). MèreCo effectuait une contribution de capital à la Fiducie et la Fiducie utilisait cette contribution pour faire un prêt avec intérêts avec une filiale de MèreCo (ci-après « FilialeCo »). Les intérêts de FilialeCo étaient déductibles de son revenu à un taux d'environ 31 % (nous avons utilisé les taux en vigueur au Québec à ce moment). Fiducie effectuait le choix prévu aux paragraphes 104(13.1) et 104(13.2) L.I.R. à l'égard du revenu qui était payé ou devenu payable à Bénéficiaire et n'effectuait pas le choix équivalent au Québec. Fiducie était donc redevable d'un impôt fédéral d'environ 24 % sur les revenus d'intérêts et n'avait aucun impôt provincial à payer sur ces revenus. Bénéficiaire n'avait quant à lui aucun impôt à payer sur les sommes reçues de Fiducie. Cette planification permettait aux groupes corporatifs ayant mis cette structure en place d'économiser environ 7 % d'impôt.

5.2. PROJET DE LOI ADOPTÉ PAR LE QUÉBEC AFIN DE CONTRER CETTE STRATÉGIE

Le nouvel article 657.1.0.1 L.I. fait en sorte que la déduction, dans le calcul du revenu de la fiducie aux fins québécoises, du montant payé ou devenu payable au bénéficiaire pour lequel un choix a été effectué conformément aux paragraphes 104(13.1) et 104(13.2) L.I.R., sera refusée. La fiducie ne sera donc plus en mesure d'effectuer un choix fiscal différent au fédéral et au Québec et sera tenue de payer l'impôt du Québec sur le revenu payé ou devenu payable au bénéficiaire.

Cette nouvelle disposition avec un effet rétroactif est très pénalisante pour les sociétés ayant mis en place cette structure de financement. Le revenu d'intérêts sera imposé de façon rétroactive dans la fiducie au taux d'environ 48 % alors qu'il donnait droit à une déduction (dans le cas où les

intérêts étaient déduits au Québec) à un taux d'environ 31 %. Selon *La Presse*, 150 fiducies ont été mises en place afin de profiter de cette planification et Revenu Québec réclamera 500 millions d'impôts à ces fiducies[38].

6. RÈGLES ANTIÉVITEMENT S'APPLIQUANT AUX PARTICULIERS

6.1. RÈGLES APPLICABLES AUX BÉNÉFICIAIRES QUÉBÉCOIS DE « FIDUCIES DÉSIGNÉES[39] »

Les fiducies ont été utilisées afin de transférer les revenus des particuliers d'une province à une autre. Le Québec, qui figure parmi les provinces canadiennes où les particuliers sont les plus taxés a fait les frais de ce genre de planification. Aussi, le 11 juillet 2002, le ministère des Finances du Québec a publié de nouvelles mesures visant à contrer le transfert de revenus en Alberta par des particuliers résidant au Québec qui avaient recours aux fiducies.

6.1.1. Planification possible avant l'introduction des règles québécoises s'appliquant aux « fiducies désignées »

Voici un exemple permettant d'illustrer cette planification. Un contribuable disposait d'un bien générateur de revenus en faveur d'une fiducie résidente de l'Alberta. Une fiducie exclusive en faveur du conjoint pouvait être utilisée pour que ce transfert s'effectue en franchise d'impôt en vertu des règles de roulement prévues au paragraphe 73(1) L.I.R., au sous-alinéa 73(1.01)c)(i) L.I.R. et à leur équivalent québécois.

Par la suite, le bien dont le contribuable avait disposé générait des revenus dans la fiducie. Ces revenus devaient être inclus dans le calcul du revenu du bénéficiaire s'ils étaient devenus payables ou avaient été payés au bénéficiaire dans l'année où ils avaient été gagnés.

Tel qu'il est mentionné à la section 5., les paragraphes 104(13.1) et 104(13.2) L.I.R. permettent à un fiduciaire d'exercer un choix afin que les

---

[38] Vincent BROUSSEAU-POULIOT, « Revenu Québec réclame 500 millions d'impôts impayés à 150 fiducies », *La Presse*, 31 mai 2006, p. A14 et *loc. cit*., note 36.

[39] Pour une analyse détaillée de ces règles, voir le texte de Stéphane LEBLANC, « Panel sur les fiducies – Partie B – Fiducies canadiennes hors Québec – Nouvelles mesures applicables à leurs bénéficiaires québécois », dans *Congrès 2003*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2004, pp. 39:32-44.

revenus et les gains en capital imposables de la fiducie soient imposés dans la fiducie, pour une année d'imposition, et ce, malgré le fait qu'ils soient devenus payables ou aient été payés au bénéficiaire. Un tel choix exercé en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* était alors reconnu par les autorités fiscales québécoises. Ce choix permettait au bénéficiaire québécois de rapatrier des revenus ou des gains en capital imposables d'une fiducie désignée tout en ne payant pas d'impôt québécois sur ces revenus ou gains en capital. Ainsi la fiducie était imposée sur ces revenus et gains en capital au taux d'impôt applicable en Alberta, soit la province de résidence de la fiducie.

6.1.2. Mesures mises en place par le Québec afin de contrecarrer cette planification

Les mesures, en vigueur depuis le 11 juillet 2002, annoncées par le ministère des Finances québécois font en sorte qu'il n'est plus possible pour un « bénéficiaire désigné[40] » québécois de bénéficier des conséquences favorables des choix faits par le fiduciaire d'une « fiducie désignée[41] » en vertu des paragraphes 104(13.1) et 104(13.2) L.I.R. puisque, à la suite de l'introduction des articles 671.5 à 671.10 L.I., ces choix ne sont plus reconnus aux fins du calcul de l'impôt québécois.

Selon ces règles, un « bénéficiaire désigné » d'une « fiducie désignée » doit dorénavant inclure, en vertu de l'article 671.7 L.I., dans le calcul de son revenu, tous les revenus et les gains en capital qui lui ont été payés ou qui lui sont devenus payables par la « fiducie désignée », et ce, sans égard à un choix exercé en vertu des paragraphes 104(13.1) et 104(13.2) L.I.R.

Pour prévenir un problème de double imposition, un mécanisme de crédit d'impôt non remboursable dans le calcul de l'impôt payable par le bénéficiaire est prévu à l'article 772.15 L.I. Cet article prévoit qu'un « bénéficiaire désigné » peut, pour une année d'imposition donnée, réclamer, à titre de crédit d'impôt non remboursable, un montant équivalant à l'impôt provincial payé par la « fiducie désignée » concernant les montants de revenus qui lui ont été payés ou qui lui sont devenus payables durant cette année.

---

40 Au sens de la définition prévue à l'article 671.5 L.I.

41 *Id*.

6.1.3. Annonce faite par Québec à l'égard de la mise en place de fiducies pour éviter l'impôt au Québec

La mise en garde faite par le ministère des Finances du Québec dans le *Bulletin d'information* 2002-8[42] indiquant que des modifications législatives additionnelles pourraient être mises en place s'il jugeait abusives des planifications utilisant des fiducies afin d'éviter de l'impôt au Québec s'applique également dans le cas de fiducies utilisées par des particuliers.

Les particuliers qui utiliseront une fiducie afin d'éviter de payer de l'impôt au Québec en mettant en place une planification autre que celle visée par les articles 671.5 à 671.10 L.I. devront être conscients qu'il est possible que Québec introduise des règles rétroactives afin de contrer cette planification.

De plus, le ministère des Finances du Québec mentionne dans le *Bulletin d'information* 2002-8[43] qu'une attention particulière sera apportée aux fiducies hors Québec ayant des bénéficiaires québécois afin de vérifier que ce sont réellement les fiduciaires ne résidant pas au Québec qui contrôlent la fiducie et qu'il émettra des cotisations aux fiducies dont il déterminera que le contrôle est exercé dans les faits par un résident du Québec.

---

42 QUÉBEC, ministère des Finances, *op. cit*., note 37.

43 *Id*.

FISCALITÉ DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

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

Josée Massicotte
Avocate
McMillan Binch Mendelsohn
s.e.n.c.r.l./s.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 21:3

1. TRAITEMENT DES SOMMES ENGAGÉES POUR ACQUÉRIR LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE 21:3

1.1. COMMENTAIRES GÉNÉRAUX 21:3
1.2. DROITS D'AUTEUR 21:5
1.2.1. Logiciels 21:7
1.3. MARQUES DE COMMERCE ET NOMS COMMERCIAUX 21:9
1.4. BREVETS 21:11
1.5. SAVOIR-FAIRE (*KNOW-HOW*) 21:14
1.5.1. *Know-how* ou *show-how* 21:18

2. PAIEMENTS À DES NON-RÉSIDENTS 21:21

2.1. IMPÔT DE LA PARTIE XIII L.I.R. 21:21

2.1.1. Sous-alinéa 212(1)d)(i) L.I.R. 21:25
2.1.2. Sous-alinéa 212(1)d)(ii) L.I.R. 21:26
2.1.3. Sous-alinéa 212(1)d)(iii) L.I.R. 21:26
2.1.4. Sous-alinéa 212(1)d)(iv) L.I.R. 21:27
2.1.5. Sous-alinéa 212(1)d)(v) L.I.R. 21:28
2.2. RÈGLEMENT 105 ..... 21:29

3. TRAITEMENT DES SOMMES REÇUES POUR LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE 21:34

3.1. COMMENTAIRES GÉNÉRAUX 21:34
3.2. DROITS D'AUTEUR 21:36
3.3. MARQUES DE COMMERCE 21:38
3.4. BREVETS 21:39
3.5. SAVOIR-FAIRE 21:40

4. TAXES À LA CONSOMMATION 21:41

4.1. COMMENTAIRES GÉNÉRAUX 21:41
4.2. DÉFINITION DE « PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE » 21:44
4.3. FOURNITURE D'UNE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE AU CANADA ET AU QUÉBEC 21:45
4.3.1. Canada 21:45
4.3.2. Québec 21:47
4.4. « EXPORTATION » DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE 21:49
4.5. « IMPORTATION » DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE 21:54

CONCLUSION 21:57

INTRODUCTION

La propriété intellectuelle, incluant les inventions, brevets, droits d'auteur, secrets industriels, marques de commerce et autres, ainsi que les droits d'utilisation découlant de ces biens font partie intégrante des transactions commerciales courantes. Les droits de propriété intellectuelle ont des répercussions sur notre vie de praticiens en matière fiscale en ce que la propriété intellectuelle doit être considérée, entre autres, dans les transactions de vente de produits ou de services, lors de transactions de vente d'entreprise, dans les contrats de franchise et de licence, dans les contrats de recherche et développement et aussi concernant les transferts et l'exploitation de diverses technologies.

L'objectif du présent texte est de passer en revue les aspects fiscaux dans les contextes de l'impôt et des taxes à la consommation qui s'appliquent à la propriété intellectuelle[1].

Tout d'abord, nous aborderons la partie impôt en discutant du traitement des sommes engagées pour acquérir la propriété intellectuelle. Par la suite, nous étudierons les paiements à des non-résidents, incluant l'impôt de la Partie XIII de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[2] et le paragraphe 105(1) du *Règlement de l'impôt sur le revenu*[3]. Nous verrons ensuite le traitement des sommes reçues pour la propriété intellectuelle. Finalement, nous discuterons des règles générales de la *Loi sur la taxe d'accise*[4] et de la *Loi sur la taxe de vente du Québec*[5] quant à l'application des taxes à la consommation.

1. TRAITEMENT DES SOMMES ENGAGÉES POUR ACQUÉRIR LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

1.1. COMMENTAIRES GÉNÉRAUX

Avant de revoir en détail les règles s'appliquant aux différents types de propriété intellectuelle, il convient de revoir certains principes généraux.

---

1 Dans le présent texte, nous n'aborderons pas en détail les questions se rapportant spécifiquement au commerce électronique.

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

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

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

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

De prime abord, le paiement d'une redevance[6] pour l'utilisation de la propriété intellectuelle dans l'année en cours afin de gagner du revenu constitue une dépense déductible dans l'année. Puisqu'une redevance est normalement payable en fonction du rythme d'utilisation du bien, le contribuable peut généralement démontrer que la déduction de cette redevance permet d'obtenir une image fidèle du bénéfice du contribuable pour l'année[7]. Pareillement, un paiement pour des services rendus dans l'année est généralement déductible. À l'opposé, le paiement d'une somme forfaitaire pour l'acquisition absolue et inconditionnelle de la propriété intellectuelle, en un ou plusieurs versements, constitue *a priori* une transaction de nature capital et il est donc non déductible en vertu de l'alinéa 18(1)b) L.I.R. Comme nous le verrons, plusieurs transactions se retrouvent entre ces deux pôles. Par exemple, le prix pour l'acquisition intégrale d'un brevet peut dépendre des ventes découlant de ce brevet et, à l'opposé, un droit d'utilisation peut être octroyé pour une somme forfaitaire.

Lorsque le propriétaire de la propriété intellectuelle octroie une licence, il faut examiner les termes de la convention de licence avant de déterminer si les sommes payées sont déductibles. En particulier, lorsqu'il s'agit d'une licence dite « exclusive »[8], il est fort probable que les sommes engagées soient de nature capital. Puisque l'octroi d'une licence dite « exclusive » s'apparente à une disposition complète de la propriété intellectuelle (ou du moins de certains attributs de celle-ci)[9].

Lorsque l'entreprise du contribuable consiste à développer et commercialiser la propriété intellectuelle, les coûts engagés reliés au développement du bien doivent généralement être ajoutés au coût des stocks.

---

6 On entend généralement par redevance un paiement dû au titulaire d'un brevet, d'un droit d'exploitation d'une mine et d'autres droits semblables et proportionnels à l'utilisation faite par la personne à qui le droit est conféré. Le terme « redevance » désigne également un paiement fait à un auteur ou compositeur relativement à chaque exemplaire de son œuvre qui est vendu. Voir *La Reine* c. *Saint John Ship Building & Dry Dock Co. Ltd*., [1981] 1 C.F. 334 (C.A.F.) (ci-après « *Saint John Ship Building* »).

7 *Canderel Ltée* c. *Canada*, [1998] 1 R.C.S. 147.

8 L'expression « licence exclusive » fait généralement référence à l'octroi d'une permission d'exploiter ou d'utiliser l'objet de la convention, en contrepartie de l'obligation pour le propriétaire de ne pas octroyer de pareille licence à d'autres ni d'exploiter ou d'utiliser l'objet lui-même.

9 Voir par exemple les principes énoncés dans *Canadian General Electric Co. Ltd.* c. *La Reine*, 87 D.T.C. 5070 (C.A.F.) (ci-après « *Canadian General Electric* »).

Par exemple, un contribuable exploitant une entreprise de développement et de vente de logiciels doit, sauf dans les cas visés par l'article 37 L.I.R. (recherche scientifique et développement expérimental (ci-après « RS & DE »)), inclure dans les stocks les frais reliés à la mise au point et à la production des logiciels qui sont au stade de travaux en cours et ceux qui sont terminés et qu'il a en main à la fin de l'exercice financier[10].

Les règles de l'article 37 L.I.R., qui ne seront pas abordées dans le présent texte, présentent un intérêt particulier pour les contribuables qui développent de la propriété intellectuelle, particulièrement des brevets et, de façon plus générale, du savoir-faire. Cette disposition permet au contribuable de déduire des dépenses de RS & DE dans l'année où elles sont engagées ou dans toute année ultérieure.

Les sommes qu'un contribuable a engagées pour des démarches auprès d'un gouvernement ou d'un organisme gouvernemental, y compris toute démarche faite pour obtenir une licence, un permis, une concession ou un brevet, sont déductibles dans l'année en vertu de l'alinéa 20(1)cc) L.I.R.[11] Par contre, les frais juridiques engagés pour acquérir, par exemple, un brevet existant d'un tiers ne peuvent pas être déduits en vertu de l'alinéa 20(1)cc) L.I.R. et devront normalement être capitalisés dans le coût du bien acquis[12].

1.2. DROITS D'AUTEUR

Le droit d'auteur protège le créateur d'une œuvre originale artistique, littéraire, dramatique ou musicale. Le droit d'auteur protège toutes les œuvres, peu importe leur mérite artistique, et protège donc les documents d'entreprise, les banques de données électroniques, les manuels d'instructions et, comme nous le verrons, les logiciels. Le droit d'auteur existe en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur*[13]. Le paragraphe 3(1) L.D.A. prévoit que le droit d'auteur sur l'œuvre comporte le droit exclusif de produire ou reproduire l'œuvre, sous une forme matérielle quelconque, de

---

10 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-283R2, « Déduction pour amortissement – Bandes magnétoscopiques, bandes vidéo, films, logiciels et supports d'enregistrement », 16 février 1990, par. 13.

11 Si le contribuable fait le choix du paragraphe 20(9) L.I.R., ces frais peuvent être capitalisés et amortis sur 10 ans.

12 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2001-0109617, 4 décembre 2001.

13 L.R.C., c. C-42 (ci-après « L.D.A. »).

l'exécuter ou de la représenter en public et, si l'œuvre n'est pas publiée, de la publier.

Les connaissances techniques en tant que telles constituent du « savoir-faire », mais ne bénéficient généralement pas de la protection du droit d'auteur.

Même lorsque l'œuvre est publiée, le droit d'auteur porte sur la manifestation de l'œuvre et non sur les idées qui y sont exprimées. Cette distinction importante a fait l'objet d'un litige hautement médiatisé impliquant Dan Brown, l'auteur du *Code Da Vinci*. Dans sa décision en faveur de Dan Brown, la Haute Cour d'Angleterre a jugé que M. Brown n'avait pas enfreint le droit d'auteur même s'il s'était inspiré d'un ouvrage historique que les plaignants avaient publié auparavant[14].

Contrairement à ces questions qui soulèvent des débats enflammés, le traitement fiscal du droit d'auteur est relativement bien établi. Le traitement pour l'acquéreur d'un droit d'auteur dépend de la période pendant laquelle le droit subsiste. Si l'auteur est encore vivant, le droit d'auteur subsiste pendant la vie de l'auteur, puis jusqu'à la fin de la cinquantième année suivant celle de son décès[15]. Dans ce cas, le droit d'auteur constitue une immobilisation admissible et les trois quarts du coût d'acquisition constituent une dépense en capital admissible[16]. Le droit d'auteur ne peut pas en effet constituer un bien amortissable de la catégorie 14, puisque sa durée n'est pas déterminée. Par contre, lorsque l'auteur est décédé, ou lorsqu'il s'agit d'une œuvre préparée ou publiée par l'entremise, sous la direction ou la surveillance du gouvernement ou d'un ministère[17], le droit d'auteur a une durée déterminée et constitue donc un bien de la catégorie 14, amortissable sur une base linéaire sur la durée de vie utile restante du droit. Lorsque l'auteur est employé par une autre personne et que l'œuvre est exécutée dans l'exercice de cet emploi, l'employeur est, à moins de stipulation contraire, le premier **titulaire** du droit d'auteur[18]. Toutefois, la durée du droit d'auteur demeure

---

14 *Baignent and Leish* c. *Randam House Group Ltd*., [2006] All E.R. (D) 113.

15 Art. 6. L.D.A.

16 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-477, « Déductions pour amortissement – Brevets, concessions et permis », octobre 2001, par. 14.

17 Art. 12 L.D.A. : le droit d'auteur subsiste jusqu'à la fin de la cinquantième année suivant celle de la première publication de l'œuvre.

18 Voir le paragraphe 13(3) L.D.A.; toutefois, lorsque l'œuvre est un article ou une autre contribution à un journal, à une revue ou à un périodique du même genre,

(à suivre…)

déterminée en fonction de la vie de l'auteur et l'acquisition de ce droit devrait donc constituer une dépense en capital admissible.

Lorsque l'auteur cède le droit d'auteur ou accorde une licence à un tiers en échange d'une redevance annuelle, le paiement de cette redevance devrait représenter une dépense d'exploitation. Par exemple, dans la cause *Frontenac Shoe Ltée* c. *MRN*[19], la Cour a statué que le paiement d'une redevance de 3,5 % des ventes en paiement du prix d'achat d'un droit d'auteur sur un catalogue représentait une dépense d'exploitation déductible dans l'année. La Cour a d'abord reconnu qu'en principe, un droit d'auteur constitue un actif qui donne à son propriétaire un avantage durable. Par contre, elle note que les paiements n'étaient exigibles que si le contribuable continuait à vendre directement à ses clients (grâce au catalogue). Ces paiements ne conféraient donc rien de permanent au contribuable. Notons enfin que la redevance représentait une dépense d'exploitation même si elle était payée en contrepartie d'une cession complète du droit d'auteur.

1.2.1. Logiciels

Le droit d'auteur est important dans le monde des affaires notamment en raison de la protection que ce droit accorde aux logiciels[20]. Un logiciel constitue en effet une « œuvre littéraire » au sens de la *Loi sur le droit d'auteur*[21]. Même si le logiciel est protégé par le droit d'auteur, les règles fiscales s'y appliquant diffèrent de celles qui s'appliquent au droit d'auteur sur les autres types d'œuvres.

(…suite)
l'auteur, en l'absence de convention contraire, est réputé posséder le droit d'interdire la publication de cette oeuvre ailleurs que dans un journal, une revue ou un périodique semblable.

19 63 D.T.C. 1129 (C. de l'É.) (ci-après « *Frontenac Shoe Ltée* »).

20 La protection juridique d'un logiciel découle aussi de la convention de licence en vertu de laquelle le logiciel est vendu, cette dernière posant généralement des restrictions additionnelles à celles imposées par la législation sur le droit d'auteur.

21 Art. 2 L.D.A. Cet article définit un « programme d'ordinateur » comme un « ensemble d'instructions ou d'énoncés destinés, quelle que soit la façon dont ils sont exprimés, fixés, incorporés ou emmagasinés, à être utilisés directement ou indirectement dans un ordinateur en vue d'un résultat particulier ».

Comme pour les autres formes de propriété intellectuelle, il faut déterminer la nature, l'objet et la durée de vie prévue du logiciel afin de déterminer si son coût d'acquisition doit être déduit dans l'année ou capitalisé.

Dans le *Bulletin d'interprétation* IT-283R2[22], l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») indique qu'un logiciel est considéré comme un bien « durable » si l'on prévoit qu'il aura une durée utile de plus d'un an. L'ARC a réitéré cette position récemment dans une interprétation technique[23]. Un logiciel de préparation de déclarations de revenus est un exemple classique de logiciel dont le coût d'acquisition constitue une dépense courante.

Dans la cause *Central Amusement Co. Ltd.* c. *La Reine*[24], le contribuable exploitait des arcades et louait des machines de jeux vidéo à des commerçants. Les machines de jeux vidéo avaient une vie utile très longue. Cependant, pour demeurer compétitif et pour satisfaire sa clientèle, le contribuable changeait, tous les six à huit mois, les circuits de ses machines pour offrir une plus grande variété de jeux. Il jetait les circuits qu'il remplaçait. La Cour a jugé que les sommes payées pour l'achat de ces kits de remplacement constituaient une dépense courante, puisque la vie utile de ces kits était temporaire. La Cour a donc mis l'accent sur la **durée de vie économique effective du logiciel pour le contribuable**. Comme les adeptes maîtrisaient rapidement les jeux vidéo, il était nécessaire de les remplacer constamment afin de préserver l'intérêt de sa clientèle, même si les jeux n'étaient pas pour autant désuets.

Lorsque le coût d'un logiciel ne constitue pas une dépense courante, le logiciel constitue normalement un bien amortissable.

---

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

23 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2004-0071561E5, 23 juin 2004.

24 92 D.T.C. 6225 (C.F.).

Les logiciels[25] font généralement partie de la catégorie 12 (100 %), sauf s'il s'agit d'un « logiciel de système » qui est dans la catégorie 45 (45 %)[26]. Ainsi, les logiciels d'application comme les chiffriers et les traitements de texte sont dans la catégorie 12, alors que les systèmes d'exploitation et de réseaux font partie de la catégorie 45. Même si le taux applicable à la catégorie 12 est de 100 %, l'effet de la règle de la demi-année[27] fait en sorte que le coût du logiciel doit être amorti sur une période de deux ans.

L'inclusion de la plupart des logiciels dans la catégorie 12 a entraîné la naissance d'une industrie d'abris fiscaux ayant comme objet les logiciels. Cette industrie a été freinée en partie en 1997 avec l'introduction du paragraphe 1100(20.1) R.I.R.[28] L'ARC s'est par ailleurs attaquée aux abris fiscaux concernant les logiciels et plusieurs affaires ont été portées devant les tribunaux[29].

1.3. MARQUES DE COMMERCE ET NOMS COMMERCIAUX

Une marque de commerce – par exemple *COCA-COLA* – est un symbole, un dessin ou une expression qui vise à distinguer les produits de son détenteur (et des personnes à qui il a octroyé une licence) de ceux des concurrents. Les marques de commerce et les noms commerciaux jouissent d'une certaine protection en vertu du droit privé, mais surtout d'une

---

25 Le paragraphe 1104(2) R.I.R. prévoit qu'un « logiciel comprend un droit ou une licence pour l'utilisation de logiciels ». Bien qu'une licence d'une durée limitée soit normalement incluse dans la catégorie 14, l'alinéa d) exclut spécifiquement « une licence pour l'utilisation de logiciel ». Ainsi, dans AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit*., note 23, l'ARC a confirmé que le montant payé pour une licence de trois ans pour l'utilisation d'un logiciel de transactions d'actions constituait un bien de la catégorie 12.

26 Tel qu'il est défini au paragraphe 1104(2) R.I.R.

27 Par. 1100(2) R.I.R.

28 Cette mesure limite la déduction pour amortissement (ci-après « DPA ») d'un contribuable au titre d'un logiciel constituant un « abri fiscal déterminé » (au sens du paragraphe 143.2(1) L.I.R.) au revenu du contribuable provenant d'une entreprise dans laquelle le logiciel est utilisé (calculé en ne tenant pas compte de la DPA demandée au titre du logiciel). Le paragraphe 1101(5r) R.I.R. prévoit qu'un tel logiciel constitue une catégorie distincte. Cette règle est semblable à celles s'appliquant aux biens de location.

29 Voir par exemple *Brown* c. *MRN*, [2003] 3 C.T.C. 351 (C.A.F.); *McCoy* c. *MRN*, [2003] 4 C.T.C. 2607 (C.C.I.); *CIT Financial Ltd.* c. *MRN*, [2004] 4 C.T.C. 9 (C.A.F.) et *Morley* c. *MRN*, [2004] 3 C.T.C. 2153 (C.C.I.).

protection statutaire spécifique en vertu de la *Loi sur les marques de commerce*[30]. Contrairement au droit d'auteur, la protection d'une marque de commerce ne découle pas de sa création. Contrairement aux brevets, les marques de commerce ne doivent pas répondre à un critère de nouveauté[31]. C'est l'emploi d'une marque et son caractère distinctif qui confèrent à son détenteur le droit de l'enregistrer en vertu de la *Loi sur les marques de commerce*. L'enregistrement d'une marque de commerce à l'égard de marchandises ou de services donne au propriétaire le droit exclusif à l'emploi de celle-ci, dans tout le Canada, en ce qui concerne ces marchandises ou services[32]. Par ailleurs, nul ne peut employer une marque de commerce déposée d'une manière susceptible d'entraîner la diminution de la valeur de l'achalandage attaché à cette marque de commerce[33].

Un nom commercial est le nom sous lequel une entreprise est exercée, qu'il s'agisse ou non d'une personne morale, d'une société de personnes ou d'un particulier[34].

Le coût d'acquisition d'une marque de commerce constitue normalement une dépense en capital admissible[35]. Puisque les droits découlant d'une marque de commerce ont une durée indéterminée et potentiellement infinie[36], de tels droits ne peuvent pas constituer un bien amortissable de la catégorie 14.

Lorsque le droit d'employer une marque de commerce découle d'une convention de licence non exclusive, par exemple dans le contexte d'une relation de franchise, les sommes engagées par le détenteur de la licence

---

30 L.R.C. (1985), c. T-13 (ci-après « L.M.C. »).

31 Par exemple, une expression existante de la langue française peut constituer une marque de commerce pour des marchandises ou des services donnés.

32 Art. 19 L.M.C.

33 Par. 22(1) L.M.C.

34 Art. 2 L.M.C.

35 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-143R3, « Sens de l'expression "dépense en capital admissible" », 29 août 2002, par. 10.

36 En vertu de l'article 46 L.M.C., l'enregistrement d'une marque de commerce tient pour une période de 15 ans mais peut être renouvelé indéfiniment. Par ailleurs, l'article 45 L.M.C. prévoit que le défaut d'employer une marque de commerce pour une période de trois ans peut donner lieu à la radiation de cette marque du registre.

devraient être déductibles dans l'année, notamment si elles prennent la forme d'une redevance annuelle.

Puisqu'un nom commercial est généralement inséparable de l'achalandage d'une entreprise[37], le coût d'acquisition d'un nom commercial fait normalement partie intégrante de l'acquisition de l'achalandage se rattachant à une entreprise et constitue donc une dépense en capital admissible.

1.4. BREVETS

Un brevet représente un monopole de durée limitée octroyé par l'État pour une invention. Au Canada, les brevets sont octroyés en vertu de la *Loi sur les brevets*[38]. Une invention est définie comme « toute réalisation, tout procédé, toute machine, fabrication ou composition de matières, ainsi que tout perfectionnement de l'un d'eux, présentant le caractère de la nouveauté et de l'utilité »[39]. L'octroi d'un brevet accorde à son détenteur, pour la durée du brevet, le droit exclusif de fabriquer, construire, exploiter et vendre à d'autres, pour qu'ils l'exploitent, l'objet de l'invention[40]. La durée d'un brevet délivré sur une demande déposée le 1er octobre 1989 ou par la suite est de 20 ans à compter de la date de dépôt de cette demande; les brevets déposés avant cette date ont une durée de 17 ans à compter de la date à laquelle ils sont délivrés. Le paragraphe 50(1) L.B. prévoit qu'un brevet est cessible, soit pour la totalité, soit pour une partie de l'intérêt, au moyen d'un acte par écrit. Ainsi, il est possible de diviser l'ensemble des droits découlant d'un brevet, par exemple sur une base territoriale, et de n'en céder qu'une partie.

Un brevet (canadien ou étranger) constitue un bien amortissable aux fins fiscales. Par contre, une DPA ne peut être demandée à l'égard des coûts

---

37 Voir par exemple *No. 728* c. *MRN*, 61 D.T.C. 34 (C.A.I.). Un pareil argument ne semble pas possible pour les marques de commerce puisque le paragraphe 48(1) L.M.C. prévoit ceci :

> « Une marque de commerce, déposée ou non, est transférable et est réputée avoir toujours été transférable, soit à l'égard de l'achalandage de l'entreprise, soit isolément, et soit à l'égard de la totalité, soit à l'égard de quelques-uns des services ou marchandises en liaison avec lesquels elle a été employée. »

38 L.R.C. (1985), c. P-4 (ci-après « L.B. »).

39 Art. 2 L.B.

40 Art. 42 L.B.

engagés pour obtenir un brevet qui n'a pas été accordé. De telles sommes devraient constituer une dépense en capital admissible[41].

Il faut déterminer le coût en capital d'un brevet afin de calculer le montant de la DPA qui s'y rattache. Le coût en capital d'un brevet pour son premier détenteur devrait comprendre les dépenses relatives aux recherches, à la conception et à la mise au point engagées pour découvrir, concevoir ou mettre au point la réalisation faisant l'objet du brevet, dans la mesure où ces dépenses n'ont pas déjà été déduites à titre de dépenses relatives à la recherche scientifique en vertu de l'article 37 L.I.R.[42] ou de dépenses ordinaires d'exploitation. Soulignons que l'ARC reconnaît dans le *Bulletin d'interprétation* IT-477 qu'il existe des circonstances dans lesquelles des dépenses relatives au développement d'un brevet sont pleinement déductibles. Pensons par analogie à l'affaire *Bowater Power Co. Ltd.* c. *MRN*[43] où la Cour a jugé que, compte tenu des réalités industrielles et commerciales en cause, des dépenses pour des frais de recherche et d'études techniques portant sur le coût de production d'énergie supplémentaire et sur l'emplacement d'usines étaient déductibles, puisque l'entreprise nécessitait une estimation et une évaluation continuelles de ses ressources en énergie et de ses modes d'exploitation. Nous ne sommes pas sans savoir, cependant, que certaines décisions subséquentes n'ont pas suivi la position de la Cour fédérale dans l'affaire *Bowater Power Co. Ltd.*, notamment au motif que cette décision a été rendue en vertu de l'ancienne loi qui ne permettait aucune déduction pour les immobilisations admissibles[44].

Certaines dépenses relatives à l'obtention du brevet sont déductibles en vertu de l'alinéa 20(1)cc) L.I.R., notamment les frais juridiques et d'agents de brevets relatifs à la préparation et au suivi de la demande d'application du brevet de même que les frais relatifs à l'obtention et à la préparation des informations sur lesquelles cette demande est fondée[45]. Si les démarches portent fruit et qu'un brevet est émis, les frais feront également partie de son

---

41 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit*., note 35, par. 11.

42 Al. 1102(1)d) R.I.R.

43 71 D.T.C. 5469 (C.F.) (ci-après « *Bowater Power Co. Ltd*. »).

44 Voir par exemple *Rona Inc.* c. *La Reine*, 2003 D.T.C. 979 (C.C.I.) (ci-après « *Rona* »).

45 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2001-0109617, 4 décembre 2001. Par contre, selon l'ARC, les frais d'enregistrement payés à l'autorité émettant les brevets ne sont pas déductibles en vertu de l'alinéa 20(1)cc) L.I.R. et doivent être capitalisés dans le coût du brevet.

coût en capital puisque de telles dépenses, bien que déductibles, ne perdent pas pour autant leur nature capital[46]. Les frais de représentation seront alors réputés, conformément au paragraphe 13(12) L.I.R., avoir été admis à titre de DPA. En conséquence, ces sommes pourraient donner lieu à de la récupération d'amortissement additionnelle lors de la revente du brevet. Si les démarches en vue d'obtenir un brevet s'avèrent infructueuses, le paragraphe 13(12) L.I.R. ne s'applique pas puisque aucun bien amortissable n'a été acquis.

Un brevet ou un droit permettant l'utilisation de renseignements brevetés (par exemple, un droit accordé en vertu d'une convention de licence) pour une durée limitée ou non fait partie de la catégorie 44 et donne droit à une DPA annuelle au taux de 25 % calculée sur une base dégressive.

Le paragraphe 1103(2h) R.I.R. prévoit qu'un contribuable peut choisir d'exclure un bien de la catégorie 44. En pareil cas, à cause de sa durée limitée, le brevet sera admissible à titre de bien de la catégorie 14. Le montant déductible à l'égard des biens de la catégorie 14 est établi, conformément à l'alinéa 1100(1)c) R.I.R., en répartissant sur une base linéaire, jour par jour, le coût en capital de chaque bien de la catégorie sur sa durée utile restante au moment où le coût a été engagé. Il faut donc vérifier cas par cas s'il est avantageux de faire le choix d'exclure un brevet de la catégorie 44. Lorsqu'un brevet est acquis au début de sa vie utile (et qu'il reste, par exemple, 17 ans avant son expiration), la catégorie 44 donnera lieu à une DPA plus importante dans les premières années. Par contre, si le brevet est acquis d'un tiers quelques années (normalement moins de cinq ans) avant son expiration, le choix d'exclure le brevet de la catégorie 44 devrait être avantageux puisque la catégorie 14 offrira des déductions plus importantes au cours des premières années et fera en sorte que le montant total engagé sera déductible sur la durée de vie utile restante du brevet. En évaluant les avantages et les inconvénients du choix d'exclure un bien de la catégorie 44, il faut aussi tenir compte que la règle de la demi-année[47] et la règle exigeant que la DPA soit réduite au prorata pour les années comprenant moins de 365 jours[48] s'appliquent aux biens de la catégorie 44 mais ne s'appliquent pas aux biens de la catégorie 14.

---

46 Le paragraphe 20(1) L.I.R. s'applique malgré l'alinéa 18(1)b) L.I.R.

47 Par. 1100(2) R.I.R.

48 Par. 1100(3) R.I.R.

Lorsque le contrat d'acquisition du brevet comporte une clause relative à la capacité de gain ou *earn-out* (et donc que le coût du brevet est établi en partie ou en totalité d'après l'usage qui en est fait), le contribuable peut choisir, en vertu du paragraphe 1100(9) R.I.R. (pour la catégorie 14) et du paragraphe 1100(9.1) R.I.R. (pour la catégorie 44), de déduire la portion « variable » du coût du brevet à titre de DPA additionnelle dans l'année où cette portion devient exigible. En l'absence de ce choix, il semble que la portion variable du coût d'un brevet devrait être ajoutée au coût en capital du brevet dans l'année où ce montant devient déterminable de sorte que la DPA pour cette année et les années ultérieures augmentera selon les règles s'appliquant normalement à la catégorie[49]. Il faut remarquer que, dans ces conditions, un montant annuel calculé sur la base de l'utilisation pourra faire l'objet d'une récupération. Notons par contre que le choix prévu aux paragraphes 1100(9) et 1100(9.1) R.I.R. présuppose que les redevances établies d'après l'usage devraient par ailleurs être capitalisées. Or, comme nous l'avons vu, des redevances payées en fonction de l'usage, particulièrement pour une licence non exclusive, peuvent être déductibles à titre de dépense courante.

L'ARC considère que, lorsqu'un contribuable paie une somme à une personne non pas pour un brevet, mais pour avoir le droit de déposer une demande de brevet à la place de cette personne, cette somme ne représente pas un bien amortissable de la catégorie 14 ou de la catégorie 44, mais plutôt une dépense en capital admissible[50]. En pareil cas, il serait vraisemblablement avantageux de reporter la transaction après l'émission du brevet.

1.5. SAVOIR-FAIRE (*KNOW-HOW*)

La difficulté reliée à l'imposition des transactions impliquant le savoir-faire découle du fait qu'il s'agit d'un concept difficile à délimiter puisque, contrairement aux autres formes de propriété intellectuelle, le savoir-faire ne bénéficie pas d'un régime statutaire spécifique[51]. Il s'agit en quelque sorte

---

49 Le paragraphe 1100(9) R.I.R. ne s'applique qu'aux brevets en tant que tels, mais non à aucun autre bien de la catégorie 14 (y compris une licence pour un brevet). Par contre, le paragraphe 1100(9.1) R.I.R. s'applique aussi aux « droits permettant l'utilisation de renseignements brevetés », ce qui devrait inclure les droits découlant d'une convention de licence.

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

51 Le savoir-faire englobe des secrets commerciaux. Ces derniers peuvent faire l'objet d'une protection contractuelle par le biais, notamment, d'une clause de non-concurrence ou encore d'une protection légale, comme c'est le cas de l'obligation de

(à suivre…)

d'une catégorie fourre-tout qui englobe, par exemple, une formule secrète qui aurait pu faire l'objet d'un brevet mais que les inventeurs ont préféré garder confidentielle ou encore un ensemble de connaissances qui n'ont pas été constatées par écrit ou autrement (et ne bénéficient donc pas de la protection du droit d'auteur). Le « transfert » de savoir-faire a souvent lieu dans le contexte de transactions entre parties liées (par exemple, entre une société mère étrangère et sa filiale canadienne) ou dans le cadre d'une relation commerciale plus large (notamment dans le contexte d'une relation franchiseur-franchisé).

L'ARC définit le concept de « connaissances techniques » dans le *Bulletin d'interprétation* IT-303 comme suit :

> « Il n'existe pas de définition exhaustive d'un paiement fait en échange de "connaissances techniques" mais aux fins du présent bulletin, le Ministère le considère comme une somme versée en échange de connaissances, d'aptitudes ou de méthodes spéciales qui sont jugées avantageuses dans l'exploitation d'une entreprise particulière. Il peut s'agir de connaissances techniques nées de l'expérience, de compétences ou de recherches qui se concrétisent dans des bleus, des esquisses, des devis, des plans d'aménagement d'usines, des dessins, des formules ou des procédés secrets[52]. »

De son côté, la Cour canadienne de l'impôt a cité la définition suivante dans l'affaire *Hasbro Canada Inc.* c. *MRN* :

> « […] "know-how" is all the undivulged technical information, whether capable of being patented or not, that is necessary for the industrial reproduction of a product or process, directly and under the same conditions: inasmuch as it is derived from experience, know-how represents what a manufacturer cannot now from mere examination of the product and mere knowledge of the progress of technique. In the know-how contract, one of the parties agrees to impart to the other, so that he can use them for his own account, his special knowledge and experience which remain unrevealed to the public. It is recognised that the grantor is not required to play any part himself in the application of the formulas granted to the licensee and that he does not guarantee the result thereof. This type of contract thus differs from contracts for the provision of services, in

(…suite)
loyauté d'un employé envers son employeur. Ils ne sont toutefois pas protégés du simple fait qu'ils constituent des secrets commerciaux.

52 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-303, « Paiements en échange de connaissances techniques ou paiements semblables faits à des non-résidents », 8 avril 1976, par. 3.

> which one of the parties undertakes to use the customary skills of his calling to executive work himself for the other party[53]. » (Soulignement dans le jugement)

En matière de savoir-faire, la décision *Rapistan Canada Ltd.* c. *MRN*[54] est incontournable. Dans cette affaire, le contribuable avait acquis par voie de « donation » de son actionnaire, pour une période de 10 ans :

> « la totalité de son capital actuel de connaissances, de techniques, de compétence et d'expérience en matière de fabrication, d'organisation de la production, de gestion et de vente, ainsi que, mais sans s'y limiter, de la totalité de ses bleus et plans et de ses concessions, droits et permis suivants, titre exclusif pour le Canada, à savoir […][55]. »

En échange de cette donation, le contribuable s'engageait à ne divulguer aucune information confidentielle, à ne transférer aucun de ces droits à des tiers et à retourner les droits à la fin de la période de 10 ans à l'actionnaire. Le contribuable prétendait avoir acquis des « brevets, concession ou permis de durée limitée » visés à la catégorie 14 et donnant droit à la DPA[56]. La Cour d'appel fédérale a conclu que le contribuable n'avait acquis aucun bien au terme de l'acte de donation :

> « Même si l'"Acte de donation" se présente comme une donation, un octroi et une cession de "connaissances, de techniques, de compétence et d'expérience" ces connaissances, compétence ou expérience, pour autant que je sache, ne constituent pas, au regard d'aucun système juridique au Canada, des "biens" pouvant faire l'objet d'une donation, d'un octroi ou d'une cession, sauf dans la mesure où, s'il en est, ils peuvent constituer un droit ou une partie d'un droit à l'égard duquel il existe des biens relevant de la catégorie des biens industriels. Par conséquent, d'après ma conception de la "donation" en l'espèce et à la lumière des éléments de preuve, on doit l'interpréter comme une promesse faite par la donatrice aux termes de laquelle l'appelante recevra de la "donatrice" les informations et les instructions sur la façon d'entreprendre et de poursuivre une

---

53 98 D.T.C. 2129 (ci-après « *Hasbro* »). La définition provient des commentaires de l'Organisation de coopération et de développement économiques (ci-après « OCDE ») sur le modèle de convention fiscale.

54 74 D.T.C. 6426 (C.A.F.); confirmé par 76 D.T.C. 6177 (C.S.C.) (ci-après « *Rapistan Canada Ltd*. »). Il est intéressant de noter que la Cour suprême a indiqué qu'elle était d'accord avec les motifs énoncés par la **Cour fédérale de première instance**, qui avait précisé qu'il n'était pas nécessaire de déterminer si le *know-how* constituait un « bien » au sens de la catégorie 14.

55 *Id*., par. 3.

56 Malgré la description étendue de l'objet de la contribution, la preuve avait démontré que le contribuable n'avait pas acquis de brevet ou de marque de commerce spécifique, ni aucun bien tangible.

> certaine activité de fabrication. Évidemment, elle ne se fonde sur aucun des droits afférents aux biens industriels comme les brevets d'invention, les droits d'auteur, les marques de commerce et les plans industriels. Si je comprends bien la loi, les connaissances ou les idées en tant que telles, ne constituent pas des biens. Assurément, ils ne peuvent pas faire l'objet de droits d'auteur[57]. » (Notre soulignement)

La Cour a donc conclu qu'en l'absence de tout monopole légal, le savoir-faire ne constitue par un bien au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, même s'il peut constituer un **actif** d'un point de vue commercial. Il est intéressant de noter que les tribunaux civils ont aussi conclu dans certains cas que des informations (même confidentielles) ne pouvaient pas constituer des biens pouvant faire l'objet du droit de propriété[58]; par ailleurs, la Cour suprême du Canada a déjà établi que des renseignements confidentiels ne pouvaient pas faire l'objet de l'infraction de vol au sens du *Code criminel*[59].

Le savoir-faire ne constitue donc pas un bien amortissable; une dépense engagée pour en bénéficier peut néanmoins être de nature capital et donc non déductible dans l'année. En effet, une dépense peut être de nature capital même si elle ne donne pas lieu à l'acquisition d'un bien, dans la mesure où elle confère un avantage durable au contribuable. Par exemple, dans la cause *Shaw Flexible Tubes* c. *MRN*[60], le contribuable avait signé avec une compagnie américaine une entente pour l'obtention d'une licence exclusive pour l'usage d'un procédé de fabrication de tubes flexibles et la commercialisation de ces produits au Canada. La compagnie américaine s'engageait à lui donner le bénéfice de son expérience présente et future dans la production, la promotion et les techniques de ventes de ces tubes. L'entente prévoyait un paiement initial de 25 000 $ pour la durée minimale de cinq ans de la convention plus un pourcentage des ventes dans la mesure où ce pourcentage excédait 5 000 $ par année. Le contribuable a déduit le montant de 25 000 $ sur cette période de cinq ans. La Cour a conclu que le paiement de la somme forfaitaire était non déductible car il était de nature capital. Il s'agissait plutôt d'un paiement fait « une fois pour toutes » pour le droit d'avoir accès au bagage de connaissances techniques de la compagnie américaine.

---

57 *Rapistan Canada Ltd*., précité, note 54, par. 8.

58 Voir par exemple *Matrox Electronic Systems Ltd.* c. *Gaudreau*, [1993] R.J.Q. 2449 et *Tri-Tex Co. Inc.* c. *Gideon*, [1999] R.J.Q. 2324 (C.A.).

59 L.R.C. (1985), c. C-46 et mod.; *La Reine* c. *Stewart*, [1988] 1 R.C.S. 963.

60 68 D.T.C. 4430 (C.A.I.) (ci-après « *Shaw Flexible Tubes* »).

Bon nombre de dépenses de nature capital pour des éléments incorporels n'étaient pas déductibles à titre de dépenses d'exploitation ni au moyen de la DPA en vertu des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* antérieures à 1972, comme c'était le cas dans les affaires *Rapistan Canada Ltd.* et *Shaw Flexible Tubes*. La version actuelle de la *Loi de l'impôt sur le revenu* les considère comme des dépenses en capital admissibles. L'ARC reconnaît qu'un paiement de nature capital pour du savoir-faire tombe dans cette catégorie[61]. C'est évidemment le cas lorsqu'une entreprise est transférée et que les connaissances techniques forment une composante intégrale de l'achalandage[62]. Par contre, selon les circonstances, un paiement en contrepartie de la divulgation de savoir-faire peut aussi représenter une dépense courante. En effet, la jurisprudence a conclu que, pour le fournisseur, les sommes reçues en contrepartie de la divulgation de savoir-faire représentaient généralement du revenu[63]. Or, afin d'arriver à cette conclusion, il faut conclure que l'application du test de réciprocité[64] ferait en sorte qu'un paiement pour acquérir le savoir-faire ne serait pas une dépense en capital admissible.

1.5.1. *Know-how ou show-how*

Un paiement en apparence pour du savoir-faire ou de l'expertise peut représenter une dépense courante si le contribuable peut démontrer qu'il s'agit en fait d'un paiement pour un service, c'est-à-dire d'un paiement équivalent au paiement qu'un élève ferait à son instructeur. On parle alors d'un paiement pour du *show-how*, plutôt que du *know-how*.

L'OCDE, dans les commentaires sur l'article XII (portant sur les redevances) de son modèle de convention fiscale, suggère les facteurs suivants pour distinguer un paiement pour un service d'un paiement véritablement pour du savoir-faire :

> « - Contracts for the supply of know-how concern information of the type described in [the definition given by the Association des bureaux pour la

---

61 « Table ronde de Revenu Canada », dans *1981 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1982, pp. 726-766, à la page 732.

62 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9824750, 27 octobre 1998.

63 *Canadian General Electric*, précité, note 9; *Canadian Industries Ltd.* c. *MRN*, 80 D.T.C. 6163 (C.A.F.) (ci-après « *Canadian Industries Ltd.* »).

64 Voir l'élément E dans la définition de « montant cumulatif des immobilisations admissibles » au paragraphe 14(5) L.I.R.

Protection de la Propriété Intellectuelle that already exists or concern the supply of that type of information after its development or creation and include specific provisions concerning confidentiality of that information.

- In the case of contracts for the provision of services, the supplier undertakes to perform services which may require the use, by that supplier, of special knowledge, skill and expertise but not the transfer of such special knowledge, skill or expertise to the other party.

- In most cases involving the supply of know-how, there would generally be very little more which needs to be done by the supplier under the contract other than to supply existing information or reproduce existing material. On the other hand, a contract for the performance of services would, in the majority of cases, involve a very much greater level of expenditure by the supplier in order to perform his contractual obligations. For instance, the supplier, depending on the nature of the services to be rendered, may have to incur salaries and wages for employees engaged in researching, designing, testing, drawing and other associated activities or payments to sub-contractors for the performance of similar services[65]. »

L'OCDE donne les exemples suivants de paiements constituant véritablement des paiements pour des services :

« - payments for after sales service;

- payments for services rendered by a seller to a purchaser under a guarantee;

- payments for pure technical assistance;

- payments for an opinion given by an engineer, an advocate or an accountant, and

- payments for advice provided electronically, for electronic communications with technicians or for accessing, through computer networks, a trouble-shooting database such as a database that provides users of software with non-confidential information in response to frequently asked questions or common problems that arise frequently[66]. »

Ce principe est illustré au Canada dans l'affaire *Quality Checkd Dairy Products Association (Co-operative)* c. *MRN*[67] où la Cour a déterminé qu'un

---

65 ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune*, Commentaires sur le Modèle de convention fiscale, art. XII, Paris, OCDE, par. 11.3.

66 *Id*., par. 11.4.

67 67 D.T.C. 5303 (C. de l'É.).

paiement pour du *know-how* devait être catégorisé comme un paiement pour des « biens ». Même si la Cour n'exprime pas de conclusion formelle sur ce point, on peut déduire qu'il s'agissait en fait d'un paiement pour un service. En appliquant les critères ci-dessus, cette conclusion allait de soi, puisque les sommes étaient en fait payées pour des séminaires sur des produits, des ateliers de vente, des analyses en laboratoire et la préparation de matériel promotionnel.

Il est important de ne pas confondre les termes du paiement et l'objet du paiement. Un paiement en contrepartie de services devrait être déductible comme une dépense courante, même si ce paiement prend la forme d'une somme forfaitaire[68]. Ainsi, par exemple, le paiement qu'un franchisé fait à un franchiseur en échange de la démonstration et des instructions sur la façon d'exploiter une entreprise pourrait être classifié comme un paiement pour des services et constituer une dépense courante.

Cela dit, le simple fait qu'une somme soit engagée pour des services n'assure pas en soi sa déductibilité, puisque des paiements pour des services doivent être capitalisés dans certaines circonstances[69]. Ainsi, même si le contribuable est vraisemblablement dans une meilleure position en caractérisant les paiements pour du savoir-faire comme un paiement pour des services, les autorités fiscales pourraient néanmoins arguer que ces services ont procuré un avantage durable au contribuable et que les sommes payées devraient donc être capitalisées.

Puisqu'on peut facilement confondre un paiement pour du savoir-faire avec un paiement pour des services, les parties à une entente devraient être particulièrement vigilantes afin de s'assurer que le traitement fiscal correspond à leurs attentes. Comme nous le verrons, cette distinction est importante non seulement dans le contexte canadien, mais aussi dans le contexte international.

---

68 Il faudra alors considérer l'application du paragraphe 18(9) L.I.R. si une partie du paiement est engagée en contrepartie de services à rendre après la fin de l'année.

69 Voir par exemple la cause *Rona* où la Cour a décidé notamment que des honoraires professionnels engagés de façon récurrente pendant plusieurs années relativement à des transactions qui avaient avorté constituaient une dépense en capital admissible.

2. PAIEMENTS À DES NON-RÉSIDENTS

2.1. IMPÔT DE LA PARTIE XIII L.I.R.

La Partie XIII L.I.R. impose un impôt de 25 % aux personnes non résidentes sur certaines sommes qui leur sont versées ou portées à leur crédit par un résident canadien. Le taux de retenue statutaire de 25 % est parfois réduit ou éliminé par l'application d'une convention fiscale. Le paragraphe 215(1) L.I.R. oblige le payeur canadien à retenir l'impôt dû par le non-résident et à le remettre au Receveur général au nom de la personne non résidente. La responsabilité fiscale du non-résident en vertu de la Partie XIII L.I.R. est satisfaite de façon définitive par ce mécanisme. Le défaut d'effectuer les retenues appropriées entraîne la responsabilité directe du payeur canadien en vertu du paragraphe 215(6) L.I.R., de même que la pénalité prévue au paragraphe 227(8) L.I.R.

Les transactions visant l'importation de propriété intellectuelle sont assujetties à la Partie XIII L.I.R. dans la mesure prévue à l'alinéa 212(1)d) L.I.R.[70]

L'alinéa 212(1)d) L.I.R. s'applique aux loyers, redevances et paiements semblables. Une série de paiements spécifiques et d'exceptions est ensuite énumérée. Il faut comprendre que l'alinéa 212(1)d) L.I.R. s'applique à tout paiement prenant la forme d'un loyer ou d'une redevance ou d'un paiement semblable, même si ce paiement n'est pas mentionné aux sous-alinéas 212(1)d)(i) à (v) L.I.R. (par exemple, un loyer en vertu d'un bail résidentiel). Inversement, un paiement spécifiquement décrit dans les sous-alinéas 212(1)d)(i) à (v) L.I.R. est assujetti à la retenue de la Partie XIII L.I.R. même si ce paiement ne prend pas la forme d'un loyer, d'une redevance ou d'un paiement semblable[71] (par exemple, une somme forfaitaire).

La position de l'ARC sur le sens de l'expression « loyer, redevance ou paiement semblable » est la suivante :

> « Le Ministère estime que les mots "loyer" et " redevance" ont un sens large et ne se limitent pas nécessairement à des paiements effectués périodiquement. Ils peuvent, dans certaines circonstances comprendre des paiements uniques ou forfaitaires. En général, un loyer ou une redevance est une somme versée au

---

70 Le paragraphe 212(5) L.I.R. s'applique à certains paiements pour des films ou d'autres productions télévisuelles.

71 Cette position a été récemment confirmée dans l'affaire *Hasbro*.

> propriétaire d'un bien en contrepartie du droit d'utiliser celui-ci durant une période donnée. Dans la plupart des cas où une redevance ou un loyer est payé, c'est le propriétaire du bien utilisé par la personne effectuant le paiement qui garde le titre de propriété. Toutefois, si le bien (au Canada) est vendu et que le paiement dépend de l'utilisation du bien ou de la production qui en résulte, le paiement sera assujetti à l'impôt en vertu du sous-alinéa 212(1)d)(v) à moins qu'il ne s'agisse d'un terrain agricole[72]. »

Cette définition est très large, peut-être même trop large. En particulier, cette position ne reflète pas le test généralement retenu par la jurisprudence selon lequel un paiement, pour constituer une redevance, doit être calculé en fonction de l'utilisation d'un bien ou la production en découlant. Pour ne citer qu'un exemple, mentionnons l'affaire *Vauban Productions* c. *La Reine* :

> « Le terme "redevances" (royalties) désigne normalement une participation à des bénéfices ou une part ou pourcentage d'un bénéfice, basée sur l'exploitation ou sur le nombre d'unités, de copies ou d'articles vendus, loués ou utilisés. Le montant d'une redevance afférente à un droit est, d'une certaine façon, fonction du rythme d'exploitation de ce droit. Cela résulte des diverses définitions que les dictionnaires donnent du mot "redevance", quand il se rapporte à une somme à payer. On a toujours considéré les redevances, qui sont assimilables à des loyers, comme des revenus puisqu'elles sont fonction soit du rythme d'exploitation du droit soit de la durée de l'utilisation, alors qu'on estime que le paiement d'une somme forfaitaire pour la cession intégrale d'un droit, sans égard à l'utilisation qui en sera faite, est, par sa nature un paiement en capital, qui pourra cependant être imposable en tant que revenu entre les mains du bénéficiaire s'il relève de l'activité normale de ce contribuable[73]. »

Dans cette affaire, le contribuable non résident avait cédé des droits de diffusion sur certains films à la Société Radio-Canada en échange d'une somme forfaitaire. Un tel paiement ne constituait donc pas une redevance[74]. Notons cependant qu'un paiement qui ne dépend pas de l'usage mais qui est fait en contrepartie de l'utilisation de ce bien pour une durée déterminée peut être assujetti à l'alinéa 212(1)d) L.I.R. Par contre, le paiement d'une somme forfaitaire pour une durée indéfinie ne possède aucune des caractéristiques d'un loyer ou d'une redevance[75].

---

72 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 52, par. 7.

73 79 D.T.C. 5186 (C.A.F.), par. 11; confirmant [1976] 1 C.F. 65.

74 Pour une revue des autres décisions pertinentes, nous renvoyons le lecteur à l'article de Pierre GONTHIER, « Le traitement fiscal des paiements de redevances en vertu de l'impôt de la partie XIII et des conventions fiscales », dans *Journée d'études fiscales 2003*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2003.

75 *Saint John Ship Building*, précité, note 6.

En général, un paiement forfaitaire pour l'acquisition intégrale (par exemple, par voie de « licence exclusive ») de propriété intellectuelle ne devrait pas être assujetti à l'alinéa 212(1)d) L.I.R. En pratique, par contre, il est parfois difficile de faire la distinction entre une acquisition intégrale et un droit d'exploitation. Il peut être pertinent, notamment, de se demander si l'acquéreur pourra revendre à des tiers la propriété intellectuelle acquise, auquel cas il pourrait s'agit d'une « acquisition intégrale ». Évidemment, une revue complète de l'entente contractuelle s'impose. Dans une interprétation technique récente, l'ARC a indiqué que l'acquisition des droits suivants sur un film constituait une acquisition intégrale des droits dans le film et n'était donc pas assujettie à la retenue de l'alinéa 212(1)d) L.I.R. ni à celle du paragraphe 212(5) L.I.R. :

> « The Motion Picture Rights include, "exclusively and forever" and without limitation throughout the world and in all languages, "the entire silent sound, dialogue, talking and musical rights" in and to the Property. For greater certainty, the Motion Picture Rights include the right to make a motion picture and/or a television production and the right to license, market or otherwise distribute such production(s) on VHS, DVD, CD-ROM or any other recording device now known or hereafter devised[76]. »

Puisque l'alinéa 212(1)d) L.I.R. s'applique aussi aux « paiements semblables », l'impôt de retenue peut s'appliquer à des paiements qui ne sont pas décrits comme du loyer ou une redevance dans l'entente contractuelle, mais qui en possèdent les principaux attributs économiques et légaux. Le fiscaliste ne doit donc pas se limiter à la nomenclature utilisée dans une convention.

L'affaire *Zainul & Shazma Holdings Ltd.* c. *La Reine*[77] illustre cette distinction dans le contexte d'une franchise. Le contribuable canadien (cotisé en vertu de l'article 215 L.I.R.) avait payé un *one-time license fee* à un franchiseur américain avec le dépôt de sa demande pour obtenir une franchise Holiday Inn. Une fois la franchise octroyée, il devait payer mensuellement un pourcentage de ses ventes au franchiseur. Le contribuable avait effectué la retenue de l'alinéa 212(1)d) L.I.R. sur les paiements mensuels faits au franchiseur, mais non sur le paiement initial. En donnant raison au contribuable, la Cour a conclu que le paiement initial n'avait pas les attributs du loyer ou d'une redevance et visait plutôt à compenser le

---

76 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2006-017937117, 14 juin 2006.

77 2004 D.T.C. 3015 (C.C.I.).

franchiseur pour le temps et les efforts consacrés à l'étude de la demande de franchise (il s'agissait donc d'un paiement pour un service).

Le sous-alinéa 212(1)d)(vi) L.I.R. contient une exception importante pour les paiements « d'une redevance ou d'un paiement semblable à l'égard d'un droit d'auteur au titre de la production ou de la reproduction d'une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique ». Cependant, cette disposition n'accorde une exemption de retenue fiscale que si le paiement est effectué à l'égard du droit de produire ou reproduire l'œuvre. Elle ne s'applique donc pas pour d'autres droits, même si ces droits découlent de la *Loi sur le droit d'auteur*. Par exemple, l'ARC considère que les paiements faits par un tenancier de bar pour avoir le droit de diffuser des événements sportifs sur des écrans ne peuvent pas bénéficier de l'exception prévue au sous-alinéa 212(1)d)(vi) L.I.R., puisque le droit de diffuser est différent du droit de reproduire[78]. Puisque les logiciels constituent des œuvres littéraires protégées par la *Loi sur le droit d'auteur*, les redevances payées en vertu d'une convention de licence pour reproduire et distribuer le logiciel à des tiers peuvent bénéficier de l'exception[79].

Par ailleurs, en appliquant l'alinéa 212(1)d) L.I.R. à l'importation de propriété intellectuelle, il faut tenir compte que le taux de retenue sur les redevances est généralement réduit à 10 % en vertu des conventions fiscales auxquelles le Canada est partie. C'est le cas en particulier de l'article XII de la *Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis*[80]. Par ailleurs, le paragraphe XII(3) de la Convention élimine complètement l'impôt de retenue sur les redevances portant sur plusieurs transactions impliquant la propriété intellectuelle, y compris :

> « a) les redevances à titre de droits d'auteur et autres rémunérations similaires concernant la production ou la reproduction d'une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique (à l'exclusion des paiements concernant les films et les œuvres enregistrées sur films, bandes magnétoscopiques ou autres moyens de reproduction destinés à la télévision);

---

78 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2003-0018975, 13 juin 2003.

79 *Syspro Software Ltd.* c. *La Reine*, 2003 D.T.C. 931 (C.C.I.).

80 S.C. 1984, c. 20 et mod. (ci-après « Convention »). Notons que l'article XII(4) de la Convention contient une définition particulière du terme « redevance »; cette définition a évidemment prépondérance sur le concept de redevance élaboré par la jurisprudence.

b) les paiements pour l'usage ou la concession de l'usage de logiciels d'ordinateurs;

c) les paiements pour l'usage ou la concession de l'usage d'un brevet ou d'informations ayant trait à une expérience acquise dans le domaine industriel, commercial ou scientifique (à l'exclusion des informations fournies dans le cadre d'un contrat de location ou de franchisage). »

2.1.1. Sous-alinéa 212(1)d)(i) L.I.R.

Le sous-alinéa 212(1)d)(i) L.I.R. s'applique aux paiements « en vue d'utiliser, ou d'obtenir le droit d'utiliser, au Canada, des biens, inventions, appellations, brevets, marques de commerce, dessins ou modèles, plans, formules secrètes, procédés de fabrication, ou toute autre chose ». Puisque cette disposition vise « le droit d'utiliser », elle ne devrait pas s'appliquer à un paiement pour l'acquisition intégrale d'un bien comme un brevet[81].

Lorsqu'il s'agit d'un paiement pour un logiciel, l'ARC considère qu'il faut faire la distinction entre les « logiciels préemballés » et les « logiciels personnalisés ». L'ARC assimile un paiement pour un logiciel préemballé à un paiement pour l'acquisition d'un bien tangible et donc non assujetti à l'impôt de la Partie XIII L.I.R., alors qu'un paiement pour un logiciel personnalisé est assujetti à l'alinéa 212(1)d) L.I.R.[82] Un logiciel préemballé est disponible sur le marché, à la disposition de tous les consommateurs et utilisable tel quel. En général, le logiciel en vente libre est fourni avec un contrat de licence standardisé (un « contrat d'adhésion » au sens de l'article 1379 du *Code civil du Québec*[83]) qui prévoit que l'utilisateur, en ouvrant l'emballage scellé ou en utilisant le logiciel, accepte le contrat[84]. La position de l'ARC sur les logiciels préemballés devrait aussi s'appliquer aux logiciels vendus tels quels sur Internet[85]. Un « logiciel personnalisé » s'entend de tous les autres genres de logiciels, dont les logiciels conçus et développés en fonction des exigences particulières d'un client. Le logiciel

---

81 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 52, par. 12.

82 Cette position a été exprimée la première fois en 1994; voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9418695, 29 juillet 1994.

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

84 Pour une description de la distinction entre les logiciels préemballés et les logiciels personnalisés, voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'information technique* B-037R, « Logiciel importé », 30 mars 1995.

85 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n^{o} 25, 30 octobre 2002.

personnalisé est généralement fourni en vertu d'un contrat de licence « de gré à gré ».

2.1.2. Sous-alinéa 212(1)d)(ii) L.I.R.

Le sous-alinéa 212(1)d)(ii) L.I.R. impose une retenue sur les paiements pour du savoir-faire (des connaissances industrielles, commerciales et scientifiques), mais seulement lorsque le paiement dépend en totalité ou en partie de l'utilisation qui doit en être faite ou de l'avantage qui doit en être tiré, de la production ou de la vente de marchandises ou de services, ou des bénéfices du payeur[86]. Comme nous l'avons vu, il peut être difficile de faire la distinction entre la fourniture de savoir-faire et la fourniture d'un service. Lorsque l'objet véritable de la transaction est une fourniture de services, les paiements devraient être exonérés de retenue fiscale si le fournisseur n'a pas d'établissement stable au Canada et est résident d'un pays avec lequel le Canada a signé une convention fiscale.

2.1.3. Sous-alinéa 212(1)d)(iii) L.I.R.

Le sous-alinéa 212(1)d)(iii) L.I.R. vise les paiements pour des **services** de nature industrielle, commerciale ou scientifique (à l'exception des services fournis pour la vente de biens ou la négociation d'un contrat), mais uniquement lorsque le paiement dépend en totalité ou en partie de l'utilisation qui doit en être faite ou de l'avantage qui doit en être tiré, de la production ou de la vente de marchandises ou de services, ou des bénéfices[87]. Par exemple, si les paiements d'honoraires sont en fonction d'un taux horaire, cette disposition ne devrait pas s'appliquer. Par contre, des paiements faits pour l'entretien d'un aéronef calculés en fonction du nombre d'heures de vol de l'aéronef y seraient assujettis puisqu'il s'agit, selon l'ARC, d'un paiement proportionnel à l'utilisation faite des services[88]. Comme nous l'avons vu, il peut être difficile de faire la distinction entre un paiement pour un service et un paiement pour du savoir-faire. Lorsque le

---

86 La *Loi de l'impôt sur le revenu* ne précise pas qu'il doit s'agir de l'usage fait par le payeur ou des bénéfices du payeur, mais cette conclusion semble découler de l'économie de l'alinéa 212(1)d) L.I.R. Par contre, dans l'affaire *Hasbro*, la Cour canadienne de l'impôt indique en *obiter* qu'il pourrait s'agir de l'usage ou des bénéfices d'un tiers.

87 *Id*.

88 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2005-016138117, 1er décembre 2005. Selon l'ARC, les paiements seraient aussi assujettis au sous-alinéa 212(1)d)(v) L.I.R.

paiement dépend de l'usage, de la vente de biens ou de services ou des bénéfices, cette distinction devient théorique aux fins de l'impôt de retenue. Le législateur vient donc empêcher les contribuables de camoufler un paiement pour du savoir-faire ou une autre forme de propriété intellectuelle dans une convention de service. Encore ici, les paiements devraient être exonérés de retenue d'impôt canadien si le fournisseur n'a pas d'établissement stable au Canada et est résident d'un pays avec lequel le Canada a signé une convention fiscale.

Nous verrons que des paiements pour des services peuvent aussi être assujettis à une retenue en vertu du paragraphe 105(1) R.I.R.

2.1.4. Sous-alinéa 212(1)d)(iv) L.I.R.

Le sous-alinéa 212 (1)d)(iv) L.I.R. vise les paiements faits conformément à une convention, entre une personne qui réside au Canada et une personne non résidente, en vertu de laquelle cette dernière convient de ne pas utiliser ni de permettre à aucune autre personne d'utiliser une chose mentionnée au sous-alinéa (i) ou les renseignements décrits au sous-alinéa (ii). Selon l'ARC, cette disposition peut trouver application lorsqu'une convention de licence contient une notion d'exclusivité.

Par exemple, dans une interprétation technique récente, l'ARC devait se prononcer sur l'imposition des paiements par une société canadienne à un résident des États-Unis pour avoir le droit de reproduire une œuvre d'art à des fins de décoration murale. En contrepartie de ces paiements, l'artiste (ou son agent) octroyait au contribuable canadien un droit d'exclusivité en Amérique du Nord pour toute la durée de la licence[89]. L'ARC a reconnu que de tels paiements seraient couverts par l'exonération prévue au sous-alinéa 212(1)d)(vi) L.I.R. et seraient par ailleurs exonérés en vertu de l'alinéa XII(3)a) de la Convention. Par contre, l'ARC considère aussi qu'une portion du paiement serait assujettie à la retenue en vertu du sous-alinéa 212(1)d)(iv) L.I.R. Cette portion ne pourrait pas bénéficier de l'exception prévue au sous-alinéa 212(1)d)(vi) L.I.R. ni du paragraphe XII(3) de la Convention. Cependant, l'ARC considère que de tels paiements pourraient être exonérés en vertu de l'article VII de la Convention s'ils représentent du revenu d'entreprise pour le non-résident et que ce dernier n'a pas d'établissement stable au Canada.

---

89 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2004-0086631E5, 14 juin 2005.

Notons qu'une convention de licence comportant une clause d'exclusivité pourrait aussi être assujettie à l'impôt de retenue canadien en vertu de l'ajout proposé de l'alinéa 212(1)i) L.I.R., qui prévoit une retenue pour les paiements décrits au paragraphe 56.4(2) L.I.R.[90] En théorie, dans des circonstances semblables à celles décrites ci-dessus, l'ARC devrait aussi reconnaître que de tels paiements sont exonérés de retenue canadienne si le non-résident n'a pas d'établissement stable au Canada.

2.1.5. Sous-alinéa 212(1)d)(v) L.I.R.

Comme nous l'avons vu, le sous-alinéa 212(1)d)(i) L.I.R. ne s'applique généralement pas à une acquisition intégrale de la propriété intellectuelle. Cependant, même s'il s'agit d'un paiement de nature capital en contrepartie de l'acquisition intégrale d'un bien, une retenue fiscale doit être effectuée en vertu du sous-alinéa 212(1)d)(v) L.I.R. si le paiement dépend de l'utilisation du bien au Canada ou de la production tirée de ce bien. Cette disposition est en quelque sorte l'équivalent de l'alinéa 12(1)g) L.I.R. dans le contexte international. Autrement dit, puisque des paiements basés sur l'utilisation ou la production sont réputés être du revenu dans le contexte canadien, le législateur considère que de tels paiements doivent aussi être assujettis à l'impôt de retenue lorsqu'ils sont versés à des non-résidents.

Il est important de noter que le sous-alinéa 212(1)d)(v) L.I.R. s'applique *a priori* aux produits de disposition d'un bien, même si ce bien n'est pas un « bien canadien imposable »[91] et que le gain sur la disposition par le non-résident de ce bien ne serait pas autrement assujetti à l'impôt canadien en vertu de l'alinéa 2(3)c) L.I.R. Il faudrait alors déterminer si les dispositions d'une convention fiscale trouvent application pour éliminer ou réduire l'impôt de retenue. Selon le paragraphe XII(2) de la Convention, le concept de redevance comprend les gains découlant de l'aliénation de la plupart des formes de propriété intellectuelle, dans la mesure où ces gains dépendent de la productivité, de l'utilisation ou de l'aliénation subséquente de tels biens. Le taux de retenue serait alors généralement réduit à 10 % en vertu du paragraphe XII(2). L'exonération complète prévue au paragraphe XII(3) de la Convention ne serait généralement pas applicable puisqu'elle vise principalement les paiements pour l'usage et non pour l'acquisition de la propriété intellectuelle.

---

90 Voir la section 3.5. du présent texte.

91 Tel qu'il est défini au paragraphe 248(1) L.I.R.

2.2. RÈGLEMENT 105

Un autre régime de retenue s'applique lorsque les paiements aux non-résidents visent des services rendus au Canada. En vertu du paragraphe 105(1) R.I.R. (ci-après « Règlement 105 »), quiconque verse à une personne non résidente des honoraires, une commission ou un autre montant **à l'égard de** services rendus au Canada doit déduire 15 % de ce versement. Lorsque les services sont rendus au Québec, un montant additionnel de 9 % doit être retenu et remis à Revenu Québec[92].

Contrairement à la retenue en vertu de la Partie XIII L.I.R. qui vise à satisfaire de façon définitive la responsabilité fiscale du non-résident au Canada, le Règlement 105 constitue un mécanisme d'acomptes provisionnels permettant à l'ARC de s'assurer que les impôts de la Partie I L.I.R. redevables par un non-résident en vertu de l'alinéa 2(3)b) L.I.R. (relativement à une entreprise exploitée au Canada) soient acquittés. Le non-résident peut demander un remboursement des sommes retenues lorsque ses revenus sont exonérés en vertu d'une convention fiscale[93] en produisant une déclaration de revenus au Canada[94]. Par contre, les conventions fiscales ne restreignent généralement pas le droit du Canada d'imposer une retenue en vertu du Règlement 105 puisqu'il ne s'agit pas d'un impôt définitif[95]. Le payeur canadien ne peut décider unilatéralement de ne pas effectuer la retenue sous prétexte qu'une disposition d'une convention fiscale s'applique au non-résident. Une dérogation peut être demandée lorsqu'il est clair qu'une convention fiscale trouvera application de sorte que les sommes versées au non-résident ne seront pas assujetties à l'impôt canadien. Une réduction de la retenue peut aussi être obtenue en fonction de l'estimation du revenu net du non-résident[96]. Par contre, les circonstances dans lesquelles l'ARC accepte d'émettre une dérogation sont limitées[97].

---

92 *Règlement sur les impôts*, R.R.Q., 1981, c. I-3, r.1 et mod., art. 1015R8.

93 Le non-résident demande généralement un remboursement au motif qu'il n'exerce pas d'entreprise au Canada par l'intermédiaire d'un établissement stable.

94 En vertu de la division 150(1)a)(i)(B) L.I.R., toute société qui exploite une entreprise au Canada dans une année doit produire une déclaration de revenus au Canada pour cette année, même si les revenus sont exonérés en vertu d'une convention fiscale.

95 Par exception, voir par exemple l'article XVII de la Convention.

96 Le mécanisme est semblable au choix prévu au paragraphe 216(4) L.I.R. pour les revenus de location.

97 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 75-6R2, « Retenue d'impôt obligatoire sur les montants versés à des non-résidents pour des

(à suivre…)

Le Règlement 105 a été adopté conformément à l'alinéa 153(1)g) L.I.R. selon lequel :

> « Toute personne qui verse au cours d'une année d'imposition […] des honoraires, commissions ou autres sommes pour services […] doit en déduire ou en retenir la somme fixée selon les modalités réglementaires et doit, au moment fixé par règlement, remettre cette somme au receveur général au titre de l'impôt du bénéficiaire ou du dépositaire pour l'année en vertu de la présente partie […]. » (Notre soulignement)

L'ARC interprète et applique le Règlement 105 de façon très large. Pour ne citer qu'un exemple, l'ARC considère qu'un paiement à un non-résident est assujetti au Règlement 105 lorsque le non-résident sous-traite une partie des activités à un résident canadien (pleinement assujetti à l'impôt de la Partie I L.I.R.), même si le non-résident lui-même n'a jamais été présent au Canada, puisqu'une partie du paiement serait néanmoins « à l'égard de services rendus au Canada »[98].

Il est bien établi dans la jurisprudence fiscale canadienne que l'expression « à l'égard de » (*in respect of*) a une portée très large[99]. Par contre, il faut savoir que le Règlement 105 fait présentement l'objet d'une contestation constitutionnelle au motif qu'il serait *ultra vires* de la disposition législative autorisant son adoption (al. 153(1)g) L.I.R.) puisque cette disposition vise uniquement les paiements **pour** des services et spécifie que le règlement doit se limiter à fixer le montant et le moment de la retenue, et non les types de paiements devant faire l'objet d'une retenue[100]. L'issue de cette cause pourrait avoir des répercussions importantes sur l'application et la portée du Règlement 105.

La non-observation du Règlement 105 entraîne la responsabilité directe du payeur canadien en vertu du paragraphe 227(8.4) L.I.R. pour la totalité des sommes qui auraient dû être retenues[101], et ce, même si le non-résident

---

(…suite)
services rendus au Canada », Annexe A – Lignes directrices concernant les dérogations à la retenue de l'article 105 du *Règlement* fondées sur une convention fiscale, 23 février 2005.

98 *Id*., par. 27.

99 *Nowegijick* c. *La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29.

100 *Weyerhaeuser Co. Ltd.* c. *La Reine*, C.C.I. n° 2004-520 (IT) G, décembre 2005, j. Bowie.

101 Des pénalités seront aussi appliquées en vertu du paragraphe 227(8) L.I.R.

aurait pu demander un remboursement complet de ces sommes en invoquant une convention fiscale. Les sommes dues par le payeur canadien en vertu du paragraphe 227(8.4) L.I.R. sont versées au nom du non-résident, de sorte que ce dernier pourrait théoriquement demander un remboursement[102]. En pratique, cependant, il est peu probable que le non-résident demande un remboursement lorsque la relation avec le payeur canadien a cessé et que le non-résident n'a plus d'activités au Canada. En pareil cas, une cotisation contre le payeur canadien en vertu du paragraphe 227(8.4) L.I.R. peut donner lieu à un gain fortuit pour l'État.

Compte tenu de la grande portée du Règlement 105 (du moins dans sa forme actuelle) et des conséquences fâcheuses découlant du défaut de s'y conformer, il est particulièrement important pour le conseiller fiscal, lorsqu'il révise une convention transfrontalière sur la propriété intellectuelle, de déterminer si elle comporte une composante de service.

Par exemple, dans le contexte d'une convention de licence transfrontalière pour un logiciel personnalisé, le fournisseur américain pourrait aussi procurer des services de formation, de débogage, de support technique et de mise à jour. Bien que les frais de licence pour l'utilisation du logiciel puissent être exonérés de la retenue de la Partie XIII L.I.R. en vertu de la *Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis*, le Règlement 105 s'appliquera dans la mesure où une partie des services est rendue au Canada, soit directement par le fournisseur américain, soit par un sous-traitant. Le Règlement 105 ne s'appliquera pas si tous les services sont rendus à l'extérieur du Canada, par exemple par téléphone ou par courrier électronique.

La position de l'ARC sur les « contrats groupés » est la suivante :

> « Un "contrat groupé" est un contrat renfermant un certain nombre de dispositions et pouvant inclure des exigences concernant des paiements à des non-résidents pour des services rendus au Canada et l'utilisation de biens au Canada. C'est l'entente contractuelle qui détermine en grande partie la retenue appropriée devant être effectuée et versée. Ainsi, un contrat passé en vue de l'utilisation d'équipement au Canada, et de la formation relative à l'utilisation de cet équipement, peut nécessiter des retenues d'impôt de la partie XIII sur la partie d'un paiement visant la location, alors que la partie touchant la formation est visée par l'article 105 du Règlement.

---

[102] La demande de remboursement devrait être présentée en produisant une déclaration de revenus dans le délai prévu au paragraphe 164(1) L.I.R., ce qui peut être problématique lorsque le payeur canadien est cotisé en vertu du paragraphe 227(8.4) L.I.R. plusieurs années après le fait.

> Un contrat prévoyant la vente de marchandises conclu avec un non-résident peut viser non seulement l'achat d'un bien, mais également l'installation de ce bien au Canada. En pareil cas, seul le paiement effectué pour les services d'installation rendus au Canada est assujetti à la retenue de l'article 105 du Règlement. Dans le cas où une répartition ne peut pas être effectuée ni documentée, il est recommandé d'appliquer la retenue prévue à l'article 105 du Règlement sur tous les paiements versés au non-résident pour les biens et les services rendus[103]. (Notre soulignement)

Par ailleurs, lorsque les services doivent être rendus en partie au Canada et en partie à l'étranger, l'ARC adopte la position suivante :

> « Dans le cadre de ses obligations contractuelles, il se peut qu'un non-résident rende des services au Canada et à l'étranger. Les paiements (ou une partie de ceux-ci) pour des services rendus à l'étranger ne sont pas assujettis à la retenue prévue à l'article 105 du Règlement. En pareil cas, une répartition raisonnable du paiement est nécessaire pour déterminer la partie assujettie à la retenue prévue à l'article 105 du Règlement. La partie attribuée aux services devant être rendus au Canada et la partie attribuée aux services devant être rendus à l'étranger doivent être clairement indiquées dans le contrat ou dans les documents et renseignements connexes. Il incombe au non-résident et au payeur de déterminer ces montants.
>
> Il n'est pas toujours considéré nécessaire pour le non-résident de présenter une demande de dérogation en pareil cas (voir numéros 56 à 63), mais le payeur doit conserver les renseignements et documents appropriés à l'appui de la répartition, au cas où l'ARC lui demanderait de les produire. Si une répartition n'est pas faite et documentée, il est recommandé d'appliquer la retenue prévue à l'article 105 du Règlement au montant total des paiements versés au non-résident pour les services rendus[104, 105]. » (Notre soulignement)

Afin d'éviter que la retenue du Règlement 105 s'applique sur l'ensemble des montants payables en vertu de la convention de licence, le fiscaliste devrait donc suggérer qu'une répartition raisonnable soit faite dans la convention entre les frais de licence pour l'utilisation du logiciel et les frais pour les services accessoires. Le payeur canadien devrait aussi exiger que

---

103 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 97, par. 27-28.

104 *Id.*, par. 32-33.

105 Cette position est difficile à réconcilier avec celle des tribunaux en appliquant l'impôt de la Partie XIII L.I.R. aux contrats mixtes. Dans la cause *Hasbro*, après avoir déterminé qu'au moins une partie des paiements n'était pas assujettie à l'impôt de la Partie XIII L.I.R., la Cour canadienne de l'impôt a jugé que le Ministère avait le fardeau de distinguer la portion imposable de la portion non imposable d'un paiement. Puisque le Ministère n'avait pas précisé la partie imposable de la partie non imposable du paiement, le paiement en entier a été exonéré.

toutes les factures émises par le fournisseur américain indiquent clairement la portion des services qui ont été rendus au Canada (directement ou indirectement par des sous-traitants), par exemple en fonction du nombre d'heures passées au Canada. Enfin, puisque la retenue du Règlement 105 peut être pleinement remboursable et représente un acompte sur l'impôt sur le revenu du non-résident, toute clause de majoration dans la convention de licence devrait idéalement l'exclure.

Comme nous l'avons mentionné ci-dessus, le sous-alinéa 212(1)d)(iii) L.I.R. prévoit une retenue sur les paiements effectués en contrepartie de services de nature industrielle, commerciale ou scientifique lorsque les sommes payables sont déterminées en totalité ou en partie en fonction de l'utilisation faite des services, de la vente de marchandises ou de services ou des bénéfices. Dans l'éventualité où ces services sont rendus par le non-résident en totalité ou en partie au Canada et que le non-résident n'a pas d'établissement stable au Canada[106], le même paiement pourrait être assujetti à l'impôt de la Partie XIII L.I.R. et à la retenue du Règlement 105[107]. Si le bénéficiaire du paiement est résident d'un pays avec lequel le Canada a conclu une convention fiscale, la totalité des sommes retenues en vertu du Règlement 105 et du sous-alinéa 212(1)d)(iii) L.I.R. devraient être remboursables[108] au motif que le non-résident n'a pas d'établissement stable au Canada. Par contre, si le non-résident ne peut bénéficier d'une convention fiscale, l'ARC considère que, lorsqu'un montant mentionné à la Partie XIII L.I.R. fait partie du revenu d'une entreprise exploitée au Canada par un non-résident qui n'a pas d'établissement stable au Canada, le montant brut du revenu sera assujetti à l'impôt de la Partie XIII plutôt qu'à l'impôt de la Partie I L.I.R.[109] Les sommes retenues en vertu du Règlement 105 seraient donc remboursables.

---

106 Le non-résident ne sera pas assujetti à l'impôt de la Partie XIII L.I.R. s'il exerce son entreprise au Canada au moyen d'un établissement stable, conformément au paragraphe 805(1) R.I.R.

107 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9333065, 22 avril 1994 : « The fact that the subject payment may be also be subject to Part XIII withholding tax or is exempt from taxation in Canada pursuant to an income tax convention, would not cancel or override the requirement to withhold tax under section 105 of the Regulations. »

108 Les sommes retenues en vertu du sous-alinéa 212(1)d)(iii) L.I.R. seraient remboursables dans le délai prévu au paragraphe 227(6) L.I.R.

109 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-420R3, « Non-résidents – Revenu gagné au Canada », 30 mars 1992, par. 12.

3. TRAITEMENT DES SOMMES REÇUES POUR LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

3.1. COMMENTAIRES GÉNÉRAUX

Nous avons vu qu'il est possible d'exploiter la propriété intellectuelle non seulement en la cédant inconditionnellement, mais aussi en octroyant une licence. L'octroi d'une licence constitue d'ailleurs le mode d'exploitation privilégié de la propriété intellectuelle, puisqu'elle permet au propriétaire de ne céder que certains intérêts dans le bien. Le détenteur d'un brevet peut, par exemple, octroyer une licence sur une base géographique ou sur la base de l'utilisation qu'en fera le détenteur de la licence.

Il est donc essentiel d'examiner la convention de licence afin de déterminer si la transaction donne lieu à une disposition complète ou partielle du bien, auquel cas la transaction sera normalement de nature capital[110], ou plutôt à une manière d'exploiter la propriété intellectuelle, auquel cas la transaction donnera lieu a du revenu. Comme nous l'avons vu, l'octroi d'une licence dite « exclusive » a généralement été assimilé à une disposition de la propriété intellectuelle.

Même lorsqu'une disposition de la propriété intellectuelle serait par ailleurs une transaction de nature capital, l'alinéa 12(1)g) L.I.R. s'applique pour inclure le produit de disposition à titre de revenu d'entreprise ou de bien s'il est calculé en fonction de l'usage d'un bien ou de la production en découlant.

Lorsqu'une somme se qualifierait normalement de montant en immobilisations admissibles mais est aussi assujettie à l'alinéa 12(1)g) L.I.R. (puisqu'elle dépend de la production ou de l'usage), l'ARC considère que l'alinéa 12(1)g) L.I.R. doit avoir préséance[111]. Le contribuable pourrait alors perdre le traitement avantageux du paragraphe 14(1) L.I.R.

Cependant, l'ARC reconnaît depuis longtemps que l'alinéa 12(1)g) L.I.R. ne s'applique pas à une clause d'indexation sur les bénéfices futurs inversée (*reverse earn-out*) :

---

[110] Une cession complète de la propriété intellectuelle peut donner lieu à du revenu d'entreprise, par exemple lorsqu'un écrivain de carrière cède des droits dans un livre à un éditeur afin que ce dernier publie et commercialise l'ouvrage.

[111] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2004-0098121E5, 16 décembre 2004.

> « L'alinéa 12(1)g) ne s'applique pas lorsque le prix de vente du bien est initialement fixé à un maximum équivalent à la juste valeur marchande du bien au moment de la vente, maximum qui peut par la suite être diminué si certaines circonstances relatives à la production ne se concrétisent pas. Dans un cas comme celui-là, le produit sera à valoir sur le capital et si, au moment de la disposition du bien, il est raisonnable de s'attendre à ce que les conditions se réalisent, la disposition est alors traitée de la manière habituelle et le montant maximum original est considéré comme étant le prix de vente du bien. Si, par la suite, les conditions ne se concrétisent pas, le rajustement voulu sera effectué dans l'année au cours de laquelle le montant de la réduction du prix de vente est connu avec certitude et qu'il est établi qu'il n'y aura plus de fluctuations. La question de savoir si on peut raisonnablement s'attendre à ce que les conditions stipulées se concrétisent repose sur les circonstances propres à chaque situation[112]. »

Il semble que cette position trouve son fondement dans la jurisprudence[113]. En droit civil, une telle « clause d'indexation inversée » représente une obligation conditionnelle (au sens de l'article 1497 C.c.Q.) pour le vendeur de rembourser une partie du prix de vente si certains objectifs de performance ne sont pas atteints. Le contribuable qui dispose de propriété intellectuelle dans une transaction qui serait autrement de nature capital devrait donc insister pour se prévaloir de cette position.

Les revenus provenant de l'exploitation de la propriété intellectuelle prennent souvent la forme de redevances. Lorsque ces revenus sont gagnés par une société privée sous contrôle canadien, il faut déterminer s'ils constituent du revenu d'une « entreprise de placement déterminée », telle qu'elle est définie au paragraphe 125(7) L.I.R. La définition vise une entreprise « dont le but principal est de tirer un revenu de biens, notamment des intérêts, des dividendes, des loyers et <u>des redevances</u> ». (Notre soulignement) Si cette définition s'appliquait, les revenus d'un auteur ou d'un artiste qui exploite son entreprise au moyen d'une société ne pourraient pas bénéficier de la déduction accordée aux petites entreprises[114] et les actions de cette société ne seraient pas admissibles pour la déduction pour gains en capital[115]. Toutefois, l'ARC reconnaît que du revenu de redevance constitue du revenu provenant d'une entreprise exploitée activement lorsqu'il est reçu par une société dont l'entreprise consiste à créer des biens

---

112 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-462, « Paiements basés sur la production ou l'usage », 27 octobre 1980, par. 9.

113 *Pacific Pine Co. Ltd.* c. *MRN*, 61 D.T.C. 95 (C.A.I.).

114 Par. 125(1) L.I.R.

115 Par. 110.6(2.1) L.I.R.

(ou des droits) lui permettant de recevoir des redevances[116]. Par exemple, lorsqu'une société exploite une entreprise de composition de musique, les revenus qu'elle tire de l'exploitation des droits d'auteur sur cette musique constituent du revenu provenant d'une entreprise exploitée activement, même s'ils prennent la forme d'une redevance. Par contre, si la musique n'a pas été produite par la société (ou par un de ses employés), l'ARC considère qu'il faut examiner les faits cas par cas pour déterminer s'il s'agit de revenus provenant d'une entreprise exploitée activement[117]. La jurisprudence appuie dans une certaine mesure la position de l'ARC, puisque du revenu provenant de la cession ou la licence de droits d'auteur a été assimilé à un revenu pour la prestation d'un service[118]. Les mêmes principes devraient, de façon générale, s'appliquer à l'interprétation de la définition d'« entreprise de placement » au paragraphe 95(1) L.I.R. afin de déterminer si le revenu d'une société étrangère affiliée d'un contribuable constitue du « revenu étranger accumulé tiré de biens ».

3.2. DROITS D'AUTEUR

L'imposition des sommes reçues en contrepartie d'un droit d'auteur peut varier selon la partie qui les reçoit. Par exemple, un éditeur acquiert des droits d'auteur afin de les exploiter en publiant et en commercialisant des livres. Les droits d'auteur constituent des immobilisations admissibles (ou des biens amortissables) pour l'éditeur. Si l'éditeur décide, par la suite, de réorganiser ses opérations et de céder les droits sur certaines œuvres à un compétiteur, la transaction devrait donner lieu à un montant en immobilisations admissibles (ou à de la récupération d'amortissement et, potentiellement, un gain en capital pour les droits qui constituent des biens amortissables de la catégorie 14).

La situation n'est pas la même pour l'auteur, l'artiste ou le développeur d'un logiciel. En pareil cas, les tribunaux ont généralement conclu que les sommes reçues constituaient du revenu d'entreprise, peu importe qu'il s'agisse d'une cession absolue du droit d'auteur ou d'une licence. La Commission d'appel de l'impôt exprime ce principe dans la cause *Larue* c. *MRN* :

---

116 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 952095, 18 août 1995.

117 *Id*., interprétation technique 9722915, 26 septembre 1997.

118 *Infra*, note 121 et le texte l'accompagnant.

> « 4. Toute la question est de savoir et de décider si la somme de $75,000, que l'appelant a reçu de l'Université Laval, en 1960, est du revenu imposable. La ligne de démarcation, lorsqu'il s'agit de vente de droits d'auteur, est des plus imperceptibles. On ne saurait nier que la production d'un livre porte en elle-même un élément de capital. Mais, si cet élément de capital est mis à contribution par des moyens commerciaux pour en assurer la diffusion, cet élément capital devient une source de revenu et ce revenu devient imposable. D'où il faut dire immédiatement que les droits d'auteur sont le produit d'une entreprise, au sens de la Loi de l'impôt, ou le produit de services rendus et, dans les deux cas, le revenu tiré de l'exploitation des droits d'auteur doit entrer dans le calcul du revenu du contribuable. Il ne fait aucun doute que le droit d'auteur, propriété personnelle, peut, en certaines circonstances, faire l'objet d'une réalisation d'un capital que l'impôt ne pourrait atteindre.
>
> 5. Plusieurs déductions subtiles s'imposent. La première est de voir, en présence des faits mis en lumière par la preuve, si l'auteur est un écrivain de carrière qui vit de ses droits d'auteur. La seconde est de voir si la vente des droits d'auteur ne comporte pas, en soi, la capitalisation de revenus qui, autrement, seraient imposables si les sommes représentant les droits étaient payées annuellement et dépendent du nombre de volumes publiés et vendus pendant les années durant lesquelles les droits sont protégés. Si tel est le cas, le montant reçu d'un seul coup, pour tenir lieu de versements futurs, ne perd pas sa qualité – si c'en est une – de revenu imposable[119]. » (Notre soulignement)

La cession du droit d'auteur représente généralement du revenu d'entreprise, même si l'auteur reçoit une somme forfaitaire en contrepartie de son droit, puisqu'il s'agira néanmoins d'une « réalisation en bloc » de versements futurs provenant de sa carrière.

Nous avons vu ci-dessus dans l'affaire *Frontenac Shoe Ltée* qu'une redevance payable par une compagnie à son président en contrepartie de son droit d'auteur sur un catalogue représentait une dépense d'exploitation pour la compagnie. La même journée, dans la cause *Gingras* c. *MRN*[120], la Cour s'est prononcée sur le traitement de cette redevance pour le président de la compagnie. Celui-ci prétendait qu'il s'agissait d'un acompte sur le prix de vente de son droit d'auteur. La Cour a d'abord reconnu que le traitement pour le payeur n'affectait pas directement la caractérisation fiscale des montants pour la personne qui les reçoit. La Cour a néanmoins conclu que le « prix de vente » représentait du revenu pour M. Gingras.

Ainsi, puisque la cession de droits afférents à un droit d'auteur par un écrivain ou un artiste de carrière représente précisément la manière par

---

119 63 D.T.C. 553 (C.A.I.), par. 4 et 5. Voir aussi *Hould* c. *MRN*, 65 D.T.C. 624 (C.A.I.).

120 63 D.T.C. 1142 (C. de l'É.).

laquelle cet individu récolte les fruits de son labeur, il est logique que le produit de cette cession représente du revenu. Certaines décisions ont par ailleurs conclu que les sommes reçues par un auteur représentaient, en substance, une rétribution pour un service et que la cession du droit d'auteur était accessoire à la prestation de service[121].

Même lorsque le particulier n'exerce pas la profession d'écrivain ou d'artiste, la production de l'oeuvre peut, dans certains cas, constituer un « projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial » et donc constituer une entreprise au sens du paragraphe 248(1) L.I.R. Par contre, dans la mesure où la production de l'œuvre n'a pas demandé de travail considérable et que l'auteur n'avait pas l'intention de vendre son œuvre au départ, le produit de cession du droit d'auteur pourrait représenter un gain en capital[122]. Pensons par exemple à une personne pour qui la photographie représente un loisir, mais qui, par exception, vend une photo à un magazine.

3.3. MARQUES DE COMMERCE

La disposition absolue d'une marque de commerce en contrepartie d'un paiement forfaitaire devrait normalement donner lieu à un montant en immobilisations admissibles. Cette conclusion découle du test de réciprocité se trouvant à l'élément E de la définition de « montant cumulatif des immobilisations admissibles » au paragraphe 14(5) L.I.R. Ce test est satisfait si la contrepartie que donne le contribuable (c'est-à-dire la marque de commerce) est telle que, s'il avait fait, pour cette contrepartie, un paiement, ce paiement aurait été pour lui une dépense en capital admissible. En d'autres termes, le contribuable doit regarder dans un miroir et se demander si, au lieu de disposer du bien il en faisait l'acquisition, les coûts seraient admissibles comme dépense en capital admissible pour la même entreprise. Puisque l'acquisition d'une marque de commerce représente normalement une dépense en capital admissible, le test de réciprocité est satisfait.

Par contre, si la contrepartie dépend de l'utilisation de la marque de commerce, elle constituera du revenu en vertu de l'alinéa 12(1)g) L.I.R. et

---

121 *No. 682* c. *MRN*, 60 D.T.C. 65 (C.A.I.).

122 Il ne pourrait pas s'agir d'un montant en immobilisations admissibles, puisque ce concept ne peut pas exister si le contribuable n'exploite pas une entreprise.

non un montant en immobilisations admissibles[123], même s'il s'agit d'une disposition absolue de la marque de commerce.

Si le détenteur d'une marque de commerce accorde une licence non exclusive à un tiers, par exemple, dans le contexte d'une relation de franchise, les sommes reçues devraient alors constituer du revenu, puisqu'il ne s'agit pas d'une disposition de la marque de commerce, mais plutôt d'une autre façon de la faire fructifier.

3.4. BREVETS

La disposition absolue d'un brevet constitue normalement une transaction de nature capital et peut donner lieu à de la récupération d'amortissement et à un gain en capital. Par contre, une licence du brevet peut être assimilée à une façon d'exploiter le brevet et les sommes reçues seront du revenu.

Une transaction peut être de nature capital même si le détenteur du brevet ne cède pas tous ces intérêts dans le brevet. Par exemple, il a été décidé que l'octroi d'une « licence exclusive » pour un brevet pour fabriquer et vendre des outils aux États-Unis, empêchant ainsi le contribuable d'exploiter ses brevets aux États-Unis, constituait une transaction de nature capital[124]. À l'opposé, l'octroi d'une licence non exclusive dans l'arrêt *Canadian Industries* représentait une transaction courante :

> « Bien que les brevets américains soient de toute évidence des biens immobilisés, la licence, qui est non exclusive, accordée pour un but précis (accordée au gouvernement américain pour usage militaire non commercial) et pour une durée limitée, ne peut être considérée, compte tenu de la jurisprudence, comme une aliénation des droits afférents à un brevet[125]. »

Évidemment, une compagnie qui se spécialise dans l'acquisition et la vente de brevets réalisera toujours du revenu lors de la cession ou de la licence de brevets. Pensons par exemple à la société américaine NTP Inc. qui a récemment reçu plus de 600 M$ US de la compagnie canadienne Research in Motion Ltd. pour une licence sur certains brevets qui touchaient des technologies utilisées dans les appareils « BlackBerry ».

---

123 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2004-0098121, 16 décembre 2004.

124 *No. 442* c. *MRN*, 57 D.T.C. 435.

125 *Canadian Industries Ltd*., précité, note 63, par. 28.

3.5. SAVOIR-FAIRE

A priori, la fourniture de savoir-faire constitue une transaction de nature courante et non capital. D'abord, comme nous l'avons vu, le savoir-faire en tant que tel ne constitue généralement pas un bien. De plus, bien que la définition de « disposition » au paragraphe 248(1) L.I.R. ait une grande portée, la simple divulgation de savoir-faire sans entente quelconque d'exclusivité n'oblige pas la partie divulgatrice à disposer de quoi que ce soit. En effet, tout comme le maître qui enseigne à son élève, la personne qui fournit du savoir-faire, en l'absence d'entente contractuelle particulière, ne se départit pas de ses connaissances[126]. Ainsi, dans deux affaires semblables, la Cour d'appel fédérale a conclu qu'un paiement d'une somme forfaitaire en échange d'une licence non exclusive pour des « techniques opératoires » dans le cadre d'une transaction isolée constituait du revenu[127], puisque les contribuables impliqués n'avaient pas cédé leur savoir-faire mais l'avaient plutôt conservé et fait fructifier. Ironiquement, dans ces deux causes, il semble que les transactions aient eu pour conséquence (plus ou moins directe) la perte définitive d'un créneau de marché important pour le contribuable.

L'ARC reconnaît en principe que le produit de la « vente inconditionnelle » de savoir-faire peut être considéré comme découlant de la disposition d'une immobilisation admissible[128]. Toutefois, l'ARC précise que si le savoir-faire n'est pas « vendu de façon inconditionnelle », mais plutôt donné sous licence pour une période d'utilisation limitée, ou si son utilisation est autorisée aux termes d'une licence non exclusive, la somme totale reçue pour utiliser le savoir-faire est considérée comme un revenu. On peut se demander à juste titre dans quelles circonstances le savoir-faire pourrait faire l'objet d'une « vente inconditionnelle ». Comme nous l'avons vu, le savoir-faire ne jouit pas d'une reconnaissance statutaire spécifique ni ne constitue généralement un bien pouvant faire l'objet d'une acquisition intégrale.

---

126 Scott L. SCHEUERMANN, « Income and Commodity Tax Aspects of Acquiring and Exploiting Technology », dans *1991 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1992, pp. 45:1-69, à la page 45:14.

127 *Canadian General Electric*, précité, note 9 et *Canadian Industries Ltd*., précité, note 63.

128 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-386R, « Montants en immobilisations admissibles », 30 octobre 1992, par. 2d).

Il serait possible, en théorie, de divulguer du savoir-faire et de prévoir contractuellement : i) que le savoir-faire ne sera pas divulgué à personne d'autre et ii) que le fournisseur ne pourra plus utiliser le savoir-faire à quelque fin que ce soit. En pratique, de telles ententes se retrouvent normalement dans le contexte d'une vente d'entreprise. Or, il s'agit là, de toute façon, d'une transaction intrinsèquement de nature capital[129].

Par ailleurs, une telle entente d'exclusivité sur le savoir-faire constituerait une « clause restrictive » au sens de l'ajout proposé du paragraphe 56.4(1) L.I.R.[130] Ainsi, les sommes reçues constitueraient du revenu en vertu du paragraphe 56.4(2) L.I.R. (tel qu'il est proposé). Cependant, il devrait être possible de faire un choix en vertu de l'alinéa 56.4(3)b) L.I.R. afin que le paiement soit au titre d'un montant en immobilisations admissibles. En pareil cas, le montant payé sera réputé être une dépense en capital admissible pour le payeur en vertu de l'alinéa 56.4(4)b) L.I.R.

4. TAXES À LA CONSOMMATION

Dans la partie relative à l'application de la *Loi sur la taxe d'accise* et de la *Loi sur la taxe de vente du Québec*, nous discuterons des différentes règles qui régissent les fournitures de propriété intellectuelle[131].

4.1. COMMENTAIRES GÉNÉRAUX

La Partie IX L.T.A. et la *Loi sur la taxe de vente du Québec* prévoient l'application d'une taxe sur les produits et services (ci-après « TPS ») et d'une taxe de vente du Québec (ci-après « TVQ ») qui doivent être payées lors de l'acquisition de fournitures taxables effectuées au Canada/Québec[132].

---

129 *Southam Business Publications Ltd.* c. *MRN*, 66 D.T.C. 5215 (C. de l'É.); confirmé par 67 D.T.C. 5150 (C.S.C.). Selon le juge Noël, l'achat d'une entreprise en exploitation serait toujours une transaction de nature capital.

130 CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives concernant l'impôt sur le revenu*, 18 juillet 2005.

131 Malgré le fait que les taxes de vente provinciales et que l'aspect des douanes doivent être considérés dans le cadre de transactions impliquant de la propriété intellectuelle, la partie taxes à la consommation se limitera à l'application de la *Loi sur la taxe d'accise* et de la *Loi sur la taxe de vente du Québec*.

132 Voir les articles 165 L.T.A. et 16 L.T.V.Q. Depuis le 1er juillet 2006, le taux de la TPS est de 6 %, calculé sur le montant de contrepartie payée pour la fourniture taxable. Avant le 1er juillet 2006, ce taux était de 7 %. Le taux applicable de la TVQ

(à suivre…)

De façon générale, toute personne qui effectue une fourniture[133] taxable au Canada/Québec dans le cadre d'une activité commerciale doit s'inscrire aux fins de la perception de la TPS/TVQ sur ses fournitures taxables effectuées au Canada/Québec[134]. En règle générale, une activité commerciale est définie comme l'exploitation d'une entreprise, les projets à risque et les affaires de caractère commercial[135] (sauf les entreprises, les projets ou affaires entrepris sans attente raisonnable de profit), sauf dans la mesure où l'entreprise, le projet ou l'affaire comporte la réalisation de fournitures exonérées, et finalement la réalisation de fournitures d'immeubles (sauf les fournitures exonérées)[136]. De façon générale, toute personne qui fournit une propriété intellectuelle à titre de fourniture taxable dans le cadre d'une activité commerciale au Canada/Québec doit percevoir la TPS/TVQ de l'acquéreur.

La TPS/TVQ payée ou payable sur des produits et services acquis pour consommation, utilisation ou fourniture dans le cadre des activités commerciales d'un inscrit peut être récupérée au titre d'un crédit de taxe sur les intrants (ci-après « CTI ») et au titre d'un remboursement de taxe sur les intrants (ci-après « RTI »)[137]. L'effet de la récupération de la TPS/TVQ payée ou payable au titre d'un CTI/RTI est d'extraire toute taxe à la valeur ajoutée dans les biens et services utilisés dans l'entreprise taxable d'un inscrit. Lorsque la propriété intellectuelle est acquise pour utilisation dans le cadre d'activités commerciales, l'acquéreur pourra récupérer la TPS/TVQ payée ou payable. Or, lorsque de la propriété intellectuelle est acquise afin

---

(…suite)
est de 7,5 % calculé sur le montant de la contrepartie payée ainsi que sur le montant de TPS payé.

133 Le terme « fourniture » est défini au paragraphe 123(1) L.T.A. et à l'article 1 L.T.V.Q. Cette définition est très large et englobe pratiquement toute transaction de biens ou de services, entre autres, la « livraison de biens ou prestation de services, notamment par vente, troc, échange, louage, donation ou aliénation ».

134 Voir les articles 240 L.T.A. et 407 et suivants L.T.V.Q. Cette règle s'applique sous réserve de certaines règles, incluant celle applicable au « petit fournisseur ».

135 L'ARC a comme position que les tests élaborés par la jurisprudence en impôt concernant les projets à risque et les affaires de caractère commercial devraient s'appliquer aussi aux fins de la *Loi sur la taxe d'accise*.

136 Voir la définition d'« activité commerciale » au paragraphe 123(1) L.T.A. et à l'article 1 L.T.V.Q.

137 Voir les articles 169 et suivants L.T.A. et 199 et suivants L.T.V.Q.

d'effectuer, en tout ou en partie, des fournitures exonérées[138], l'acquéreur ne pourra pas récupérer, en tout ou en partie, la TPS/TVQ payée. Dans ces cas, la TPS/TVQ devient donc un coût additionnel d'exploitation[139].

Tout d'abord, nous verrons la classification d'une fourniture de propriété intellectuelle en vertu de la *Loi sur la taxe d'accise* et de la *Loi sur la taxe de vente du Québec*, soit le fait de préciser si la fourniture est celle d'un service ou d'un bien et, s'il s'agit d'une fourniture de bien, de quelle sorte de bien, meuble corporel ou incorporel ou immeuble. La classification est pertinente afin d'appliquer la *Loi sur la taxe d'accise* et la *Loi sur la taxe de vente du Québec*, plus particulièrement quant à la détermination du lieu de fourniture, le taux de taxe applicable, la perception de la taxe et le moment où elle doit être perçue. Nous discuterons ensuite du lieu de la fourniture, afin de déterminer si la fourniture a lieu au Canada ou à l'extérieur du Canada. Si la fourniture a lieu à l'extérieur du Canada, cette fourniture n'est généralement pas assujettie à la *Loi sur la taxe d'accise*[140]. Nous aborderons aussi le lieu de fourniture d'une propriété intellectuelle relativement au Québec. Bien qu'une fourniture puisse être effectuée au Canada et au Québec, elle peut, dans certains cas, ne pas être sujette au paiement de la TPS/TVQ. En effet, nous verrons qu'une fourniture peut être détaxée lorsque la propriété intellectuelle est fournie à un non-résident non inscrit. Finalement, nous discuterons des règles spécifiques qui s'appliquent lors de l'importation de la propriété intellectuelle.

---

138 Les fournitures exonérées sont celles que l'on retrouve à l'annexe V L.T.A. et incluent, de façon générale, les fournitures d'immeubles d'habitation, de services de santé, de services d'enseignement, ainsi que certaines fournitures effectuées par les organismes de bienfaisance et les organismes du secteur public et finalement les fournitures de services financiers. Pour l'application de la TVQ, les fournitures exonérées (art. 93 à 172.1 L.T.V.Q.) sont sensiblement les mêmes que celles en vertu du régime de la TPS, **à l'exception** des services financiers, qui sont détaxés selon le régime de la TVQ (art. 198 L.T.V.Q.).

139 Pour la poursuite du présent texte, et considérant que le régime de la TVQ est généralement harmonisé à celui de la TPS, nous discuterons principalement de la *Loi sur la taxe d'accise*. Les principes en vertu de la TPS doivent alors être adaptés au contexte québécois de la TVQ. Lorsque les principes de la *Loi sur la taxe de vente du Québec* sont différents de ceux de la *Loi sur la taxe d'accise*, nous le préciserons et ferons état des différences.

140 Des règles spéciales sont prévues afin de déterminer si une fourniture est effectuée dans une province participante pour l'application de la taxe de vente harmonisée (TVH), c'est-à-dire dans les provinces de Nouvelle-Écosse, Terre-Neuve et Labrador et Nouveau-Brunswick. Ces règles particulières ne seront pas étudiées dans le présent texte.

4.2. DÉFINITION DE « PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE »

La *Loi sur la taxe d'accise* prévoit au paragraphe 123(1) la définition d'un « bien » : « à l'exclusion d'argent, tous biens – meubles et immeubles – tant corporels qu'incorporels, y compris un droit quelconque, une action ou une part ». Le même paragraphe prévoit la définition de « services » : « tout ce qui n'est ni un bien, ni de l'argent, ni fourni à un employeur par une personne qui est un salarié de l'employeur, ou a accepté de l'être, relativement à sa charge ou à son emploi »[141].

Bien qu'il s'agisse d'une des plus importantes questions à se poser, la classification de la propriété intellectuelle en un bien meuble incorporel ou en un service n'est pas des plus évidentes. Bien que le *Bulletin d'information technique* B-090[142] traite principalement de commerce électronique, de nombreuses informations se rapportent à la fourniture de propriété intellectuelle. De façon générale, « la fourniture d'un droit relatif à un produit […] comme un élément de propriété intellectuelle ou le droit d'utiliser un élément de propriété intellectuelle (par exemple : un droit d'auteur) »[143] est la fourniture d'un bien meuble incorporel (ci-après « BMI »)[144]. Aussi, un logiciel téléchargé par un client est la fourniture d'un BMI et est considéré comme la fourniture d'une propriété intellectuelle[145]. L'ARC poursuit en mentionnant que « lorsque la fourniture n'inclut pas le transfert de droits (comme le savoir-faire technique) »[146], il s'agit

---

141 Les définitions de « biens » et « services » à l'article 1 L.T.V.Q. sont semblables aux définitions de la *Loi sur la taxe d'accise.*

142 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'information technique* B-090, « La TPS/TVH et le commerce électronique », 12 juillet 2002.

143 *Id*., p. 4.

144 Tous les BMI ne sont pas de la propriété intellectuelle. Par exemple, un engagement de non-concurrence est un BMI qui n'est pas une propriété intellectuelle. Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Énoncé de politique* P-200R, « Lieu de fourniture de biens meubles incorporels et d'immeubles », 5 mai 1999.

145 Il convient de noter qu'un « logiciel en vente libre » fourni sur support de transmission (disquette ou autre) est un bien meuble corporel, et ce, même s'il est fourni par licence. Un « logiciel personnalisé » qui est fourni par licence est considéré comme un bien meuble incorporel, peu importe la façon dont le logiciel est livré. Voir ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, *Bulletin de la Section nationale des taxes de vente et à la consommation*, question 25, 28 février 2002; AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Énoncé de politique* P-150, « Application de la taxe sur les logiciels importés », 14 juillet 1994; AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit*., note 84 et *op. cit*., note 142.

146 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit*., note 142, p. 4.

généralement d'un service. Or, comme c'est le cas en impôt, la ligne est difficile à tracer entre le BMI et le service[147].

4.3. FOURNITURE D'UNE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE AU CANADA ET AU QUÉBEC

4.3.1. Canada

Seules les fournitures qui sont effectuées au Canada sont soumises à la TPS. Le lieu de la fourniture dépend en grande partie de la classification de la fourniture. Les paragraphes 142(1) et 142(2) L.T.A. prévoient les règles générales qui permettent de déterminer si une fourniture est effectuée au Canada ou à l'étranger.

De façon générale, la fourniture de propriété intellectuelle est la fourniture d'un BMI. Nous nous attarderons spécifiquement au lieu d'une fourniture de BMI[148]. L'alinéa 142(1)c) L.T.A. prévoit qu'un bien meuble incorporel est réputé fourni au Canada si :

(i) il peut être utilisé en totalité ou en partie au Canada[149]; ou

(ii) il se rapporte à un immeuble situé au Canada, à un bien meuble corporel qui y est habituellement situé ou à un service à y être rendu.

L'alinéa 142(1)c) L.T.A. a une très large portée et il est difficile de tomber à l'extérieur de l'application de cette disposition.

---

147 Pour d'autres exemples ou pour plus de détails concernant le commerce électronique, voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 142.

148 Voir aussi les articles 142 et suivants L.T.A. pour les lieux de fourniture de services et autres biens. Il convient de noter que l'alinéa 142(1)g) L.T.A. prévoit, de façon générale, qu'un service rendu en tout ou en partie au Canada est réputé être fourni au Canada.

149 Le sous-alinéa 142(1)c)(i) L.T.A. a été modifié en 1997 et ces modifications s'appliquent aux fournitures effectuées depuis le 23 avril 1996. Auparavant, le sous-alinéa prévoyait que la fourniture d'un BMI était réputée effectuée au Canada si le bien pouvait y être utilisé en tout ou en partie **et** si l'acquéreur de la fourniture résidait au Canada ou était un inscrit aux fins de la TPS. Depuis le 23 avril 1996, le lieu de la fourniture d'un BMI est déterminé seulement par rapport à l'utilisation qui peut être faite du BMI, en totalité ou en partie, et non par rapport à des qualités de l'acquéreur.

Lorsqu'un BMI ne se rapporte pas à un immeuble, à un bien meuble corporel ou à un service, l'ARC considère les restrictions d'usage dans des ententes contractuelles ou ailleurs par rapport au Canada pour décider si ce BMI peut être utilisé en totalité ou en partie au Canada. Si le bien peut être utilisé au Canada, ce qui inclut l'absence de restriction concernant les endroits où la propriété intellectuelle peut être utilisée, la fourniture du BMI est réputée effectuée au Canada. Ainsi, toute acquisition de propriété intellectuelle pour usage au Canada sera réputée avoir été effectuée au Canada. Par exemple, la vente d'une marque de commerce par une société américaine à une société canadienne pour l'exploitation d'une entreprise de vente de produits sous marque de commerce au Canada est une fourniture au Canada.

Le *Bulletin d'information technique* B-090 précise que l'expression « peut être utilisé » doit être interprétée de façon à vouloir dire « autorisé à être utilisé ». Ainsi, la fourniture d'un BMI peut être considérée comme effectuée au Canada même si dans les faits, ce BMI n'est pas utilisé au Canada. Ce bulletin se poursuit en indiquant que pour établir si un BMI peut être utilisé au Canada, « on peut se référer à n'importe quelle entente écrite concernant la fourniture qui contient des dispositions régissant le lieu d'utilisation du bien meuble incorporel »[150]. Ainsi, pour savoir si la propriété intellectuelle peut être utilisée en totalité ou en partie au Canada, on doit se référer à une clause d'une entente écrite ou encore à toute restriction imposée par le fournisseur relativement au lieu d'utilisation de ladite propriété intellectuelle. Dans le cas où il n'y a aucune restriction géographique, on arrive à la conclusion que la propriété intellectuelle peut, en tout ou en partie, être utilisée au Canada.

L'*Énoncé de politique* P-200R[151] prévoit l'exemple de la vente par un auteur canadien des droits d'édition mondiaux de son nouveau roman à un éditeur non inscrit. En considérant que les droits peuvent être utilisés partout, incluant au Canada, la fourniture est réputée effectuée au Canada en vertu du sous-alinéa 142(1)c)(i) L.T.A.[152]

De façon miroir, l'alinéa 142(2)c) L.T.A. prévoit qu'un BMI est réputé fourni à l'étranger (c'est-à-dire hors du Canada) si :

---

150 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 142, p. 18.

151 *Supra*, note 144.

152 Voir aussi les autres exemples mentionnés dans AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 144.

(i) il ne peut être utilisé au Canada; ou

(ii) il se rapporte à un immeuble situé à l'étranger, à un bien meuble corporel habituellement situé à l'étranger ou à un service à être rendu entièrement à l'étranger.

Par exemple, une personne qui acquiert les droits d'auteur sur une œuvre afin que cette œuvre soit publiée et distribuée exclusivement aux États-Unis ne sera pas réputée avoir acquis une propriété intellectuelle qui peut être utilisée en tout ou en partie au Canada.

Les deux règles des alinéas 142(1)c) et 142(2)c) L.T.A. doivent s'appliquer sous réserve des règles spécifiques que l'on retrouve aux articles 143, 144 et 179 L.T.A.[153] De façon générale, l'article 143 L.T.A. prévoit qu'un bien meuble ou un service fourni au Canada par une personne non résidente sera réputé avoir été fourni à l'étranger, sauf si : i) le non-résident effectue la fourniture dans le cadre d'une entreprise exploitée au Canada; ii) la personne non résidente est inscrite aux fins de la TPS/TVQ; ou iii) il s'agit de la fourniture d'un droit d'entrée relativement à un lieu de divertissement, un colloque, une activité ou un événement, que la personne n'a pas acquis d'une autre personne.

Selon la rédaction des alinéas 142(1)c) et 142(2)c) L.T.A., on peut avoir l'impression que, si une fourniture est réputée faite au Canada, elle ne peut être effectuée à l'étranger. Or, qu'en serait-il d'une fourniture d'un BMI lié à un service entièrement rendu aux États-Unis, mais qui peut être utilisé en partie au Canada? D'après l'économie de la *Loi sur la taxe d'accise*, on doit présumer que, dès qu'une fourniture est réputée être effectuée au Canada, la fourniture est assujettie et la *Loi sur la taxe d'accise* s'applique à la fourniture.

4.3.2. Québec

Pour établir le lieu de fourniture d'un BMI relativement à la *Loi sur la taxe de vente du Québec*, on doit connaître ce que signifie l'expression « droits canadiens ». L'article 22.10 L.T.V.Q. prévoit que l'expression « droits canadiens » signifie la partie du BMI qui peut être utilisée au Canada. Cet article rejoint l'alinéa 142(1)c) L.T.A. en ce qu'on y retrouve

---

153 L'article 144 L.T.A., qui concerne les fournitures avant dédouanement, et l'article 179 L.T.A., qui concerne la livraison au consignataire d'un non-résident (« livraisons directes »), doivent aussi être considérés dans l'évaluation du lieu de fourniture. Ces articles ne seront pas traités en détail dans le présent document.

encore l'idée de « l'utilisation en tout ou en partie d'un bien meuble incorporel au Canada ». L'article 22.11 L.T.V.Q. prévoit les situations lors desquelles un BMI est réputé effectué au Québec. L'article 22.11 L.T.V.Q. prévoit quatre situations différentes, soit lorsque le BMI se rapporte à un immeuble, à un bien meuble corporel, à des services ou dans tout autre cas. De façon générale, un BMI sera réputé effectué au Québec, s'il se rapporte à un immeuble qui est situé en totalité ou presque au Québec s'il se rapporte à un bien meuble corporel qui est habituellement situé en totalité ou presque au Québec ou s'il se rapporte à des services qui doivent être exécutés en totalité ou presque au Québec. Dans le cas où l'immeuble, le bien meuble corporel ou les services ne sont pas, en totalité ou presque, situés ou exécutés hors du Québec, la fourniture du BMI sera réputée effectuée au Québec si le lieu de négociation de la fourniture est situé au Québec. Finalement, si l'immeuble, le bien meuble corporel ou les services sont situés ou exécutés principalement au Québec, la fourniture du BMI sera réputée effectuée au Québec :

(i) si le lieu de négociation de la fourniture est situé hors du Canada, l'immeuble, le bien meuble corporel ou les services sont situés ou exécutés en totalité ou presque au Canada; ou

(ii) si le lieu de négociation de la fourniture est situé dans une autre province, l'immeuble, le bien meuble corporel ou les services sont situés ou exécutés en totalité ou presque hors de cette province.

Finalement, dans tous les autres cas, un BMI sera réputé effectué au Québec a) si la totalité ou la presque totalité des droits canadiens ne peuvent être utilisés qu'au Québec, b) si le lieu de négociation de la fourniture est situé au Québec et le bien peut être utilisé autrement qu'exclusivement hors du Québec, ou c) si les droits canadiens ne peuvent être utilisés autrement que principalement au Québec et i) si le lieu de négociation de la fourniture est situé hors du Canada, le bien ne peut être utilisé autrement qu'exclusivement au Canada; ou ii) si le lieu de négociation de la fourniture est situé dans une autre province, le bien ne peut être utilisé autrement qu'exclusivement hors de cette province.

Lors du Symposium sur les taxes à la consommation de l'APFF en 2004[154], les délégués de la Direction des lois sur les taxes et l'administration

[154] Serge BOUCHARD, Pierre E. RODRIGUE et Jacques BOISVERT, « Les sujets techniques de l'heure », dans *Colloque – Symposium sur les taxes à la consommation*, 143, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2004, pp. 6:1-75.

fiscale de Revenu Québec ont émis une interprétation au sujet de la vente de droits relatifs à une propriété intellectuelle. Dans cet exemple, le contrat prévoyait le transfert de la presque totalité des droits mondiaux reliés à la propriété intellectuelle, à l'exception du territoire canadien. Dans l'exemple, le lieu de négociation de la fourniture était situé au Québec. Or, une clause du contrat prévoyait que l'acheteur ne pouvait distribuer, vendre ou commercialiser les produits au Canada, sauf si le vendeur de la propriété intellectuelle donnait son consentement. Il appert donc qu'au moment de la vente, l'acheteur ne pouvait pas utiliser la propriété intellectuelle au Canada. Dans le cas où aucun consentement écrit n'était donné par le vendeur, l'acheteur ne pouvait jamais utiliser la propriété intellectuelle au Québec ou au Canada. Or, considérant que le contrat prévoyait que l'acquéreur **pourrait éventuellement** utiliser la propriété intellectuelle au Canada (au Québec) avec le consentement écrit du vendeur, Revenu Québec a émis l'opinion que la fourniture de la propriété intellectuelle était réputée effectuée au Québec en vertu de l'article 22.11(4)b) L.T.V.Q. qui prévoit que la fourniture d'un BMI qui ne se rapporte pas à un immeuble, à un bien meuble corporel ou à des services est réputée être effectuée au Québec si le lieu de négociation de la fourniture est situé au Québec et si le bien peut être utilisé autrement qu'exclusivement hors du Québec. On comprend donc que Revenu Québec interprète de façon très large les termes « peut être utilisé »[155].

Or, bien qu'une fourniture puisse être réputée effectuée au Canada, lorsque l'acquéreur est un non-résident et un non-inscrit, la fourniture peut être détaxée.

4.4. « EXPORTATION » DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

Il est un peu biaisé de parler d'exportation de propriété intellectuelle. On vise ici généralement la fourniture au Canada d'une propriété intellectuelle à un non-résident.

Une fourniture qui est réputée effectuée au Canada est généralement taxable et l'acquéreur doit payer la TPS. Or, une fourniture peut avoir été effectuée au Canada, mais effectuée à un non-résident qui ne souhaite pas exploiter le BMI au Canada[156]. La fourniture peut donc être détaxée

---

155 Cette interprétation large de « peut être utilisé » devra probablement être appliquée dans le contexte de la TPS.

156 Un non-résident qui a un établissement stable au Canada est réputé être un résident du Canada en ce qui concerne les activités qu'il exerce par l'entremise de l'établissement (par. 132(2) L.T.A. et art. 12 L.T.V.Q.).

lorsqu'elle est visée par les dispositions portant sur la détaxation. Toutes les fournitures de BMI à un non-résident ne sont pas détaxées. On se doit d'être prudent et de s'assurer que la fourniture est explicitement visée à la Partie V de l'annexe VI L.T.A.[157]

Une fourniture de propriété intellectuelle peut être détaxée si elle répond aux critères de l'article 10 de la Partie V de l'annexe VI L.T.A. (ci-après « Article 10 »). L'Article 10 prévoit qu'est détaxée :

> « La fourniture d'une invention, d'un brevet, d'un secret industriel, d'une marque de commerce, d'une raison sociale, d'un droit d'auteur, d'une conception industrielle ou de toute autre propriété intellectuelle, ou des droits, licences ou privilèges afférents à leur utilisation, au profit d'un acquéreur non résident qui n'est pas inscrit aux termes de la sous-section d de la section V de la partie IX de la Loi au moment de la fourniture[158], […]. »

Dans le cas où la fourniture d'une propriété intellectuelle est réputée être effectuée au Canada et que l'acquéreur est un non-résident qui n'est pas inscrit aux fins de la TPS, la fourniture de la propriété intellectuelle sera détaxée et aucune taxe ne sera payée par l'acquéreur non résident non inscrit. Considérant qu'il s'agit d'une fourniture détaxée, le fournisseur aura droit de recouvrer tous les CTI/RTI payés ou payables sur des biens et services acquis pour fournir la propriété intellectuelle.

On remarque, à la lecture de l'Article 10, que tous les BMI ne sont pas visés par la détaxation. Seuls ceux mentionnés à l'Article 10 peuvent bénéficier de la détaxation. En considérant que les droits, licences ou privilèges afférents à ces BMI sont visés par l'Article 10, le droit accordé, par exemple, à un franchisé d'utiliser une marque de commerce sera détaxé en vertu de cet article. Mais comme le mentionne un auteur de doctrine, la fourniture d'une option d'acquérir un bien visé à l'Article 10 sera taxable,

---

157 Art. 179 à 191.11 L.T.V.Q.

158 L'article 188 L.T.V.Q. prévoit sensiblement la même règle d'exportation et de détaxation :

> « Est détaxée la fourniture d'un brevet, d'une conception industrielle, d'un droit d'auteur, d'une invention, d'une marque de commerce, d'un nom commercial, d'un secret industriel ou d'une autre propriété intellectuelle ou de tout droit, licence ou privilège relatif à l'utilisation de tels biens, si l'acquéreur est une personne qui ne réside pas au Québec et qui n'est pas inscrite […] au moment où la fourniture est effectuée. »

car elle n'est pas visée par l'Article 10[159]. Un mémorandum[160] reprend l'Article 10 et donne un exemple de fourniture détaxée : un acquéreur non résident non inscrit acquiert les droits pour l'exploitation d'une base de données et paye des redevances à l'entreprise canadienne qui a vendu les droits internationaux d'exploitation de la base de données. La fourniture de ces droits est détaxée. Le mémorandum précise aussi que toute autre propriété intellectuelle non visée par l'Article 10, par exemple le droit d'utiliser une adhésion, n'est pas détaxée. Finalement, le *Bulletin d'information technique* B-090 précise que la fourniture d'un logiciel téléchargeable est la fourniture d'une propriété intellectuelle visée à l'Article 10. Ce bulletin donne d'autres exemples de propriété intellectuelle qui ne sont pas visés par l'Article 10, incluant des droits d'accès à de l'information sur des sites Internet. D'autres exemples de propriété intellectuelle non visés par l'Article 10 peuvent inclure les listes de clients, l'achalandage, les droits de distribution[161].

Dans les cas où la propriété intellectuelle (ou plus largement le BMI) n'est pas visée à l'Article 10, la fourniture est taxable même si elle est effectuée à un non-résident qui n'est pas inscrit, à moins qu'un autre article de détaxation ne s'applique.

Lors du Symposium sur les taxes à la consommation 2005, certains auteurs ont fait des commentaires sur des sujets d'actualité, incluant la fourniture de propriété intellectuelle[162]. Les auteurs ont suggéré que l'ARC et Revenu Québec élaborent une définition de « propriété intellectuelle » aux fins de l'Article 10. En effet, on peut se demander si la politique fiscale est bien servie lorsqu'un non-résident non inscrit acquiert une propriété intellectuelle qui n'est pas visée à l'Article 10, alors que l'acquéreur non-résident n'a pas l'intention d'exploiter une entreprise au Canada. Dans ce dernier exemple, l'acquéreur non résident se trouve à payer une taxe qui augmente son coût d'exploitation. Or, les articles de détaxation ont comme

---

159 *Taxnet.pro* (en ligne), David SHERMAN, *David Sherman's Analysis*, notes Schedule VI, Part V, Scarborough, Ont., Carswell, 14 janvier 2005.

160 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Série des mémorandums sur la TPS/TVH section 4.5.3*, « Exportations - Services et propriété intellectuelle », juin 1998, par. 51.

161 Voir ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, *Bulletin de la Section nationale des taxes de vente et à la consommation*, question 20, 24 février 2000.

162 Jean LANOUE et Jean-Hugues CHABOT, « Commentaire éditorial sur certains sujets d'actualité », dans *Colloque – Symposium sur les taxes à la consommation*, 152, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2005, pp. 8:1-39.

but, entre autres, de rendre le Canada compétitif sur le plan international et de ne pas pénaliser des acquéreurs en affaires par des taxes à la valeur ajoutée non récupérables.

Deux décisions ont été répertoriées relativement à l'application de l'Article 10. Dans l'affaire *Canadian Copper & Brass Development Association* c. *La Reine*[163], la Cour canadienne de l'impôt a rejeté l'appel du contribuable. Dans cette affaire, le contribuable était une association sans but lucratif dont l'objectif était de promouvoir l'utilisation de cuivre. Les fournitures faites par l'appelant comprenaient entre autres la production de vidéos pour la promotion de la vente de cuivre au Canada. L'acquéreur des fournitures du contribuable était une association non résidente et non inscrite. Le contribuable argumentait qu'il fournissait de la propriété intellectuelle qu'il qualifiait de *market development information* à un non-résident non inscrit et que cette fourniture était détaxée. L'ARC a cotisé le contribuable pour défaut d'avoir perçu la TPS sur une fourniture taxable au Canada. La Cour a résumé la fourniture comme suit : « The Appellant received funds from ICA to help in its market promotion projects to promote the various usages of copper. » La Cour a décidé que la fourniture faite par le contribuable n'était pas la fourniture d'une propriété intellectuelle car la fourniture ne « cadrait » pas avec l'Article 10. La question principale de ce litige demeure cependant la suivante : qu'est-ce que le contribuable a fourni au non-résident? Était-ce un service, un BMI non visé à l'Article 10? Néanmoins, la décision *Canadian Copper & Brass* démontre bien que toute fourniture de BMI n'est pas nécessairement détaxée et que seules les fournitures de propriété intellectuelle expressément visées à l'Article 10 le sont.

En novembre 2005, la Cour canadienne de l'impôt a rendu sa décision dans l'affaire *Dawn's Place Ltd.* c. *La Reine*[164], une autre décision répertoriée relativement à l'Article 10. Dans cette affaire, le contribuable exploitait une entreprise de site Web à contenu « pour adultes ». Les clients devaient payer des frais de souscription afin de visionner les images et les vidéos. On comprend des faits que la presque totalité des clients étaient non résidents. La position du contribuable était évidemment que le contenu du site Internet était visé par l'Article 10 et que les fournitures étaient détaxées. L'ARC a cotisé le contribuable pour défaut de perception de TPS sur les frais de souscription. L'ARC était d'avis que la fourniture avait eu lieu au Canada et qu'aucun article de détaxation ne s'appliquait : les clients non

---

163 [1997] G.S.T.C. 11 (C.C.I.) (ci-après « *Canadian Copper & Brass* »).

164 [2005] G.S.T.C. 177 (C.C.I.).

résidents devaient payer la TPS sur les frais de souscription pour visionner les images et vidéos. Bien que le contribuable ait pu détenir un droit d'auteur sur sa propriété intellectuelle, l'ARC avait comme position que ce n'était pas ce droit d'auteur qu'il fournissait à ses clients, mais bien un « item » soumis au droit d'auteur. Cet « item » soumis au droit d'auteur n'étant pas visé précisément par l'Article 10, la fourniture de cet « item » ne bénéficiait d'aucune mesure de détaxation. L'ARC était d'avis que la fourniture de l'« item » n'était pas la fourniture d'un droit, d'une licence ou d'un privilège afférent à l'utilisation du droit d'auteur.

La Cour a statué sur le terme « droit d'auteur », prévu à l'Article 10. Après avoir cité le paragraphe 3(1) L.D.A., le juge arrive à la conclusion que les photos, dessins et logos qui représentent une large part du site Web devraient être considérés comme du droit d'auteur au sens de la *Loi sur le droit d'auteur*. Le juge conclut qu'il y a eu fourniture de droits d'auteur et que les frais de souscription étaient payés pour de la propriété intellectuelle visée à l'Article 10.

Le juge n'a pas fait de distinction entre la fourniture du droit d'auteur, qui représenterait la vente des droits d'auteur à une personne qui serait ainsi autorisée à utiliser ce droit d'auteur pour ses activités, et l'utilisation de son propre droit d'auteur par le contribuable afin de vendre des accès à des images protégées par le droit d'auteur.

Finalement, on doit noter que le juge a précisé que la fourniture était détaxée dans la mesure où on pouvait déterminer si les acquéreurs étaient des non résidents et qu'ils n'étaient pas inscrits aux fins de la TPS. Cette dernière remarque est bien difficile à appliquer en pratique en considérant le grand nombre de clients. Or, le juge a rendu son jugement en écrivant que les fournitures étaient détaxées si l'ARC déterminait que les acquéreurs étaient non résidents non inscrits.

Cette décision a probablement élargi l'application de l'Article 10 à des fournitures qui n'étaient pas visées *a priori* par les rédacteurs de la *Loi sur la taxe d'accise*. L'ARC ayant porté cette décision en appel, nous verrons bientôt comment la Cour d'appel fédérale répondra aux arguments de l'ARC.

Par l'*Énoncé de politique* P-009[165] et le *Mémorandum* 4.5.1[166], l'ARC a déterminé les preuves satisfaisantes de la résidence et du statut de non-inscrit d'un acquéreur. De façon générale, une déclaration signée par l'acquéreur selon laquelle il est un non-résident et un non-inscrit aux fins de la TPS au moment de la fourniture sera acceptée comme preuve suffisante du statut de résidence et d'inscription[167]. La déclaration suggérée par l'ARC prévoit en outre que l'acquéreur s'engage à informer le fournisseur de tout changement de résidence ou de statut relatif à l'inscription en TPS. On ne doit pas oublier que la responsabilité de la perception de la TPS sur une fourniture réputée effectuée au Canada incombe au fournisseur. Si la fourniture et les qualités de l'acquéreur répondent aux prescriptions de l'Article 10, le fournisseur devra s'assurer d'obtenir au préalable une telle déclaration signée par l'acquéreur, avant de ne pas percevoir pas la TPS sur la fourniture de propriété intellectuelle.

On doit se rappeler que la classification d'une propriété intellectuelle est souvent plus difficile qu'il n'y paraît. Lorsqu'une fourniture peut être un BMI, mais qu'on pourrait aussi la qualifier de service (par exemple, le fait de créer un logiciel pour un client non résident), le fournisseur se doit d'être prudent. Un service rendu à un non-résident peut être détaxé selon les articles 7 et 23 de la Partie V de l'annexe VI L.T.A., bien que le non-résident soit inscrit aux fins de la TPS. Or, dans une telle situation où la classification de la fourniture n'est pas claire, le fournisseur devrait obtenir une déclaration dans laquelle l'acquéreur confirme qu'il est un non-résident non inscrit, ou, dans l'hypothèse où l'acquéreur non résident est un inscrit, percevoir la TPS. Dans ce dernier cas, l'acquéreur pourra récupérer la TPS à titre de CTI.

4.5. « IMPORTATION » DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

De même que pour l'exportation, il est un peu biaisé de parler d'importation de propriété intellectuelle. On vise ici généralement une fourniture réputée faite à l'étranger, acquise par un résident du Canada pour utilisation au Canada.

---

165 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Énoncé de politique* P-009, « Déterminer la preuve de la résidence et du statut relatif à l'inscription », 3 avril 1992.

166 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Série des mémorandums sur la TPS/TVH section 4.5.1*, « Exportations - Déterminer le statut de résidence », janvier 1998.

167 On peut présumer la même règle dans le contexte de la TVQ.

Généralement, l'importation de biens corporels au Canada est taxable en vertu de la Partie III L.T.A. (art. 212 à 216 L.T.A.)[168]. Pour ces biens, la perception se fait à la frontière, en même temps que le paiement des droits de douane[169].

Une propriété intellectuelle, qui est un BMI, réputée fournie à l'étranger par l'application du paragraphe 142(2) et de l'article 143 L.T.A., entre autres, et importée au Canada est aussi soumise à l'application de la *Loi sur la taxe d'accise* et de la *Loi sur la taxe de vente du Québec*. La section IV L.T.A. (art. 217 à 220 L.T.A.) prévoit la taxe à être payée sur les fournitures taxables importées[170].

L'article 217 L.T.A. prévoit la définition de « fournitures taxables importées ». L'alinéa 217c) L.T.A. prévoit que la fourniture taxable d'un BMI est une « fourniture taxable importée » si la fourniture a été effectuée à l'étranger au profit d'un résident canadien, **à l'exclusion d'un bien** qui :

(i) est acquis pour consommation, utilisation ou fourniture exclusive dans le cadre des activités commerciales de la personne ou des activités qu'elle exerce exclusivement à l'étranger et qui ne font pas partie d'une entreprise ou d'un projet à risques ou d'une affaire de caractère commercial exploitée par elle au Canada;

(ii) ne peut être utilisé au Canada; ou

---

168 Les règles concernant l'importation de biens au Québec sont différentes puisque aucune TVQ n'est perçue aux frontières nationales ou provinciales. De façon générale, l'article 17 L.T.V.Q. prévoit qu'une personne qui apporte un bien corporel au Québec doit payer la TVQ calculée sur la valeur du bien sauf si ce bien est utilisé pour consommation ou utilisation exclusive dans le cadre de ses activités commerciales et à l'égard duquel cette personne aurait pu demander un RTI si elle avait payé la TVQ.

169 Puisque les « logiciels en vente libre » sont considérés comme des biens meubles corporels, la TPS de la Partie III L.T.A. sera payée à la frontière, et généralement calculée sur le prix d'achat. Lorsqu'un « logiciel personnalisé » fourni sur support de transmission est importé, la TPS de la Partie III L.T.A. sera appliquée sur la valeur entière dudit logiciel. Seule la portion de l'utilisation de la licence du logiciel est classifiée comme un bien meuble incorporel. La TPS de la Partie IV L.T.A. s'appliquera si le BMI est une « fourniture taxable importée ». Voir ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, *op. cit*., note 145. Voir également AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, notes 145, 84 et 142.

170 Voir les articles 18 à 18.0.2 L.T.V.Q. qui prévoient l'importation au Québec de biens meubles incorporels, de services et de certains biens meubles corporels.

(iii) se rapporte à un immeuble situé à l'étranger, à un service à exécuter entièrement à l'étranger ou à un bien meuble corporel situé à l'étranger.

De façon générale, lorsqu'un BMI est acquis d'un non-résident afin d'être utilisé au Canada pour consommation, utilisation ou fourniture **autrement qu'exclusive** dans le cadre des activités commerciales d'une personne, la fourniture est une « fourniture taxable importée » et l'acquéreur doit payer la TPS de l'article 218 L.T.A.[171] Lorsqu'une personne acquiert une propriété intellectuelle d'un non-résident et qu'elle utilise ladite propriété intellectuelle dans le cadre exclusif de ses activités commerciales, elle n'a pas à payer la TPS, car la fourniture n'est pas visée par l'article 217 L.T.A.

En avril 2006, la Cour canadienne de l'impôt a rendu jugement relativement à l'article 217 L.T.A. et au sens de « fournitures taxables importées ». Dans l'affaire *HR Block Canada Inc*. c. *La Reine*[172], l'ARC a cotisé le contribuable en vertu de l'article 218 L.T.A. sur la base que le contribuable avait acquis une « fourniture taxable importée », telle qu'elle est définie à l'article 217 L.T.A. Le contribuable a argumenté que la fourniture n'était pas une « fourniture taxable importée » en ce que le BMI acquis par le contribuable l'avait été pour consommation, utilisation ou fourniture **exclusive** dans le cadre de ses activités commerciales.

Le contribuable est une société canadienne qui est une filiale d'une société américaine. Le contribuable rend des services de conseils fiscaux et de préparation de déclarations de revenus. Le contribuable offre aussi un service de cession du droit aux remboursements en matière d'impôt (voir art. 158 L.T.A. et art. 39 L.T.V.Q.). Dans cette affaire, le contribuable, HR Block Canada, payait des redevances à une compagnie non résidente pour l'utilisation des marques de commerce et logos de HR Block. En vertu de l'article 158 L.T.A., un escompteur d'impôt est réputé effectuer deux fournitures, soit une fourniture d'un service financier et une fourniture taxable d'un service (préparation des déclarations de revenus). HR Block a argumenté que les redevances payées au non-résident n'étaient pas soumises à la taxe des articles 217 et 218 L.T.A., car la propriété intellectuelle était utilisée exclusivement dans le cadre des fournitures taxables de préparation de déclarations fiscales. Ainsi, comme la propriété intellectuelle était utilisée « exclusivement » pour consommation, utilisation ou fourniture dans le

---

[171] La TPS doit être payée et déclarée dans le délai prescrit et au moyen du formulaire prescrit.

[172] [2006] G.S.T.C. 55 (C.C.I.).

cadre de ses activités commerciales, la propriété intellectuelle ainsi fournie n'était pas une « fourniture taxable importée ». La Cour canadienne de l'impôt est arrivée à la conclusion que le service financier et le service de préparation de déclarations de revenus n'étaient pas deux entreprises distinctes en ce sens où on ne pouvait attribuer l'utilisation de la propriété intellectuelle à une seule des fournitures. Le juge a décidé que la propriété intellectuelle était utilisée autant dans le cadre de la fourniture taxable que dans le cas de la fourniture exonérée. Ainsi, le contribuable devait payer la TPS prévue à l'article 218 L.T.A. sur le montant total de « fourniture taxable importée ». Pour récupérer un CTI sur la portion utilisée pour consommation, utilisation ou fourniture dans le cadre de ces activités commerciales, le contribuable devait utiliser une méthode juste et raisonnable afin de déterminer la portion dans laquelle elle acquérait la propriété intellectuelle pour effectuer une fourniture taxable (allocation des intrants entre les fournitures taxables et les fournitures exonérées), le tout, conformément au paragraphe 141.01(5) L.T.A.

CONCLUSION

La propriété intellectuelle, de par sa nature intangible, donne lieu à des questions fiscales difficiles. La distinction entre les biens et les services, bien que ténue, est particulièrement importante tant aux fins de l'impôt sur le revenu que des taxes à la consommation. La distinction entre les transactions de nature courante et de nature capital est aussi particulièrement importante, tant dans le contexte local qu'international. Les concepts de licence exclusive (qui donne lieu à une disposition) et de licence non exclusive (qui constitue un mode d'exploitation de la propriété intellectuelle) peuvent servir de point de départ pour cette distinction, mais il faut se méfier puisque cette terminologie n'est pas utilisée uniformément dans les ententes commerciales. Les contribuables canadiens qui font des paiements à des non-résidents pour de la propriété intellectuelle doivent s'assurer de bien comprendre les conséquences possibles non seulement sur le plan de l'impôt de la Partie XIII L.I.R., mais aussi en ce qui concerne les taxes à la consommation, particulièrement lorsque le contribuable exploite une entreprise dans un secteur exonéré. Enfin, les nouvelles technologies de l'information viennent ajouter aux difficultés juridiques inhérentes aux transactions impliquant la propriété intellectuelle et soulèvent des questions délicates quant à l'application des règles existantes.

IMPACT DE LA MODIFICATION DES TAUX D'IMPÔT : IMPOSITION DU DIVIDENDE

Luc Lacombe
CA, M. Fisc.
Pratte, Bélanger comptables agréés inc.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 22:5

INTÉGRATION 22:6

1. PROPOSITIONS LÉGISLATIVES FÉDÉRALES 22:8

1.1. SOMMAIRE 22:8
1.2. CRTG 22:9
1.2.1. Constat 22:12
1.2.2. Commentaires 22:14
1.3. CRTR 22:15
1.4. DÉSIGNATION EXCESSIVE DE DIVIDENDE DÉTERMINÉ 22:18
1.4.1. Désignation excessive applicable aux SPCC 22:19
1.4.2. Désignation excessive applicable aux SRC 22:21
1.4.3. Constat 22:22

1.5. MAJORATION DU CRTG 22:23
1.5.1. Solde de départ du CRTG 22:23
1.5.2. Changement de statut 22:27
1.5.3. Société fusionnée 22:29
1.5.4. Société liquidée 22:31
1.6. MAJORATION DU COMPTE DE REVENU À TAUX RÉDUIT 22:33
1.6.1. Solde de départ 22:33
1.6.2. Société qui cesse d'être une SPCC 22:34
1.6.3. Fusion 22:36
1.6.4. Liquidation 22:38
1.7. APPLICATION 22:39
1.8. CHOIX 22:39
1.8.1. Constat 22:40
1.8.2. Dans quelle circonstance le choix de ne pas être une SPCC pourrait-il être intéressant? 22:41
1.9. AUTRES CONSIDÉRATIONS 22:42
1.9.1. Crédit d'impôt à investissement 22:42
1.9.2. Changement de statut 22:42
1.10. DÉSIGNATION 22:42
1.11. PÉNALITÉ 22:44
1.11.1. Choix 22:44
1.11.2. Commentaires 22:45
1.11.3. Exception 22:47
1.11.4. Nouvelles intentions 22:47
1.11.5. Déclaration 22:47
1.11.6. Responsabilité 22:48
1.11.7. Fin d'année présumée 22:48
1.12. RÈGLES QUÉBÉCOISES 22:49
1.13. IMPÔT EN MAIN REMBOURSABLE AU TITRE DE DIVIDENDE 22:49
1.14. PRESTATIONS DE LA SÉCURITÉ DE LA VIEILLESSE 22:50
1.15. DÉFINITION 22:51
1.16. TAUX EFFECTIF CANADIEN 22:51

2. RÉSUMÉ 22:51

CONCLUSION 22:53

ANNEXE A 22:55

ANNEXE B 22:56

ANNEXE C 22:58

ANNEXE D 22:59

ANNEXE E 22:60

ANNEXE F 22:61
ANNEXE G 22:62
ANNEXE H 22:63
ANNEXE I 22:64
ANNEXE J 22:68
ANNEXE K 22:69
ANNEXE L 22:70
ANNEXE M 22:71
ANNEXE N 22:72

INTRODUCTION*

Le 23 novembre 2005, à la suite du dépôt d'un moratoire le 19 septembre 2005, le ministre des Finances déposa des propositions législatives touchant les fiducies de revenu, afin de remédier à la problématique d'une double imposition. Pour ce faire, un rajustement sera effectué sur le taux d'imposition d'un dividende reçu par un individu d'une grande société (ci-après « dividende déterminé »). À la suite du changement de gouvernement, ces propositions ont été intégrées par le ministre Jim Flaherty dans le Budget du 2 mai 2006[1], et ce, avec un effet rétroactif au 1er janvier 2006.

En ce qui concerne le Québec, le ministre Audet a modifié les règles relatives aux taux de majoration du dividende et celles visant le crédit d'impôt, selon la provenance du dividende, dans le Budget du 23 mars 2006[2]. Dans ce budget, le ministre Audet nous indique également qu'il souscrit au principe d'intégration du régime fiscal des sociétés et de celui des particuliers et mentionne qu'il ne désire pas complexifier inutilement la fiscalité pour les contribuables québécois. Par conséquent, Finances Québec s'harmonisera avec la législation fédérale quant aux propositions annoncées le 23 novembre 2005.

Ces modifications du taux d'imposition des dividendes ont été introduites afin d'éviter une double imposition qui, selon les autorités fiscales, s'effectuait dans la situation où le revenu n'était pas admissible à la déduction pour petite entreprise (ci-après « DPE ») ou aux autres allégements fiscaux. Dans ce cadre, les autorités fiscales ont adopté des règles afin d'abaisser le taux d'imposition des dividendes reçus par les actionnaires, lorsque le revenu gagné au sein de la société ne bénéficie pas d'allégements fiscaux. C'est donc dans le but d'obtenir une meilleure intégration entre le revenu gagné d'une société et le montant imposable entre les mains des individus que ces nouvelles règles ont été énoncées.

---

* L'auteur tient à remercier Me Nancy Tapp, avocate, LL.M. fisc., ainsi que M. Sylvain Moreau, CGA, D. Fisc. du service de fiscalité du cabinet Pratte, Bélanger comptables agréés inc., de leur précieuse collaboration à la réalisation du présent texte.

1 CANADA, ministère des Finances, *Le plan budgétaire de 2006*, 2 mai 2006.

2 QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2006-2007, Discours sur le budget et Renseignements supplémentaires*, 23 mars 2006.

En conséquence, au cours des prochaines pages, nous passerons en revue les concepts d'intégration afin de mieux comprendre les objectifs visés par l'introduction des nouvelles règles. Subséquemment, nous analyserons les nouvelles règles énoncées le 29 juin 2006 et le 16 octobre 2006 afin de bien comprendre leurs objectifs, leur application, leurs limites, ainsi que nos obligations.

Enfin, nous conclurons par l'établissement de règles de conduite nous permettant de nous conformer aux nouvelles dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[3].

INTÉGRATION

D'une manière pratique, que signifie réellement le terme « intégration »? Aux fins de notre système fiscal, il signifie :

a) qu'un particulier actionnaire d'une société ne réalise pas d'économies d'impôt en gagnant un revenu par le biais de celle-ci plutôt que directement (donc que l'impôt total payé par la société et par le particulier actionnaire de celle-ci sur les fonds qui lui sont remis (ci-après « taux effectif ») sont égaux à l'impôt que le particulier paierait si le revenu était gagné directement par lui);

b) qu'une société paie autant d'impôt sur le revenu qu'elle gagne que si ses revenus étaient gagnés directement par un particulier. Donc, il n'y a aucun report d'impôt possible en gagnant un revenu par le biais d'une société. Ce concept d'intégration se calcule sur la base de l'hypothèse que les particuliers sont imposés au taux d'imposition marginal maximum.

L'intégration parfaite ne se réalise que rarement dans notre système fiscal, compte tenu du fait qu'elle est composée de taux d'imposition marginaux progressifs pour les particuliers qui varient selon la province, de taux d'imposition variables pour les sociétés selon le type de revenu gagné et la province où il est gagné. Néanmoins, l'intégration demeure un objectif réel afin de maintenir l'efficacité de notre système fiscal.

Dans le contexte des grandes entreprises, le taux effectif d'intégration, si on le compare avec le taux d'imposition maximal de l'individu, a atteint des

---

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

écarts de plus de 5 % (53,65 % *versus* 48,22 %)[4]. Cet écart a eu pour conséquence la mise en place de structures et la création de fiducie de revenu ayant pour but d'éviter cet impôt supplémentaire. C'est dans ce cadre que les autorités fiscales ont réagi en novembre 2005 en annonçant une réduction du taux d'imposition des dividendes provenant des grandes sociétés afin d'abaisser ce taux effectif. Cet objectif semble être atteint en partie.

Au Québec, compte tenu des particularités fiscales, le gouvernement du Québec n'a pas trouvé bon d'assouplir également ses règles sur les dividendes provenant de revenus d'entreprise non admissibles aux différents allégements fiscaux (DPE, fabrication et transformation, revenus de placement, etc.). Il en a plutôt profité pour augmenter indirectement le taux d'imposition sur les dividendes provenant de sociétés qui bénéficient de ces allégements fiscaux. Bien que Revenu Québec ait augmenté la majoration pour les dividendes déterminés et qu'il ait modifié son crédit d'impôt, globalement, cela n'a aucune influence sensible sur le taux d'imposition marginal pour les dividendes reçus avant ou après le 23 mars (28,61 % *versus* 29,69 %)[5].

Cette harmonisation partielle fait en sorte que le gouvernement du Québec a augmenté le taux d'imposition pour les dividendes déterminés de 1,08 % (17,54 % *versus* 16,46 %) au lieu de l'abaisser d'un pourcentage équivalant au fédéral, soit d'environ 4 %. Cela aurait permis de se rapprocher d'une manière plus concrète des principes d'intégration. Au contraire, le gouvernement du Québec s'est approprié une partie de ce champ d'imposition pour se financer.

Vous trouverez dans les annexes B à F du présent texte des tableaux illustrant les taux d'imposition selon le type de revenus ainsi qu'une comparaison entre le taux marginal d'un particulier *versus* le taux combiné société et particulier (sur la base que le particulier est imposable à son taux maximum). Cela permettra de bien comparer le taux effectif et les incidences des nouvelles règles introduites que nous verrons plus en détail dans les pages suivantes.

---

4 Voir annexe A.

5 Voir annexe B.

1. PROPOSITIONS LÉGISLATIVES FÉDÉRALES

1.1. SOMMAIRE

Les nouvelles règles séparent les sociétés en deux groupes, soit, dans un premier groupe, les sociétés privées sous contrôle canadien (ci-après « SPCC ») ainsi que les compagnies d'assurance-dépôts[6] et, dans le second groupe, les sociétés résidant au Canada (ci-après « SRC ») qui ne sont pas des SPCC ni des compagnies d'assurance-dépôts. Pour chacun des groupes, de nouvelles notions sont introduites qui sont, dans le cas des SPCC, la création d'un CRTG et, dans la situation des SRC, un CRTR.

Une société doit, en vertu des nouvelles règles, aviser son actionnaire que le dividende qu'elle vient de lui verser est un dividende déterminé qui provient du CRTG si elle est une SPCC ou qu'il est un dividende déterminé et, en conséquence, qu'il ne provient pas du CRTG si elle est une SRC. L'actionnaire n'est pas tenu de connaître la situation fiscale du payeur. Un dividende déterminé est un dividende majoré selon les nouvelles règles à un taux de 45 % et donnant droit à un crédit d'impôt qui correspond à 27,5 % du dividende reçu ou 18,966 % du dividende majoré.

Des règles spéciales s'appliqueront dans le cas où la société déclarera un dividende en excédent du montant du dividende déterminé qu'elle peut verser. Un impôt sera calculé sur l'excédent ou, s'il est raisonnable de considérer que la société a tenté d'augmenter artificiellement sa capacité de verser un tel dividende, une pénalité s'appliquera sur le montant total du dividende.

De manière générale, le CRTG est constitué du revenu imposable qui n'a pas fait l'objet de la DPE ni de certains autres taux d'impôt dits « spéciaux », tels que les revenus de placement qui bénéficient d'un compte d'impôt en main remboursable. D'un autre côté, le CRTR est constitué du revenu imposable qui a fait l'objet de la DPE au moment où cette société était une SPCC, et il inclut les dividendes que cette SRC a reçus d'une SPCC et qui ne provenaient pas de son compte de CRTG.

---

6 Le terme « compagnie d'assurance-dépôts » est défini au paragraphe 137.1(5) L.I.R. Aux fins des règles des comptes de revenu à taux réduit (ci-après « CRTR ») et des comptes de revenu à taux général (ci-après « CRTG), sont exclues de cette définition les sociétés qui sont constituées en vertu de la *Loi sur les sociétés d'assurance-dépôts du Canada* (L.R., 1985, c. C-3) et celles qui sont présumées constituées en vertu du paragraphe 137.1(5.1) L.I.R. Si elles respectent les autres critères, ces dernières pourraient donc être visées par les règles du CRTR et non du CRTG.

En ce qui concerne les SRC, lorsque ces dernières ont un solde dans leur CRTR, elles devront verser, en premier lieu, les dividendes provenant de ce compte avant de pouvoir être autorisées à verser des dividendes déterminés. Dans la situation où elles ne respectent pas cette règle, elles seront assujetties à une pénalité.

Comme il est spécifié, afin de simplifier la situation des SPCC qui n'ont pas droit à la DPE en raison de leur taille ou qui aimeraient renoncer à la DPE, en vue d'avoir la possibilité de verser des dividendes déterminés qui ne seraient assujettis qu'à la restriction reliée au CRTR, un choix sera introduit. Ce choix permettra aux SPCC de pouvoir atteindre les objectifs cités précédemment, sans pour autant renoncer aux autres avantages liés à leur statut de SPCC. Si ce choix est effectué, les sociétés seront réputées avoir une fin d'année présumée immédiatement avant le changement, et ce, peu importe que le changement découle du choix ou d'autres circonstances[7].

De plus, certaines autres règles sont introduites afin de circonscrire différentes situations, par exemple lorsque les SPCC deviennent des SRC ou font l'objet d'une fusion ou liquidation. Nous comprendrons que, dans le cadre de ce changement de statut, la *Loi de l'impôt sur le revenu* conférera aux SPCC existantes un CRTG de départ et pour les SRC, un CRTR de départ.

À la lumière de ces premiers concepts, nous pouvons immédiatement constater que les nouvelles règles ne viendront que complexifier le versement de dividendes et, par le fait même, assujettir plusieurs sociétés à un impôt spécial, si elles omettent de suivre ces nouvelles règles.

Analysons maintenant chacun des nouveaux concepts.

1.2. CRTG

Ce compte est établi à la fin de chaque année d'imposition et correspond à :

$$A - B$$

où :

---

7 Nous traiterons de ce sujet plus loin dans le présent texte.

- A : représente la somme positive ou négative qui est établie selon une formule et, d'une manière pratique, correspond à l'établissement du compte de l'année concernée; et

- B : correspond à des rajustements de cette somme à la fin de cette année, dans la mesure où des conséquences fiscales futures déterminées pour des années d'imposition antérieures ont pour effet de réduire le revenu imposable de la société.

Ce compte peut donc être positif ou négatif.

Regardons d'un peu plus près l'établissement de cette formule et tirons-en quelques conclusions.

> « "**compte de revenu à taux général**" Le compte de revenu à taux général, à la fin d'une année d'imposition donnée, d'une société canadienne imposable qui est une société privée sous contrôle canadien ou une compagnie d'assurance-dépôts au cours de cette année correspond à la somme positive ou négative obtenue par la formule suivante :
>
> A - B
>
> où :
>
> A : représente la somme positive ou négative qui serait obtenue par la formule ci-après en l'absence de toute conséquence fiscale future déterminée pour l'année donnée :
>
> $$C + 0{,}68(D - E - F) + G + H - I$$
>
> où :
>
> C : représente le compte de revenu à taux général de la société à la fin de son année d'imposition précédente,
>
> D :
>
> a) sauf en cas d'application de l'alinéa b), le revenu imposable de la société pour l'année donnée,
>
> b) si la société est une compagnie d'assurance-dépôts au cours de l'année donnée, zéro,
>
> E : le produit de la multiplication de la somme déduite par la société pour l'année donnée en application du paragraphe 125(1) par le quotient de 100 par le taux de la déduction prévue par ce paragraphe pour cette année,

F :

a) si la société est une société privée sous contrôle canadien au cours de l'année donnée, son revenu de placement total pour cette année,

b) sinon, zéro,

G : le total des sommes représentant chacune :

a) un dividende déterminé reçu par la société au cours de l'année donnée,

b) une somme déductible en application de l'article 113 dans le calcul du revenu imposable de la société pour l'année donnée,

H : le total des sommes déterminées selon les paragraphes (4) à (7) relativement à la société pour l'année donnée,

I :

a) sauf en cas d'application de l'alinéa b), l'excédent éventuel de la somme visée au sous-alinéa (i) sur la somme visée au sous-alinéa (ii) :

(i) le total des sommes représentant chacune le montant d'un dividende déterminé versé par la société au cours de son année d'imposition précédente,

(ii) le total des sommes représentant chacune le montant d'une désignation excessive de dividende déterminé effectuée par la société au cours de son année d'imposition précédente,

b) si le paragraphe (4) s'applique à la société au cours de l'année donnée, zéro;

B :

68 % de l'excédent éventuel de la somme visée à l'alinéa a) sur la somme visée à l'alinéa b) :

a) le total des revenus imposables au taux complet (au sens de la définition de **"**revenu imposable au taux complet" au paragraphe 123.4(1), mais compte non tenu de ses sous-alinéas a)(i) à (iii)) de la société pour ses trois années d'imposition précédentes, calculé compte non tenu de toute conséquence fiscale future déterminée, visant ces années, qui se présente relativement à l'année donnée,

b) le total des revenus imposables au taux complet (au sens de la définition de "revenu imposable au taux complet" au paragraphe 123.4(1), mais compte

non tenu de ses sous-alinéas a)(i) à (iii)), de la société pour ces années précédentes[8]. »

1.2.1. Constat

- Pour établir le solde du compte en fin d'année, nous devons donc tenir compte en premier lieu du solde de l'année précédente, qu'il soit positif ou négatif (C).

- La seconde partie de la formule, soit 0,68 (D – E – F), représente les revenus après impôts de la société, établis sur la base d'un taux d'imposition fédéral et provincial global nominal de 32 %. En d'autres mots, il représente donc le revenu imposable de la société moins la partie du revenu qui a bénéficié de la DPE, moins son revenu de placement total. Compte tenu du fait, dans le cas présent, que nous faisons référence au revenu imposable, ce qui exclut la notion de perte, le solde de ces trois éléments sera toujours positif ou nul.

Commentaires

a) Compte tenu de l'utilisation d'un taux d'imposition fixe réputé de 32 % sur le revenu imposable fédéral, nous constatons donc qu'il ne tient pas compte des caractéristiques fiscales du Québec ni de son revenu imposable spécifique. Vu la complexité des règles, nous présumerons aux fins du Québec, comme c'est le cas pour l'établissement d'un compte de dividendes en capital (ci-après « CDC »), que la valeur des comptes (CRTG et CRTR) sera déterminée en fonction du montant établi au niveau fédéral; agir autrement n'apporterait rien de plus qu'une plus grande complexité de règles déjà très complexes. Ce taux de 32 % est actuellement égal au taux réel calculé. Toutefois, en 2010, à la suite de l'annonce des baisses de taux, il sera supérieur de 1,10 % (32 % - 30,90 %). En conséquence, le montant de dividende déterminé sera inférieur au montant réel qui aurait pu être établi si le taux d'imposition réel avait été utilisé.

- En fonction de cette formulation et des concepts d'intégration, peut-il y avoir un avantage à ne pas réclamer la DPE au fédéral, même si elle est réclamée au niveau québécois? Après analyse, il est question dans le

---

8 CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives et notes explicatives concernant la* Loi de l'impôt sur le revenu, 29 juin 2006, par. 89(1) « compte de revenu à taux général » L.I.R. [proposé].

présent contexte d'écart de moins de 1 % à partir de 2010, il n'y aurait donc pas d'avantages réels à réclamer ou non la DPE au niveau fédéral, dans la situation où il y a une réclamation ou non de cette déduction au niveau québécois. Les différences sont inférieures à 1 %. Le concept de choix distinct n'aurait donc aucun avantage dans cette situation. Ce choix distinct ne peut être effectué aussi facilement si la société a attribué au niveau fédéral un pourcentage du plafond des affaires à des sociétés ayant des établissements à l'extérieur du Québec. En effet, en vertu de la *Loi sur les impôts*[9], le pourcentage attribué à des sociétés ayant un établissement à l'extérieur du Québec doit être égal ou supérieur à celui du fédéral. Toutefois, en ce qui concerne les sociétés n'ayant pas d'établissements à l'extérieur du Québec, le pourcentage pourrait être inférieur. Cela laisse donc la possibilité d'effectuer des choix différents pour les sociétés ayant seulement des établissements au Québec[10].

- Puisque cette formule est basée sur un taux d'imposition combiné fédéral-provincial de 32 %, compte tenu du fait que ce taux combiné sera de 30,90 % à compter de 2010, le dividende disponible, déduction faite des impôts réels y afférents, serait supérieur au calcul indiqué précédemment. Toutefois, cet écart n'a aucune influence significative sur le taux effectif d'intégration.

- Il est toutefois important de souligner que globalement, avec toutes ces modifications de taux, il est toujours plus avantageux de verser un salaire à l'actionnaire qu'un montant sous forme de dividende après avoir payé l'impôt corporatif, et ce, quelle que soit la provenance du montant. Toutefois, mentionnons que le salaire doit être raisonnable. Ce test de raisonnabilité est plus difficile à atteindre lorsque la personne ne prend pas une part active au sein de la société. À ce sujet, nous renvoyons le lecteur à plusieurs interprétations techniques[11] qui traitent de la raisonnabilité des salaires et bonis versés à des actionnaires.

---

9 L.R.Q., c. I-3 et mod., art. 771.2.1.6.

10 QUÉBEC, ministère des Finances, *Bulletin d'information* 2006-6, « Ajustements à diverses mesures fiscales et harmonisation à la législation fédérale », 20 décembre 2006. Dans ce bulletin du 20 décembre 2006, le ministère des Finances du Québec a annoncé qu'à compter de cette date aucun choix distinct ne pourra être effectué par les contribuables.

11 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 2004-0086191R3, 24 novembre 2004, 2002-0128875, 8 avril 2002, 2004-006019R3,

(à suivre…)

- Le concept de revenu imposable est défini au paragraphe 123.4(1) L.I.R. En conséquence, il tient compte des rajustements techniques de l'article 110.5 L.I.R., qui ajoutent un revenu fictif pour pouvoir bénéficier du crédit d'impôt étranger dans certaines situations.

- En ce qui concerne les éléments G et H, ils représentent, de façon générale, les montants reçus d'autres sociétés, à la suite des rajustements lors des fusions ou liquidations ou changements de statuts de la société. Ils incluent donc les dividendes de sociétés étrangères affiliées.

- Quant à l'élément I, il concerne simplement les dividendes déterminés qui ont été versés au cours de l'année précédente et qui n'ont pas été considérés comme excessifs.

1.2.2. Commentaires

a) Nous constatons donc que le calcul de l'année courante ne tient nullement compte du solde de ce compte au moment de la déclaration d'un dividende déterminé. En conséquence, il faut attendre la fin de l'année financière afin de pouvoir établir si le dividende qui a été versé au cours de l'exercice est un dividende qui provient de ce compte ou s'il est en excédent.

b) Il faut venir réduire de ce solde 68 % des pertes autres qu'en capital nettes qui auraient été reportées au cours des années antérieures relativement à l'année donnée. En d'autres mots, si la société subit une perte autre qu'en capital (ci-après « PAC ») au cours de l'année et qu'un report rétrospectif de pertes est effectué aux années antérieures, le montant du report viendra réduire le solde du compte du CRTG.

Dans ce cadre, si la législation québécoise s'harmonise avec la législation fédérale en utilisant le même calcul pour établir le CRTG, cela voudrait simplement dire qu'il serait alors possible de ne pas venir modifier le CRTG en effectuant un report de pertes au niveau québécois, sans pour autant en faire un au niveau fédéral. D'une manière pratique, le report d'une perte en capital ne devrait pas venir modifier ce CRTG, compte tenu du fait que les revenus de placement sont déjà exclus de ce calcul.

(…suite)

7 avril 2004; AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 22, 11 janvier 2002, et n° 30, 21 mai 2004.

1.3. CRTR

En ce qui concerne maintenant le CRTR, il n'est établi que dans la situation où la société n'est pas une SPCC ou une compagnie d'assurance-dépôts, soit les SRC. Son calcul ressemble étrangement au CRTG avec les particularités inverses. Dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, comme vous pourrez le constater subséquemment, il faut tenir compte d'une autre formule qui compte huit éléments :

> « "**compte de revenu à taux réduit**" Le compte de revenu à taux réduit, à un moment donné d'une année d'imposition donnée, d'une société donnée résidant au Canada qui n'est ni une société privée sous contrôle canadien ni une compagnie d'assurance-dépôts au cours de l'année correspond à la somme obtenue par la formule suivante :
>
> (A + B + C + D + E + F) - (G + H)
>
> où :
>
> A : représente le compte de revenu à taux réduit de la société donnée à la fin de son année d'imposition précédente;
>
> B : le total des sommes représentant chacune une somme déductible en application de l'article 112 dans le calcul du revenu imposable de la société donnée pour l'année au titre d'un dividende imposable (sauf un dividende déterminé) qui est devenu payable, au cours de l'année donnée mais avant le moment donné, à cette société par une société résidant au Canada;
>
> C : le total des sommes déterminées selon les paragraphes (8) à (10) relativement à la société donnée pour l'année donnée;
>
> D :
>
> a) dans le cas où la société donnée serait, en l'absence de l'alinéa d) de la définition de "**société privée sous contrôle canadien**" au paragraphe 125(7), une société privée sous contrôle canadien au cours de son année d'imposition précédente, 80 % de son revenu de placement total pour cette année,
>
> b) dans les autres cas, zéro;
>
> E :
>
> a) si la société donnée n'était pas une société privée sous contrôle canadien au cours de son année d'imposition précédente, 80 % du produit de la multiplication de la somme qu'elle a déduite en application du paragraphe

125(1) pour cette année par le quotient de 100 par le taux de la déduction prévue à ce paragraphe pour cette même année,

b) dans les autres cas, zéro;

F :

a) si la société donnée était une société de placement au cours de son année d'imposition précédente, quatre fois la somme qu'elle a déduite en application du paragraphe 130(1) pour cette année,

b) dans les autres cas, zéro;

G : le total des sommes représentant chacune un dividende imposable (sauf un dividende déterminé, un dividende sur les gains en capital au sens des paragraphes 130.1(4) ou 131(1) et un dividende imposable déductible par la société donnée en application du paragraphe 130.1(1) dans le calcul de son revenu pour l'année donnée ou pour son année d'imposition précédente) qui est devenu payable, au cours de l'année donnée mais avant le moment donné, par la société donnée;

H : le total des sommes représentant chacune le montant d'une désignation excessive de dividende déterminé effectuée par la société donnée au cours de l'année donnée mais avant le moment donné[12]. »

Contrairement à l'établissement du compte qui s'effectue à la fin de chaque exercice financier pour établir le CRTG, en ce qui concerne le CRTR, le calcul peut s'effectuer à tout moment et doit l'être immédiatement avant le versement d'un dividende.

À propos de la formule pour l'établissement de ce compte, nous pouvons faire les commentaires suivants :

- L'élément B correspond d'une manière pratique au dividende imposable reçu et qui est devenu payable au cours de l'année mais avant ce moment par une société résidant au Canada. Ce dividende ne provient pas d'un dividende déterminé ou d'un CRTG d'une SPCC.

- De par la définition, une société de placements hypothécaires (ci-après « SPH ») qui n'est pas une SPCC ne verra pas son CRTR augmenter à la

---

[12] CANADA, ministère des Finances, *op. cit.*, note 8, défini au paragraphe 89(1) « compte de revenu à taux général » L.I.R. [proposé].

suite de la réception de ce genre de dividende imposable, puisque la déduction prévue à l'article 112 L.I.R. n'est pas offerte aux SPH[13].

- En ce qui concerne l'élément D, ce dernier représente le montant après impôts du revenu de placement total de la société pour son année d'imposition précédente. Le taux de 80 % correspond à un taux d'imposition net de 20 % basé sur une moyenne canadienne de l'ordre d'environ 46 % pour un revenu de placement, moins l'impôt en main remboursable de 26 %, ce qui nous donne 20 %. Cet élément ne s'applique que dans la situation où un choix a été effectué l'année précédente afin de considérer aux fins du dividende que la société n'est plus une SPCC. Dans toute autre situation, aucun rajustement n'est effectué.

- L'élément E ne s'applique qu'à une société qui était une caisse de crédit au cours de l'exercice précédent et qui a déduit un montant pour cette année lui permettant d'avoir une déduction équivalant à la DPE. Le taux de 80 % signifie que le taux moyen d'imposition pour le revenu assujetti à la DPE est de 20 %.

- L'élément F ne s'applique que dans le cas d'une société qui n'est pas une SPCC et qui est une société de placement au cours de son année d'imposition précédente. Il représente une somme relative à toute déduction que la société a demandée en vertu du paragraphe 130(1) L.I.R. au cours de son année imposition précédente.

- En d'autres mots, cette première partie nous permet de déterminer que le CRTR correspond au compte des années antérieures plus les dividendes qu'elle a reçus d'un compte semblable au cours des années antérieures. Il faut réduire de ce solde les éléments G et H.

- L'élément G, quant à lui, représente le dividende imposable versé par la société au cours de l'année mais avant le moment donné. Il est bon de préciser que, tout comme pour les dividendes déterminés, les dividendes imposables sur les gains en capital n'entrent pas en réduction du CRTR.

- L'élément H représente les désignations excessives de dividende déterminé effectuées par la société qui n'est pas une SRC avant ce

---

[13] Par l'effet de l'alinéa 120.1(1)b) L.I.R.

moment. En conséquence, toute désignation excessive de dividende déterminé viendra donc réduire le CRTR.

Tout comme dans la situation de l'établissement du CRTG, le CRTR sera déterminé pour toutes les années d'imposition qui se terminent après 2005. En conséquence, une société qui aura une fin d'année au 31 janvier 2006 devra déterminer son CRTR ou CRTG selon son statut et en fonction des règles énoncées dans ce projet de loi.

1.4. DÉSIGNATION EXCESSIVE DE DIVIDENDE DÉTERMINÉ

Ces notions servent principalement dans le cadre de l'impôt supplémentaire prévu à la nouvelle Partie III.1 L.I.R. Comme vous pouvez le constater, l'établissement de la désignation excessive de dividende déterminé sera différent si la société est une SPCC ou une SRC.

« "**désignation excessive de dividende déterminé**"

"**désignation excessive de dividende déterminé**" Est une désignation excessive de dividende déterminé effectuée par une société relativement à un dividende déterminé qu'elle a versé à un moment donné d'une année d'imposition :

a) sauf dans le cas où l'alinéa c) s'applique au dividende, si la société est, au cours de l'année, une société privée sous contrôle canadien ou une compagnie d'assurance-dépôts, la somme obtenue par la formule suivante :

$$(A - B) \times C/A$$

où :

A : représente le total des sommes représentant chacune le montant de tout dividende déterminé versé par la société au cours de l'année,

B : le compte de revenu à taux général de la société à la fin de l'année,

C : le montant du dividende déterminé;

b) sauf dans le cas où l'alinéa c) s'applique au dividende, si la société n'est pas visée à l'alinéa a), la somme obtenue par la formule suivante :

$$A \times B/C$$

où :

A : représente la moins élevée des sommes suivantes :

(i) le total des sommes représentant chacune un dividende déterminé versé par la société au moment donné,

(ii) le compte de revenu à taux réduit de la société à ce moment,

B : le montant du dividende déterminé,

C : la somme déterminée selon le sous-alinéa (i) de l'élément A;

c) une somme égale au montant du dividende déterminé, s'il est raisonnable de considérer que celui-ci a été versé dans le cadre d'une opération, ou d'une série d'opérations, dont l'un des principaux objets consistait à maintenir ou à augmenter artificiellement le compte de revenu à taux général de la société ou à maintenir ou à diminuer artificiellement son compte de revenu à taux réduit[14]. »

1.4.1. Désignation excessive applicable aux SPCC

Dans le cas d'une SPCC, la formule de dividende excessif est égale à l'excédent du total du dividende versé sur le CRTG, multiplié par le montant du dividende déterminé, divisé par le total du dividende versé. En d'autres mots, à partir du moment où un dividende déterminé pour l'année excède le CRTG, chaque actionnaire sera donc réputé avoir reçu une portion de dividende excessif. Si le dividende déterminé versé au cours de l'année excède le solde du CRTG à la fin de l'année, tous les actionnaires qui ont reçu un dividende au cours de l'année seront présumés avoir reçu un dividende excessif de dividende déterminé et non seulement ceux qui reçu les derniers dividendes.

Commentaires

a) Une erreur dans l'établissement du compte de CRTG peut devenir très pénalisante pour la société.

b) Nous pouvons faire référence aux exemples ci-dessous des notes techniques déposées par les autorités fiscales fédérales et confirmant cette conséquence.

---

[14] CANADA, ministère des Finances, *op. cit*., note 8, défini au paragraphe 89(1) « désignation excessive de dividende déterminé » L.I.R. [proposé].

Exemples

« Situation 1

Une SPCC verse, au cours de l'année d'imposition donnée, un dividende déterminé de 10 000 $ à chacun de ses 20 actionnaires de catégorie A, pour un total de 200 000 $. À la fin de l'année, le solde de son CRTG s'établit à 100 000 $.

Résultat : Si l'on fait abstraction du choix qui peut être fait en vertu de la Partie III.1, les dividendes déterminés versés par la SPCC excèdent de 100 000 $ le solde de son CRTG à la fin de l'année. La SPCC a donc effectué une désignation excessive de dividende déterminé de 5 000 $ pour chaque dividende déterminé qu'elle a versé au cours de l'année.

Situation 2

Le 15 janvier 2007, une SPCC verse un dividende déterminé de 5 000 $ à chacun de ses quatre actionnaires de catégorie C, pour un total de 20 000 $. Le solde du CRTG de la société à la fin de son année d'imposition 2006 était nul, et l'ensemble de son revenu d'entreprise pour son année d'imposition 2007 donnait droit à la déduction accordée aux petites entreprises selon le paragraphe 125(1) de la Loi. La SPCC a toutefois reçu d'une société publique, immédiatement avant la fin de son année d'imposition 2007 (fixée au 31 décembre 2007), un dividende déterminé de 20 000 $ au titre duquel elle a demandé une déduction dans le calcul de son revenu imposable. À la fin de son année d'imposition 2007, le solde du CRTG de la SPCC s'établissait donc à 20 000 $.

Résultat : La SPCC – même si elle a versé le dividende déterminé de 20 000 $ à un moment de son année d'imposition 2007 ou le solde de son CRRG était nul – elle n'a pas effectué de désignation excessive de dividende déterminé à l'égard du dividende déterminé de 20 000 $ qu'elle a versé puisque le solde de son CRTG à la fin de cette année s'élevait à 20 000 $.

Dans le cas contraire, si un dividende était versé au moment où le CRTG était nul, mais qu'à la fin de l'année financière ce solde était positif par, par exemple, la réception d'un dividende imposable déterminé d'une autre société, il n'y aurait alors pas de dividende excessif. Il faut donc bien faire attention à l'établissement de ce calcul et la date de détermination du versement du dividende afin de tenir compte de tous les éléments[15]. »

---

[15] CANADA, ministère des Finances, *op. cit.*, note 8, section des « Notes explicatives », art. 5 « désignation excessive de dividende déterminé » L.I.R. [proposé].

Afin d'éviter des incidences fiscales négatives, il est suggéré de n'effectuer le choix que pour le solde du compte à la fin de l'année d'imposition précédente. En effet, le solde de ce compte ne peut subir de réduction involontaire et, par conséquent, nous sommes assurés de connaître le montant de dividende pouvant faire l'objet de ce choix. Cependant, si la société subit une PAC au cours de l'année, il serait soucieux de ne pas reporter la perte au cours des années antérieures, puisqu'un report réduit le solde du compte de CRTG. Il faut donc être bien vigilant en ce qui a trait à l'année où un dividende est versé.

1.4.2. Désignation excessive applicable aux SRC

Le calcul pour l'établissement d'un dividende excessif, bien qu'il soit semblable à celui pour les SPCC, comporte des différences majeures. En effet, il tient compte du CRTR au moment du versement du dividende et non du solde du compte à la fin de son exercice financier. De plus, compte tenu du principe pour les SRC selon lequel, s'il existe un solde du CRTR, tout dividende doit provenir de ce compte avant d'être considéré comme un dividende déterminé, cette société doit donc verser des dividendes équivalant à ce compte avant de pouvoir verser un dividende déterminé et bénéficier des taux réduits d'imposition. Contrairement aux SPCC, seuls les actionnaires ayant reçu un dividende excessif sont pénalisés, compte tenu du fait qu'un calcul doit être effectué avant chaque versement.

Voici des exemples tirés des notes techniques qui expliquent cette situation.

Exemples

> « Situation 1
>
> Le 15 décembre 2006, une société publique verse un dividende déterminé de 5 $ à chacun de ses 100 000 actionnaires de catégorie C, pour un montant total de 500 000 $. Au moment du versement des dividendes déterminés, le solde du CRTR de la société est nul.
>
> Résultat : La société publique n'a pas effectué de désignation excessive de dividende déterminé à l'égard des dividendes déterminés versés le 15 décembre 2006 puisque la valeur de l'élément A de la formule figurant à l'alinéa b) de la définition, à savoir le moins élevé du total des dividendes déterminés versés à cette date – 500 000 $ - et du solde du CRTR de la société à cette date – zéro –, est nulle.

Situation 2

Le 15 mars 2007, une société privée (autre qu'une SPCC) verse un dividende déterminé de 20 000 $ à chacun de ses deux actionnaires de catégorie A, pour un total de 40 000 $. Au moment du versement des dividendes, le solde du CRTR de la société s'établissait à 18 000 $.

Résultat : La société a effectué une désignation excessive de dividende déterminé à l'égard des dividendes déterminés qu'elle a versé le 15 mars 2007 puisque la valeur de l'élément A de la formule figurant à l'alinéa b), à savoir le moins élevé du total des dividendes déterminés versés à cette date – 40 000 $ – et du solde du CRTR de la société à cette date – 18 000 $ – correspond à 18 000 $. La société a donc effectué une désignation excessive de dividende déterminé de 9 000 $ à l'égard de chaque dividende déterminé versé. Cette somme correspond à la proportion de 18 000 $ que représente le montant du dividende déterminé versé – 20 000 $ – par rapport au total des sommes représentant chacune un dividende déterminé versé par la société à cette date – 40 000 $.

Compte tenu que le calcul ne s'effectue qu'immédiatement avant le versement du dividende, il faut donc établir le compte de CRTR immédiatement avant ce moment précis[16]. »

1.4.3. Constat

À l'égard des trois notions décrites précédemment (CRTR, CRTG et dividende excessif), nous pouvons faire les constats suivants :

- Dans le cas d'une SPCC, il faut que la société effectue un choix afin de considérer le dividende versé comme un dividende déterminé. Dans la situation où ce dividende déterminé est en excédent du CRTG, tous les actionnaires ayant reçu un dividende au cours de cette année d'imposition seront présumés avoir reçu un dividende excessif.

- Dans la situation d'une société qui est une des SRC, tout dividende est présumé être un dividende déterminé. Toutefois, dans la situation où la société a un CRTR, le dividende est réputé provenir de ce compte avant de pouvoir être considéré comme un dividende déterminé. Lorsqu'un dividende est en excédent, seuls les actionnaires ayant reçu le dividende excessif seront visés.

16 *Id.*

- D'une manière pratique, dans la situation des SPCC, le dividende est présumé ne pas être un dividende déterminé, à moins que la société ne le désigne jusqu'à concurrence de son solde de CRTG. Dans la situation des SRC, les sociétés doivent également faire un choix mais la présomption de base veut que le dividende provienne d'un dividende déterminé, à moins que les sociétés ne possèdent un solde de CRTR ayant pour conséquence que le dividende soit considéré comme un dividende non déterminé, et ce, jusqu'à concurrence du solde de ce compte.

- Aucun choix tardif ne peut être effectué. Si la société oublie, les règles générales s'appliquent.

- En ce qui concerne l'actionnaire, il n'a aucune responsabilité dans le calcul des dividendes ou dans l'application des règles. C'est la société qui sera assujettie à une pénalité, à moins d'effectuer différents choix que nous verrons un peu plus loin[17].

- Il est également intéressant de noter que le dividende imposable doit être reçu par une personne résidente du Canada et que le dividende en capital ou le dividende sur les gains en capital ne peuvent pas être des dividendes déterminés. Il n'y a donc aucun avantage à effectuer un choix de dividende déterminé lorsqu'un actionnaire est non résident. Cependant, les dividendes réputés comme ceux qui sont visés à l'article 84 L.I.R. peuvent être des dividendes déterminés s'ils remplissent, par ailleurs, les exigences de la définition et s'ils sont désignés comme tels par la société qui est réputée les avoir versés.

- Notre compréhension du fonctionnement du compte de CRTG ou de CRTR est qu'il aurait été trop complexe d'essayer d'établir un CRTG avant chaque versement de dividende, compte tenu du fait que le CRTG tient compte du revenu imposable de l'année.

1.5. MAJORATION DU CRTG

1.5.1. Solde de départ du CRTG

Les autorités fiscales nous permettent de calculer un CRTG initial pour les années d'imposition s'étant terminées après l'année 2000 et avant 2006,

---

17 Voir la section 1.11. plus loin.

soit au cours des années 2001 à 2005. Nous pouvons prétendre que ce calcul rétroactif s'arrête au cours de l'année 2001, compte tenu du fait que ces années ne sont pas encore prescrites aux différents ministères[18]. Le calcul représente 63 % du revenu imposable au taux complet qui, selon le paragraphe 123.4(1) L.I.R. correspond, d'une manière pratique, à la partie du revenu imposable qui ne bénéficie pas de la déduction pour fabrication transformation ni à la DPE et qui n'est pas un revenu de placement. Les 63 % signifient que les autorités fiscales considèrent que le taux d'imposition moyen en ce qui a trait à un revenu non assujetti à ces déductions fiscales était en moyenne au cours des années de l'ordre de 37 %. La moyenne au Québec était plutôt de 33 %. Elles ont donc utilisé le taux d'imposition moyen des sociétés avant d'appliquer le pourcentage de réduction du taux général qui avait été introduit en 2001 et réparti entre 2001 et 2004 (réduction de 7 %). Cela réduit donc le montant de départ comparativement au montant réellement réalisé au cours des années.

Une SPCC peut donc inclure dans son CRTG à la fin de sa première année d'imposition, y compris le 1er janvier 2006, un montant correspondant à la formule que l'on retrouve dans le texte de loi[19].

> « **Majoration du compte de revenu à taux général – 2006**
>
> (7) La société qui a été une société privée sous contrôle canadien, ou aurait été une telle société en l'absence du choix prévu au paragraphe (11), tout au long de sa première année d'imposition comprenant une partie quelconque du 1er janvier 2006 peut inclure dans le calcul de son compte de revenu à taux général à la fin de son année d'imposition précédente la somme obtenue par la formule suivante :
>
> A - B
>
> où :
>
> A : représente 63 % du total des sommes représentant chacune son revenu imposable au taux complet, au sens du paragraphe 123.4(1), pour une de ses années d'imposition s'étant terminée après 2000 et avant 2006;
>
> B : le total des sommes représentant chacune un dividende imposable qu'elle a versé au cours de ces années[20]. »

---

18 Le délai de prescription est de trois ou quatre ans selon la taille de l'entreprise après la date de l'avis de cotisation inhérente à une année d'imposition.

19 Par. 89(7) L.I.R.

20 CANADA, ministère des Finances, *op. cit*., note 8, par. 89(7) L.I.R. [proposé].

1.5.1.1. Constat

- Ce rajustement ne tient compte que des revenus gagnés depuis 2001 réduits des dividendes qui ont été versés au cours de ces années. En conséquence, on considère que tout dividende ayant été versé au cours de ces années est présumé provenir des revenus qui n'auraient pas bénéficié de la DPE ou de la déduction pour fabrication et transformation.

- Cette méthode, d'une manière pratique, nous évite de retourner de façon indéfinie aux années antérieures afin d'établir un solde de départ. Cependant, cette méthode peut s'avérer très pénalisante pour les entreprises dont la totalité de leurs revenus n'aurait pas bénéficié d'allégements fiscaux (DPE, etc.) avant 2001.

- Cette formule ne tient pas compte de la situation où, entre 2001 et 2005, des sociétés auraient fusionné ou qu'une liquidation aurait eu lieu. En principe, ce point devrait être corrigé par l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC »).

- Dans la situation où une société aurait modifié son statut de société publique à société privée entre 2001 et 2005, cette dernière sera pénalisée. En effet, compte tenu de son statut en 2006 (privé), seul les bénéfices imposés au taux général entre 2001 et 2005 seront inclus dans son solde de départ du CRTG. Dans la situation où ce changement de statut aurait eu lieu en 2006, c'est vraisemblablement l'ensemble des bénéfices non répartis (ci-après « BNR ») qui seraient transférés en CRTG et non seulement ceux de 2001 à 2005.

- Ce solde de départ ne peut être négatif. Le tout a été confirmé par l'ARC.

Compte tenu du fait que le rajustement fait référence à une somme quelconque et que la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne précise pas si cette somme doit être positive ou négative, ce montant ne peut donc être que positif. En conséquence, l'ajout dans le texte de loi de l'expression « somme positive ou négative » à certains endroits fait en sorte que, aux endroits où l'on fait référence au terme « somme », ce montant ne peut être qu'un montant positif ou à zéro, puisque, si le législateur avait voulu que ce

montant soit négatif, il l'aurait spécifié en utilisant l'expression « somme positive ou négative »[21].

1.5.1.2. Calcul initial

En fonction des données de l'annexe G, nous constatons que, si la société n'a pas effectué de report de perte de l'année 2004, son solde de départ du CRTG serait supérieur à celui où la société aurait effectué ce genre de report de perte. Dans la situation où cette perte aurait été réalisée au cours de l'année 2002 et reportée au cours des années antérieures à 2001, cela n'aurait eu aucune influence sur le solde de CRTG.

Cette situation nous permet de faire les constats suivants :

- Les pertes qui ont été réalisées par la société et qui n'ont pas été reportées entre les années 2001 et 2005 n'influent pas sur le solde de départ du CRTG.

- Dans la situation où les pertes ne sont pas reportées au cours des années antérieures mais conservées pour les années subséquentes au 1er janvier 2006, le solde de départ est supérieur mais, d'une manière pratique, lorsqu'elles seront utilisées elles viendront réduire le compte du CRTG au cours de cette année financière. En effet, elles réduiront le revenu imposable de départ, soit l'élément A dans la formule.

- Il peut donc être intéressant de ne pas reporter la perte, dans l'éventualité où nous voudrions « vider » le CRTG et bénéficier du taux réduit d'imposition sur le dividende, lorsque la société a un solde d'impôt en main remboursable.

- Dans l'exemple 2, on constate que, si une filiale a versé un dividende à sa société mère entre 2001 et 2005, le solde de départ de la filiale est réduit de 300 $ sans augmentation correspondante par la société mère. Dans la situation où aucun dividende n'est versé, le CRTG du groupe est plus élevé. En d'autres mots, si la société B avait versé son dividende en 2006, et désigné le tout comme un dividende déterminé, la société A

---

[21] C'est l'un des éléments intéressants que le texte législatif nous confirme et que nous pouvons utiliser à d'autres fins.

aurait bénéficié de ce compte. La société A est donc pénalisée par le fait que le dividende a été versé avant 2006[22].

Le problème tire son origine du fait que le solde de départ ne tient pas compte des dividendes reçus entre 2001 et 2005 qui ont réduit le compte de CRTG d'une autre société. Cette question a été posée à l'ARC et nous attendons leur réaction. À première vue, l'ARC devrait rectifier son projet de loi pour répondre de ce problème.

1.5.2. Changement de statut

Lorsqu'une SRC devient, au cours de son année d'imposition précédente, une SPCC, un rajustement sera effectué dans son CRTG selon la formule que l'on retrouve dans le texte de loi :

« **Majoration du compte de revenu à taux général – société devenue SPCC**

(4) La société qui est une société privée sous contrôle canadien ou une compagnie d'assurance-dépôts au cours d'une année d'imposition donnée et qui, au cours de son année d'imposition précédente, résidait au Canada mais n'était pas une société privée sous contrôle canadien ni une compagnie d'assurance-dépôts, peut inclure dans le calcul de son compte de revenu à taux général à la fin de l'année donnée la somme obtenue par la formule suivante :

$$A + B + C - D - E - F - G - H$$

où :

A : représente le total des sommes représentant chacune le coût indiqué d'un bien pour la société immédiatement avant la fin de son année d'imposition précédente;

B : toute somme d'argent que la société avait en mains immédiatement avant la fin de son année d'imposition précédente,

C : l'excédent éventuel de la somme visée à l'alinéa a) sur la somme visée à l'alinéa b) :

a) le total des sommes qui auraient été déductibles en application du paragraphe 111(1) dans le calcul du revenu imposable de la société pour

---

22 Cela a été corrigé dans l'*Avis de motion de voies et moyens* déposé le 16 octobre 2006. Dans les modifications proposées, les dividendes reçus des sociétés rattachées qui peuvent raisonnablement être considérés comme provenant du CRTG seront pris en considération.

son année d'imposition précédente si elle avait eu, pour cette année, un revenu illimité provenant de chaque entreprise qu'elle exploitait, et de chaque bien qu'elle détenait, au cours de cette même année,

b) le total des sommes déduites en application du paragraphe 111(1) dans le calcul du revenu imposable de la société pour cette année d'imposition précédente;

D : le total des sommes représentant chacune le montant de toute dette de la société, ou autre obligation de la société de payer une somme, qui était impayée immédiatement avant la fin de son année d'imposition précédente;

E : le capital versé, immédiatement avant la fin de l'année d'imposition précédente de la société, au titre de l'ensemble des actions émises et en circulation de son capital-actions;

F : le total des sommes représentant chacune une provision déduite dans le calcul du revenu de la société pour son année d'imposition précédente;

G : le compte de dividendes en capital, s'il y a lieu, de la société immédiatement avant de son année d'imposition précédente;

H : le compte de revenu à taux réduit de la société immédiatement avant la fin de son année d'imposition précédente[23]. »

Les commentaires suivants peuvent être formulés en ce qui a trait à l'établissement du CRTG.

- Il correspond au coût indiqué de l'ensemble des biens que la société possède, incluant les sommes d'argent avant la fin de son année d'imposition précédente, plus le solde des pertes inutilisées (PAC qui pourrait réduire le revenu imposable provenant d'une entreprise ou d'un bien); cela exclut donc les pertes en capital.

- De ce montant, nous soustrayons l'ensemble des dettes que la société possédait immédiatement avant la fin de l'année financière, le capital versé (ci-après « CV ») de ses actions, le total de toute provision déduite dans le calcul de son revenu pour l'année d'imposition précédente, son CDC immédiatement avant ainsi que son CRTR immédiatement avant la fin de l'année d'imposition précédente.

---

[23] Par. 89(4) L.I.R.

1.5.2.1. Constat

En d'autres mots, les autorités fiscales fédérales essaient d'établir un BNR fiscal, basé sur le coût indiqué ainsi que sur les valeurs fiscales utilisées et les provisions déduites et de ce montant elles excluent le solde du CRTR ainsi que le CDC pour déterminer le solde du CRTG de la société à la suite de son changement de statut.

1.5.3. Société fusionnée

« (5) La société privée sous contrôle canadien ou la compagnie d'assurance-dépôts (appelées "nouvelle société" au présent paragraphe) issue d'une fusion, au sens du paragraphe 87(1), est tenue d'inclure dans le calcul de son compte de revenu à taux général à la fin de sa première année d'imposition le total des sommes représentant chacune :

a) en ce qui concerne une société remplacée qui était une société privée sous contrôle canadien ou une compagnie d'assurance-dépôts au cours de son année d'imposition ayant pris fin immédiatement avant la fusion (appelée "dernière année d'imposition" au présent alinéa), la somme positive ou négative déterminée à l'égard de la société remplacée selon la formule suivante :

A - B

où :

A : représente le compte de revenu à taux général de la société remplacée à la fin de sa dernière année d'imposition,

B : l'excédent éventuel de la somme visée au sous-alinéa (i) sur la somme visée au sous-alinéa (ii) :

(i) le total des sommes représentant chacune un dividende déterminé versé par la société remplacée au cours de sa dernière année d'imposition,

(ii) le total des sommes représentant chacune le montant d'une désignation excessive de dividende déterminé qu'elle a effectuée au cours de cette même année;

b) en ce qui concerne une société remplacée qui, au cours de son année d'imposition ayant pris fin immédiatement avant la fusion (appelée "dernière année d'imposition" au présent alinéa), n'était pas une société privée sous contrôle canadien ni une compagnie d'assurance-dépôts, la somme obtenue par la formule suivante :

A + B + C - D - E - F - G - H

où :

A : représente le total des sommes représentant chacune le coût indiqué d'un bien pour la société remplacée immédiatement avant la fin de sa dernière année d'imposition,

B : toute somme d'argent que la société remplacée avait en mains immédiatement avant la fin de sa dernière année d'imposition,

C : l'excédent éventuel de la somme visée au sous-alinéa (i) sur la somme visée au sous-alinéa (ii) :

(i) le total des sommes qui auraient été déductibles en application du paragraphe 111(1) dans le calcul du revenu imposable de la société remplacée pour sa dernière année d'imposition si elle avait eu, pour cette année, un revenu illimité provenant de chaque entreprise qu'elle exploitait, et de chaque bien qu'elle détenait, au cours de cette même année,

(ii) le total des sommes déduites en application du paragraphe 111(1) dans le calcul du revenu imposable de la société remplacée pour sa dernière année d'imposition;

D : le total des sommes représentant chacune le montant de toute dette de la société remplacée, ou autre obligation de la société remplacée de payer une somme, qui était impayée immédiatement avant la fin de sa dernière année d'imposition;

E : le capital versé, immédiatement avant la fin de la dernière année d'imposition de la société remplacée, de l'ensemble des actions émises et en circulation de son capital-actions;

F : le total des sommes représentant chacune une provision déduite dans le calcul du revenu de la société remplacée pour sa dernière année d'imposition;

G : le compte de dividendes en capital, s'il y a lieu, de la société remplacée immédiatement avant la fin de sa dernière année d'imposition;

H : le compte de revenu à taux réduit de la société remplacée immédiatement avant la fin de sa dernière année d'imposition[24]. »

À la lumière de ces éléments, nous pouvons affirmer que, dans le cas de sociétés privées qui ont fusionné, le CRTG s'additionne. Toutefois, il faut tenir compte des dividendes déterminés versés par la société, au cours de sa dernière année d'imposition, ainsi que des sommes représentant l'excédent

[24] Par. 89(5) L.I.R.

d'une désignation excessive de dividende déterminé qu'elle aurait effectuée au cours de cette même année.

Dans la situation où la société, avant la fusion, n'était pas une SPCC, et que la société fusionnée devenait une SPCC, nous devrions alors établir son compte de CRTG selon des règles semblables à celles décrites précédemment, lorsqu'une SRC devient une SPCC. En effet, nous devons établir sur la base d'un BNR fiscal la partie de ce bénéfice qui peut être attribuable au CRTG. Ensuite, les comptes s'additionnent.

1.5.4. Société liquidée

Le même principe énoncé pour les sociétés fusionnées s'applique pour les sociétés liquidées. En effet, il faut établir le compte du CRTG immédiatement avant la liquidation d'une filiale qui vient s'ajouter à celui de la société mère. Dans la situation où la filiale n'était pas une SPCC, les mêmes principes que ceux énoncés dans le cas d'une fusion ou d'un changement de statut s'appliqueront. Il faudra établir le solde du compte de CRTG de la filiale en fonction d'une estimation du bénéfice fiscal immédiatement avant la liquidation. Le solde du compte du CRTG s'ajoutera à celui de la société mère à la fin de son année d'imposition qui suit l'année d'imposition au cours de laquelle elle reçoit les biens de la filiale par suite de sa liquidation.

Il est important de souligner que ce principe ne s'applique que dans le cas d'une liquidation d'une filiale dont au moins 90 % des actions émises de chaque catégorie appartiennent à la société mère. Dans les autres situations, les comptes de CRTG ne s'additionnent pas. Cependant, dans ces situations, les règles générales s'appliquent et la filiale devrait alors désigner son dividende de liquidation comme provenant du CRTG pour le transférer à la société mère, sinon il sera perdu.

En conséquence, si la fin d'année de la filiale au cours de laquelle la liquidation a eu lieu se termine le 30 septembre 2006, le solde du compte de CRTG s'ajoutera, durant la dernière journée, à celui de la société mère pour son exercice qui se termine après cette date. En conséquence, si la fin d'année de la société mère est le 31 décembre, le solde s'ajoutera au 31 décembre 2006.

« **Compte de revenu à taux général – société liquidée**

(6) En cas d'application du paragraphe 88(1) à la liquidation de la filiale d'une société mère ("filiale" et "société mère" s'entendant au sens de ce paragraphe) qui est une société privée sous contrôle canadien ou une compagnie

d'assurance-dépôts, est à inclure dans le calcul du compte de revenu à taux général de la société mère à la fin de son année d'imposition suivant l'année d'imposition au cours de laquelle elle reçoit les biens de la filiale par suite de la liquidation celle des sommes ci-après qui est applicable :

a) si la filiale était une société privée sous contrôle canadien ou une compagnie d'assurance-dépôts au cours de son année d'imposition où la société mère reçoit les biens de la filiale par suite la liquidation (appelée "dernière année d'imposition" au présent alinéa), la somme positive ou négative obtenue par la formule suivante :

A - B

où :

A : représente le compte de revenu à taux général de la filiale à la fin de sa dernière année d'imposition,

B : l'excédent éventuel de la somme visée au sous-alinéa (i) sur la somme visée au sous-alinéa (ii) :

(i) le total des sommes représentant chacune un dividende déterminé versé par la filiale au cours de sa dernière année d'imposition,

(ii) le total des sommes représentant chacune le montant d'une désignation excessive de dividende déterminé effectuée par la filiale au cours de cette même année;

b) sinon, la somme obtenue par la formule suivante :

A + B + C - D - E - F - G - H

où :

A : représente le total des sommes représentant chacune le coût indiqué d'un bien pour la filiale immédiatement avant la fin de son année d'imposition au cours de laquelle la société mère reçoit les biens de la filiale par suite de la liquidation (appelée "dernière année d'imposition" au présent alinéa),

B : toute somme d'argent que la filiale avait en mains immédiatement avant la fin de sa dernière année d'imposition,

C : l'excédent éventuel de la somme visée au sous-alinéa (i) sur la somme visée au sous-alinéa (ii) :

(i) le total des sommes qui auraient été déductibles en application du paragraphe 111(1) dans le calcul du revenu imposable de la filiale pour sa dernière année d'imposition si elle avait eu, pour cette année, un revenu

illimité provenant de chaque entreprise qu'elle exploitait, et de chaque bien qu'elle détenait, au cours de cette même année,

(ii) le total des sommes déduites en application du paragraphe 111(1) dans le calcul du revenu imposable de la filiale pour sa dernière année d'imposition,

D : le total des sommes représentant chacune le montant de toute dette de la filiale, ou autre obligation de la filiale de payer une somme, qui était impayée immédiatement avant la fin de sa dernière année d'imposition,

E : le capital versé, immédiatement avant la fin de la dernière année d'imposition de la filiale, au titre de l'ensemble des actions émises et en circulation de son capital-actions,

F : le total des sommes représentant chacune une provision déduite dans le calcul du revenu de la filiale pour sa dernière année d'imposition,

G : le compte de dividendes en capital, s'il y a lieu, de la filiale immédiatement avant la fin de sa dernière année d'imposition,

H : le compte de revenu à taux réduit de la filiale immédiatement avant la fin de sa dernière année d'imposition[25]. »

1.6. MAJORATION DU COMPTE DE REVENU À TAUX RÉDUIT

Les mêmes règles que nous venons de voir pour les sociétés fusionnées ou liquidées, ou les deux à la fois, ou encore pour celles qui changent de statut lorsqu'elles deviennent une SPCC, s'appliquent de la même manière dans le cas où une société devient une SRC.

1.6.1. Solde de départ

Contrairement à ce que nous avons vu relativement à l'établissement du CRTG dans le cas des SPCC établissant un solde de départ, aucun solde de départ n'est effectué dans le cas d'un CRTR pour les sociétés faisant partie des SRC. Cela s'explique par le fait que, en ce qui a trait aux SPCC, les autorités fiscales devaient établir un solde de départ afin de leur permettre de bénéficier d'un solde de compte qui permettrait aux actionnaires de recevoir un dividende à un taux d'imposition réduit.

---

25 CANADA, ministère des Finances, *op. cit*., note 8, par. 89(6) L.I.R. [proposé].

Dans le cas des SRC, un solde de départ pour le CRTR n'avantagerait pas les sociétés, compte tenu du fait que le dividende qui provient de ce compte est imposable à un taux d'imposition élevé. De plus, compte tenu du fait que ces sociétés auraient peu de CRTR, à moins d'un changement de statut au cours des dernières années, les autorités fiscales n'avaient vraisemblablement pas de raisons d'introduire de règles transitoires semblables à celles des CRTG.

En conséquence, tous les dividendes ayant été versés avant le 1er janvier 2006 à une société qui est une SRC ne s'additionnent pas au CRTR, même si ces dividendes proviennent d'une SPCC et même s'ils ont bénéficié de la DPE.

1.6.2. Société qui cesse d'être une SPCC

Lorsqu'une société cesse d'être une SPCC, au moment du changement de statut, un montant pourra s'ajouter au compte du CRTR. Ce montant s'établira, à quelques différences près, de la même manière que lors du changement de statut inverse. En effet, nous devrons établir un bénéfice fiscal rajusté selon les mêmes méthodes qui ont été indiquées précédemment :

> « (8) La société qui n'est pas une société privée sous contrôle canadien ni une compagnie d'assurance-dépôts au cours d'une année d'imposition donnée, mais qui l'était au cours de son année d'imposition précédente est tenue d'inclure dans le calcul de son compte de revenu à taux réduit à un moment de l'année donnée la somme obtenue par la formule suivante :
>
> A + B + C - D - E - F - G - H
>
> où :
>
> A : représente le total des sommes représentant chacune le coût indiqué d'un bien pour la société immédiatement avant la fin de son année d'imposition précédente;
>
> B : toute somme d'argent que la société avait en mains immédiatement avant la fin de son année d'imposition précédente;
>
> C : l'excédent éventuel de la somme visée à l'alinéa a) sur la somme visée à l'alinéa b) :
>
> a) le total des sommes qui auraient été déductibles en application du paragraphe 111(1) dans le calcul du revenu imposable de la société pour son année d'imposition précédente si elle avait eu, pour cette année, un

revenu illimité provenant de chaque entreprise qu'elle exploitait, et de chaque bien qu'elle détenait, au cours de cette même année,

b) le total des sommes déduites en application du paragraphe 111(1) dans le calcul du revenu imposable de la société pour son année d'imposition précédente;

D : le total des sommes représentant chacune le montant de toute dette de la société, ou autre obligation de la société de payer une somme, qui était impayée immédiatement avant la fin de son année d'imposition précédente;

E : le capital versé, immédiatement avant la fin de l'année d'imposition précédente de la société, de l'ensemble des actions émises et en circulation de son capital-actions;

F : le total des sommes représentant chacune une provision déduite dans le calcul du revenu de la société pour son année d'imposition précédente;

G :

a) si la société n'est pas une société privée au cours de l'année donnée, son compte de dividendes en capital, s'il y a lieu, immédiatement avant la fin de son année d'imposition précédente,

b) dans les autres cas, zéro;

H : la somme positive ou négative obtenue par la formule suivante :

I - J

où :

I : représente le compte de revenu à taux général de la société à la fin de son année d'imposition précédente,

J : l'excédent éventuel de la somme visée à l'alinéa a) sur la somme visée à l'alinéa b) :

a) le total des sommes représentant chacune un dividende déterminé versé par la société au cours de son année d'imposition précédente,

b) le total des sommes représentant chacune le montant d'une désignation excessive de dividende déterminé effectuée par la société au cours de son année d'imposition précédente[26]. »

Dans la situation d'une conversion d'une SRC en SPCC, le solde était réduit du CRTR. Dans la situation présente, le solde sera réduit du CRTG moins le montant du dividende déterminé qui aura été versé, ainsi que le montant du dividende excessif déterminé effectué au cours de l'année d'imposition précédente. En effet, le CRTG ne tient pas compte des dividendes ayant été versés au cours de l'année courante. C'est pourquoi il faut effectuer ce rajustement pour déterminer le montant qui s'additionnera au CRTR de la société.

1.6.3. Fusion

Dans le cas d'une fusion, dans la situation où les deux sociétés ne sont pas des SPCC, les soldes du CRTR s'additionnent à la date de fusion. Dans la situation où l'une des sociétés fusionnées est une SPCC, et que de la fusion résulte d'une société qui est une SRC, nous devons estimer le bénéfice fiscal selon la même méthode que lors du changement de statut indiqué précédemment :

« (9) La société résidant au Canada qui n'est ni une société privée sous contrôle canadien ni une compagnie d'assurance-dépôts (appelée "nouvelle société" au présent paragraphe) et qui est issue de la fusion ou de l'unification de plusieurs sociétés dont au moins une est une société canadienne imposable est tenue d'inclure dans le calcul de son compte de revenu à taux réduit à un moment de sa première année d'imposition le total des sommes représentant chacune :

a) en ce qui concerne une société remplacée qui n'était ni une société privée sous contrôle canadien ni une compagnie d'assurance-dépôts au cours de son année d'imposition ayant pris fin immédiatement avant la fusion, le compte de revenu à taux réduit de la société remplacée à la fin de cette année;

b) en ce qui concerne une société remplacée qui a été une société privée sous contrôle canadien ou une compagnie d'assurance-dépôts tout au long de son année d'imposition ayant pris fin immédiatement avant la fusion (appelée "dernière année d'imposition" au présent alinéa), la somme obtenue par la formule suivante :

$$A + B + C - D - E - F - G - H$$

---

[26] Voir section 1.5.2. ci-dessus et CANADA, ministère des Finances, *op. cit.*, note 8, par. 89(8) L.I.R. [proposé].

où :

A : représente le total des sommes représentant chacune le coût indiqué d'un bien pour la société remplacée immédiatement avant la fin de sa dernière année d'imposition,

B : toute somme d'argent que la société remplacée avait en mains immédiatement avant la fin de sa dernière année d'imposition,

C : l'excédent éventuel de la somme visée au sous-alinéa (i) sur la somme visée au sous-alinéa (ii) :

(i) le total des sommes qui auraient été déductibles en application du paragraphe 111(1) dans le calcul du revenu imposable de la société remplacée pour sa dernière année d'imposition si elle avait eu, pour cette année, un revenu illimité provenant de chaque entreprise qu'elle exploitant, et de chaque bien qu'elle détenait, au cours de cette même année,

(ii) le total des sommes déduites en application du paragraphe 111(1) dans le calcul du revenu imposable de la société remplacée pour sa dernière année d'imposition,

D : le total des sommes représentant chacune le montant de toute dette de la société remplacée, ou autre obligation de la société remplacée de payer une somme, qui était impayée immédiatement avant la fin de sa dernière année d'imposition,

E : le capital versé, immédiatement avant la fin de la dernière année d'imposition de la société remplacée, de l'ensemble des actions émises et en circulation de son capital-actions,

F : le total des sommes représentant chacune une provision déduite dans le calcul du revenu de la société remplacée pour sa dernière année d'imposition,

G :

(i) si la nouvelle société n'est pas une société privée au cours de sa première année d'imposition, le compte de dividendes en capital, s'il y a lieu, de la société remplacée immédiatement avant la fin de sa dernière année d'imposition,

(ii) dans les autres cas, zéro,

H : la somme positive ou négative obtenue par la formule suivante :

où :

I : représente le compte de revenu à taux général de la société remplacée à la fin de sa dernière année d'imposition,

J : l'excédent éventuel de la somme visée au sous-alinéa (i) sur la somme visée au sous-alinéa (ii) :

(i) le total des sommes représentant chacune un dividende déterminé versé par la société remplacée au cours de sa dernière année d'imposition,

(ii) le total des sommes représentant chacune le montant d'une désignation excessive de dividende déterminé effectuée par la société remplacée au cours de sa dernière année d'imposition[27]. »

1.6.4. Liquidation

Dans le cas d'une liquidation, les soldes de CRTR s'additionnent immédiatement après la fin de l'année d'imposition de la filiale et entrent dans le calcul à un moment quelconque de l'année d'imposition de la société mère qui suit l'année d'imposition de la filiale au cours de laquelle celle-ci a été liquidée.

Cette règle s'applique uniquement dans la situation où la société mère détient 90 % ou plus de chaque catégorie d'actions de la filiale. Dans le cas contraire, il n'y a aucune combinaison des CRTR. Toutefois, les règles générales s'appliquent pour le dividende de liquidation.

Par exemple, une société mère ayant une fin d'année le 31 décembre et détenant 100 % d'une filiale qui est une SRC (laquelle a une fin d'année le 30 septembre) procède à la liquidation de sa filiale le 30 septembre 2006. Aux fins du calcul du CRTR de la société mère, cette dernière pourrait donc ajouter celui de sa filiale à son compte à partir du 1er octobre 2006. Dans la situation où la liquidation aurait lieu le 15 octobre 2006, l'ajout au CRTR pour la société mère ne s'effectuerait qu'au 1er octobre 2007 ou avant, si la filiale était dissoute complètement et qu'une fin d'année avait eu lieu à un moment antérieur avant le 31 décembre 2006.

---

[27] Voir section 1.6.1. ci-dessus et CANADA, ministère des Finances, *op. cit.*, note 8, par. 89(9) L.I.R. [proposé].

1.6.4.1. Constat

- Ces règles, bien qu'elles ressemblent aux règles concernant l'utilisation des PAC d'une filiale à la suite d'une liquidation au sein de sa société mère, permettront d'additionner le compte plus rapidement. En effet, contrairement au transfert des PAC qui ne peuvent être utilisées qu'au cours de l'exercice financier suivant celui au cours de laquelle la liquidation a eu lieu, dans la situation présente, le regroupement des comptes peut s'effectuer au cours de la même année dans laquelle la liquidation a lieu, et ce, à condition que la fin d'année de la filiale ait lieu au cours de cette année d'imposition, comme on a pu le constater dans l'exemple précédent.

- Si la société mère veut verser un dividende déterminé à ses actionnaires et que sa filiale a un compte de CRTR, il serait préférable que la liquidation de la filiale soit planifiée de telle sorte que la société mère n'ait pas de CRTR à cette date. Dans l'exemple précédent, la liquidation après le 30 septembre serait peut-être plus avantageuse.

1.7. APPLICATION

Nous constatons donc que nous devrons établir, pour toutes les sociétés, un compte de CRTG (pour les SPCC) ou un CRTR (pour les SRC) en obtenant les informations de ces sociétés pour les exercices financiers se terminant depuis 2001. Force est de constater que tous les professionnels, et plus particulièrement les bureaux de comptables, auront un travail supplémentaire à effectuer au cours de l'année 2006 afin d'être prêts au moment de désigner la nature du dividende, à savoir si c'est un dividende déterminé qui aura été versé au cours de l'année 2006 ou non.

1.8. CHOIX[28]

Pour une société qui est une SPCC, il lui est possible, aux fins seulement de la DPE ainsi que pour l'établissement du CRTR, d'effectuer un choix afin de ne pas être considérée comme une SPCC. Ce choix doit être fait sur un formulaire prescrit (inconnu en date des présentes) et doit être présenté au plus tard à la date d'échéance de production qui est applicable pour la société, soit six mois après sa fin d'exercice financier. Ce choix est applicable pour l'année d'imposition visée et les années subséquentes.

---

[28] CANADA, ministère des Finances, *op. cit*., note 8, par. 89(11) L.I.R. [proposé].

1.8.1. Constat

À la lumière du texte de loi[29], ce choix peut être fait d'une manière rétroactive jusqu'à concurrence de six mois, toutefois ce choix ne provoque pas une fin d'année présumée.

De plus, il est possible pour une société de révoquer ce choix pour devenir une SPCC à nouveau. Les incidences fiscales seront alors les mêmes que pour un changement de statut décrit précédemment. Toutefois, cette révocation doit avoir lieu à la fin de l'année d'imposition. Si la société désire effectuer un choix une seconde fois, il faudra alors obtenir de la part du Ministre une permission écrite et se conformer aux conditions imposées par lui. Cette règle empêche donc la répétition d'un choix fait à des fins fiscales plus audacieuses.

Après quelques années, le choix de révocation pourrait devenir intéressant, compte tenu du fait qu'aux fins du calcul du CRTG, c'est le coût indiqué qui sera utilisé lors du changement de statut. C'est donc le taux d'impôt réel qui est utilisé, alors que si la société était demeurée une SPCC, c'est le taux théorique de 32 % qui aurait été utilisé.

---

[29] CANADA, ministère des Finances, *op. cit.*, note 8, par. 89(11) à (13) L.I.R. [proposés] :

« **Choix d'une société de ne pas être une SPCC**

(11) Pour l'application des dispositions énumérées à l'alinéa d) de la définition de "**société privée sous contrôle canadien**" au paragraphe 125(7), une société est réputée, sous réserve du paragraphe (12), ne pas être une société privée sous contrôle canadien au cours d'une année d'imposition ou par la suite si elle en fait le choix sur le formulaire prescrit présenté au ministre au plus tard à la date d'échéance de production qui lui est applicable pour l'année.

Révocation du choix

(12) Le choix cesse de s'appliquer à une société à la fin d'une année d'imposition si la société présente au ministre sur le formulaire prescrit, au plus tard à la date d'échéance de production qui lui est applicable pour l'année, un avis le révoquant à compter de la fin de l'année.

Choix répétés – consentement requis

(13) La société qui a révoqué le choix ne peut faire de choix subséquent en vertu du paragraphe (11) ni de révocation subséquente en vertu du paragraphe (12) que si, à la fois :

a) le ministre y consent par écrit;

b) la société se conforme à toute condition imposée par le ministre. »

1.8.2. Dans quelle circonstance le choix de ne pas être une SPCC pourrait-il être intéressant?

a) À première vue, cela n'implique que des incidences négatives. En effet, lorsqu'une société change son statut de SPCC à celui d'une SRC, il y a établissement d'un BNR fiscal qui est réduit des dividendes déterminés ainsi que du CRTG à la fin de l'année précédente. Cela a pour conséquence l'addition de l'ensemble des BNR qui proviennent des revenus réalisés avant 2001 au CRTR pour les années à venir. Tout dividende subséquemment payé par cette société proviendrait donc du CRTR avant d'être considéré comme un dividende déterminé et bénéficier du taux réduit d'imposition pour le dividende.

   Dans la situation où l'on n'aurait effectué aucun choix, et que la société ne réclamerait pas la DPE au cours des années subséquentes, le revenu non assujetti pourrait faire l'objet d'un choix, compte tenu du fait qu'il ferait partie du calcul du CRTG. En conséquence, le fait d'effectuer le choix nous oblige à cristalliser l'ensemble des bénéfices même ceux provenant de revenus non admissibles à la DPE réalisés avant 2001. En conséquence, tout versement de dividende subséquent proviendra du CRTR et le contribuable ne pourra pas bénéficier de la réduction du taux d'imposition pour le dividende. Ce choix cristallise donc les bénéfices antérieurs en CRTR.

b) Ce choix peut être intéressant dans la situation où le taux d'imposition corporatif combiné fédéral et provincial est inférieur à 32 %. En effet, dans cette situation, l'ensemble de son bénéfice pourrait donc être versé et considéré comme un dividende déterminé, alors que si elle demeurait une SPCC, une partie de ses bénéfices ne ferait pas partie de son compte de CRTG. En effet, même si la société décidait de ne pas réclamer la DPE, le calcul de son CRTG ferait en sorte qu'un montant inférieur au bénéfice réel entrerait dans ce compte.

c) Il peut également être avantageux d'effectuer le choix, dans la situation où le compte de CRTG est supérieur au BNR fiscal, ou lorsque la société est déficitaire. En effet, lors du choix, aucun montant ne s'ajoutera au CRTR.

d) Toutefois, le piège majeur relativement à ce choix est de cristalliser l'accumulation des bénéfices pour les années antérieures dans le compte du CRTR et que ces derniers devront d'abord être versés par la SRC avant de pouvoir bénéficier d'un taux d'imposition réduit sur le dividende, ce qui ne serait pas le cas si la société n'avait pas fait ce

choix mais qu'elle avait décidé de ne pas réclamer la DPE. En conséquence, toutes sociétés qui sont déjà existantes et qui ont, à la suite de l'établissement d'un calcul, un bénéfice fiscal estimé positif, il n'y a aucun avantage à faire ce choix.

e) Ce choix sera présumé être effectué également au Québec[30].

1.9. AUTRES CONSIDÉRATIONS

1.9.1. Crédit d'impôt à l'investissement

Dans le cadre de l'établissement d'un CRTG, il devient plus intéressant d'utiliser les PAC pour réduire le revenu assujetti à la DPE que les crédits d'impôt à l'investissement. En effet, dans la situation d'un changement de statut, le solde des crédits d'impôt à l'investissement ne vient pas influencer le calcul du CRTG, ce qui n'est pas le cas dans la situation des pertes.

1.9.2. Changement de statut

Comme en fait foi l'annexe H, un dividende considéré comme un dividende déterminé (et donc admissible au taux réduit d'imposition d'un dividende) peut perdre son statut de dividende déterminé (et devenir un dividende ordinaire assujetti au taux élevé d'imposition), dans la situation où la société ferait le choix de ne plus être une SPCC. Il faut donc être vigilant sur le choix du changement de statut.

1.10. DÉSIGNATION[31]

La désignation du dividende, telle qu'elle est indiquée dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*[32], doit être effectuée par un avis écrit expédié au

---

30 « Table ronde sur la fiscalité provinciale », dans *Congrès 2006*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2007, pp. 52:1-76, question 6., aux pages 52:18-20.

31 Dans un communiqué du 21 décembre 2006, l'ARC a formulé les lignes directrices à suivre pour les sociétés afin de se conformer à la loi. Pour l'année 2006, elle acceptera que le choix soit effectué en fonction de la désignation du dividende sur les Feuillets T3 et Relevé 5. De plus, l'affichage d'avis sur le site Internet de la société ainsi que l'explication dans les états financiers de la société ou dans les publications aux actionnaires seraient considérés comme acceptables.

32 CANADA, ministère des Finances, *op. cit*., note 8, par. 89(14) « désignation de dividende » L.I.R. [proposé] :

(à suivre…)

moment du versement du dividende par la société aux personnes qui reçoivent ce dividende. Ce choix n'est pas effectué au moment de la préparation des Feuillets T5 mais immédiatement au moment du versement. Toutefois, compte tenu du fait que le projet de loi n'est pas encore sanctionné, cette désignation devra être effectuée au plus tard 90 jours après le jour suivant la date d'obtention de la sanction royale.

Dans le cas d'une société qui est une SRC, il faut que cette dernière détermine avant le versement d'un dividende quel est son solde de CRTR, afin de s'assurer qu'elle n'effectuera pas un choix excédentaire et que son dividende est vraiment un dividende déterminé. Dans la situation des SPCC, compte tenu du fait que l'établissement du CRTG ne s'effectue qu'à la fin de l'année, il faudra établir le solde de départ afin de s'assurer que le dividende versé n'excède pas ce montant et, s'il l'excède, il devra provenir de revenu généré au cours de l'année en question. Compte tenu du fait qu'il est toujours difficile de prévoir ce qui peut se passer pour une entreprise entre la date du versement du dividende et sa fin d'année financière, nous suggérons alors très fortement que ce choix ne soit effectué que pour un montant correspondant au solde initial, à moins que le versement du dividende n'ait lieu que vers la fin de l'année financière et que nous n'ayons une certaine assurance sur l'établissement de ce CRTG. De plus, si une PAC est réalisée au cours de l'année, il faudra faire attention au report si un dividende est versé au cours de l'année. En effet, un report aux années antérieures réduira le CRTG.

Nous pouvons donc constater que cela complexifiera d'une manière importante les déclarations de dividende ainsi que les différents choix qui devront être effectués par les sociétés lorsque ces dernières décideront de verser des dividendes à leurs actionnaires. D'une manière pratique, le problème est plus aigu dans le cas d'une SPCC, compte tenu de la méthode de calcul du CRTG. Dans le cas des sociétés qui sont des SRC, à moins que la société n'ait reçu un dividende provenant d'une SPCC au cours de l'année, ou qu'elle possède un solde de CRTR au début de l'année financière, cette dernière pourra donc faire le choix d'une manière adéquate, afin de considérer le dividende comme étant un dividende déterminé sans avoir à subir un risque que ce dividende soit excédentaire.

(…suite)

> « (14) Le dividende versé par une société à un moment donné est désigné à titre de dividende déterminé par avis écrit indiquant qu'il s'agit d'un dividende déterminé, envoyé à ce moment à chaque personne ou société de personnes à laquelle la société verse tout ou partie du dividende. »

1.11. PÉNALITÉ[33]

Dans la situation où la société a effectué une désignation excessive de dividendes déterminés, cette dernière est assujettie à un impôt spécial de la Partie III.1 L.I.R., qui correspond à 20 % du montant total du dividende (à moins qu'un choix ne soit effectué pour réputer que le dividende excessif est distinct). Cette même pénalité s'applique également dans le cas d'une société qui n'est pas une SPCC et qui verse un dividende au moment où son CRTR est positif.

Dans les deux situations, cette pénalité augmenterait à 30 %, lorsqu'il est raisonnable de considérer que le dividende excessif a été versé dans le cadre d'une série d'opérations dont l'un des principaux objets consistait à maintenir ou à augmenter artificiellement le CRTG, ou à maintenir ou diminuer artificiellement son CRTR. Cette pénalité de 30 % s'applique sur l'ensemble du dividende et non seulement sur le dividende excessif.

Le ministère des Finances a indiqué[34] qu'il considérait qu'il y aurait diminution artificielle du CRTR, dans la situation où une société publique modifie son capital-actions, afin d'y inclure une nouvelle catégorie d'actions qui seraient émises aux actionnaires, lesquels seraient indifférents de recevoir un dividende non déterminé (actionnaire non résident).

1.11.1. Choix

Il est possible pour la société et l'actionnaire qui reçoit le dividende d'effectuer un choix afin de considérer la désignation excessive du dividende déterminé comme étant un dividende ordinaire. Ce choix ne peut être effectué que sur le dividende qui n'est pas visé par la pénalité supplémentaire de 10 %, dans le cadre de planification ou d'augmentation artificielle du CRTG ou du CRTR. Pour être valide, ce choix doit être fait avec l'assentiment de la société et avec celui de ses actionnaires qui ont reçu ou qui pouvaient recevoir la totalité ou une partie du dividende initial et dont la société connaissait l'adresse. Ce choix doit être effectué, au plus tard, 90 jours suivant la date de la mise à la poste de l'avis de cotisation concernant l'impôt de la Partie III.1 L.I.R. et fait sur le formulaire prescrit (non encore connu). Ce choix sera réputé avoir été fait dans ce délai imparti

---

33 Voir par. 185.1(1) L.I.R. à l'annexe I.

34 « Table ronde sur la fiscalité provinciale », *loc. cit*., note 30, question 26., 52:46-47.

s'il est fait au plus tard le jour qui suit de 30 mois la date de la sanction royale, si le dividende était versé avant cette date.

Outre le délai de 90 jours (30 mois suivant la sanction royale si le dividende est versé avant cette date), ce choix est valide si chaque actionnaire dont la société connaissait l'adresse donne son assentiment et si ce choix est effectué après l'expiration d'un délai de 30 mois suivant le versement du dividende, il faut obtenir alors l'assentiment de tous les actionnaires (adresse connue ou non) et les règles de prescription[35] ne s'appliqueront pas à ce dividende.

En d'autres mots, c'est comme si les actionnaires signaient une renonciation aux autorités fiscales relativement à ce dividende afin de leur permettre de les cotiser, sur la base que le dividende reçu n'est pas un dividende déterminé mais un dividende ordinaire.

1.11.2. Commentaires

a) En fonction de ces règles, le choix de traiter ce dividende déterminé excessif en dividende ordinaire devrait être effectué dans un délai de 30 mois après le jour où le dividende initial a été versé afin de ne pas alourdir la charge administrative de la société. En effet, au-delà de 30 mois, les conditions sont plus strictes (assentiment de tous les actionnaires, adresse connue ou non). Voici certains exemples de son fonctionnement.

Exemple

	Date
Sanction royale	20 décembre 2006
Dividende versé	15 décembre 2006
Cotisation effectuée en vertu de la Partie III.1 L.I.R.	20 décembre 2007
Choix limite pour désigner le dividende comme étant un dividende ordinaire	20 juin 2009

[35] Les autorités fiscales pourraient donc cotiser les contribuables au-delà du délai permis.

Si l'avis de cotisation était émis le 1er mai 2009, la date limite du choix serait le 15 juin 2009, si les actionnaires dont l'adresse est connue y consentent. Si le choix est effectué après cette date et avant le 31 juillet 2009 (délai de 90 jours suivant l'avis de cotisation), il faudrait alors obtenir l'assentiment de tous les actionnaires dont l'adresse est connue ou non.

b) Dans le cas du CRTG, ce sont tous les actionnaires ayant reçu le dividende au cours de l'année qui recevront un dividende ordinaire s'ils effectuent le choix conjoint avec la société. Dans le cas d'un CRTR, compte tenu du fait que le calcul s'effectue immédiatement avant le moment donné, seulement les actionnaires ayant reçu ce dividende au moment donné qui effectueront ce choix et qui recevront un dividende ordinaire d'une manière proportionnelle, tel qu'il est calculé par la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

c) Pour que le choix soit valide, on indique que les autorités fiscales doivent recevoir l'assentiment de la société et celui de chacun des actionnaires dont la société connaissait l'adresse. Un des points qui demeurent donc en suspens relativement à cette notion est que dans la situation où la société ne connaîtrait pas les adresses de tous les actionnaires et qu'elle recevrait l'assentiment de ceux dont elle connaît l'adresse, est-ce que ce choix demeure valide pour l'ensemble des actionnaires, malgré le fait que les autres personnes n'ont pas donné leur assentiment ? À première vue, il semble que ce choix serait valide pour tous. De plus, que se produirait-il si un actionnaire dont l'adresse est inconnue refusait son assentiment avant l'expiration du délai ou après, est-ce que ce refus invaliderait le choix? S'il avisait la société de son adresse avant le délai, la société devrait alors obtenir son assentiment, puisque le texte de loi ne fait pas référence à un délai précis pour la connaissance de l'adresse.

d) La *Loi de l'impôt sur le revenu* ne fait nullement référence aux obligations ou méthodes qu'une société doit adopter pour maintenir à jour l'adresse de ses actionnaires. À ce sujet, les autorités fiscales doivent se référer à d'autres lois, telles que la *Loi sur les valeurs mobilières*[36], *Loi sur les sociétés par actions*[37], etc. En effet, certaines sociétés pourraient profiter de cette situation.

---

[36] L.R.Q., c. V-1.1.

[37] L.R.C. (1985), c. C-44 et mod.

e) En d'autres mots, si le choix est fait dans les délais de 30 mois, ce choix est valide si les actionnaires dont la société connaissait les adresses acceptent ce choix. Pour aller au-delà de cette période de 30 mois, il faut alors que tous les actionnaires, sauf ceux exonérés d'impôts de la Partie I L.I.R., effectuent ce choix. En conséquence, dans l'exemple précédent, pour que le choix soit valide, s'il était effectué avant le 15 juin 2009, seuls les actionnaires dont la société connaissait les adresses peuvent y consentir et, si ce choix était effectué après cette date, mais avant le 31 juillet 2009, il faut alors obtenir l'assentiment de tous les actionnaires, ce qui est une condition supplémentaire.

1.11.3. Exception

Dans la situation où l'actionnaire n'est pas assujetti à l'impôt, il n'est donc pas requis d'obtenir son assentiment pour déterminer que le dividende est un dividende ordinaire. Toutefois, le choix doit être quand même fait dans un délai de 30 mois qui suit le jour où le dividende initial a été versé. Cette exception ne s'applique pas pour un choix au-delà de 30 mois.

1.11.4. Nouvelles intentions

Aux fins du calcul des CRTG et CRTR, à quel moment doit-on tenir compte des nouveaux avis de cotisation qui sont émis quelques mois après la fin d'année de la société? Comme le projet de loi n'en fait aucune mention, nous pouvons présumer que le rajustement s'effectuera dans l'année visée par cette nouvelle loi. En conséquence, il se pourrait qu'un dividende versé au cours d'une année antérieure constituera un dividende excessif à la suite du dépôt de ce nouvel avis de cotisation.

1.11.5. Déclaration[38]

Toute société résidant au Canada doit produire une déclaration sur le formulaire prescrit (inconnu en date des présentes) pour établir si une partie des dividendes versés dans l'année son des dividendes excessifs assujettis à la Partie III.1 L.I.R. et, ainsi, calculer l'impôt à payer en vertu de cette partie. Toute société qui verse un dividende imposable doit donc produire ce formulaire.

---

[38] Voir article 185.2 L.I.R. en annexe.

Commentaires

Le fait d'obliger les sociétés à produire une déclaration concernant le versement de dividendes assujettit les sociétés à une pénalité pour non-production de documents (100 $ minimum, 25 $ par jour, pour un maximum 2 500 $). Cela contraint les entreprises à produire et à établir leur compte de CRTR ou CRTG annuellement afin de déterminer s'il y a eu versement de dividende excessif ou non.

1.11.6. Responsabilité[39]

Le texte législatif établit également qu'un actionnaire qui a un lien de dépendance avec la SPCC, est tenu solidairement de payer, avec la société, sa part de l'impôt de la Partie III.1 L.I.R. en proportion du dividende qu'il a reçu *versus* le dividende total assujetti à cet impôt. Le Ministre peut, après le délai, autoriser la société et l'actionnaire à faire un choix pour considérer le dividende comme étant un dividende ordinaire et, ainsi, établir une cotisation à l'égard d'un actionnaire qui a un lien de dépendance avec la société relativement à sa responsabilité solidaire, tel qu'il a été indiqué précédemment.

De plus, cette responsabilité solidaire s'éteint si l'actionnaire paie le montant qui lui est exigé par les autorités fiscales, ou si la société effectue un paiement, sa responsabilité solidaire est réduite en proportion du paiement effectué par la société *versus* la réclamation totale.

1.11.7. Fin d'année présumée

Lorsqu'une société cesse d'être une SPCC ou le devient, une fin d'année présumée a lieu pour les années d'imposition se terminant après 2005 et s'applique à toutes les fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Cela peut survenir lorsque le statut d'une société change. Par exemple, une société contrôlée par quatre personnes, soit trois résidents canadiens et un résident américain, et que deux des Canadiens deviennent résidents américains, il n'y a pas de changement de contrôle même si le statut de la société change. Il y a alors une fin d'année présumée au moment du départ des deux Canadiens. Si un changement de statut survient dans le cadre d'un changement de contrôle, il n'y aura pas deux fins d'année présumées mais une seule.

---

[39] Voir paragraphes 185.2(3), (4) et (5) L.I.R. en annexe.

1.12. RÈGLES QUÉBÉCOISES

Le 29 juin 2006, dans son *Bulletin d'information* 2006-2[40], Revenu Québec est venu confirmer qu'il s'harmoniserait au concept de dividende déterminé et au taux de majoration du revenu y relatifs. Toutefois, ces rajustements, comme il est indiqué dans le Budget de mars 2006, ne s'appliquent qu'aux dividendes versés ou réputés versés après le 23 mars 2006.

À la table ronde[41], le ministère des Finances est venu confirmer que la législation québécoise sera calquée sur la législation fédérale et que le calcul s'effectuera de la même manière qu'au fédéral. En conséquence, l'établissement du CRTG ou CRTR sera identique à celui du fédéral aux fins de l'établissement de dividende excessif ainsi que des choix excédentaires. En ce qui concerne les pénalités, il n'y en aura aucune pour les choix excédentaires au Québec. On peut donc s'attendre à ce que des formulaires soient également introduits dans la législation québécoise. De plus, le ministère des Finances a également confirmé qu'aucune mesure d'allégement ne sera accordée au fonds commun de placement ou toute autre entité pour les aider dans la comptabilisation des dividendes reçus et dans la préparation des feuillets de renseignements pour l'année 2006.

Bien qu'il soit possible qu'un réclamation de la DPE soit différente au Québec[42] comparativement au fédéral, en fonction des taux actuels et ceux annoncés, aucune économie d'impôt appréciable ne sera réalisée. La réponse pourrait être différente dans la situation où la DPE au niveau fédéral serait réduite; il faudra alors regarder la possibilité d'analyser ce genre de planification.

1.13. IMPÔT EN MAIN REMBOURSABLE AU TITRE DE DIVIDENDE

Les sociétés qui bénéficient actuellement d'un solde d'impôt en main remboursable au titre de dividende (ci-après « IMRTD »)[43] peuvent se faire

---

40 QUÉBEC, ministère des Finances, *Bulletin d'information* 2006-2, « Harmonisation à certaines mesures du Budget fédéral du 2 mai 2006 et autres mesures fiscales », 29 juin 2006.

41 « Table ronde sur la fiscalité provinciale », *loc. cit*., note 30, question 5., 52:13-17.

42 Voir commentaires à ce sujet à la section 1.2.1. du présent texte.

43 Luc LACOMBE, « Les sociétés de portefeuille ont-elles encore leur utilité? », dans *Congrès 95*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1996, pp. 8:1-59.

rembourser à concurrence de 1 $ pour chaque tranche de 3 $ de dividende imposable qu'elle verse, soit un remboursement équivalant à 33 1/3 %. Il faut donc comprendre que, dans la situation où le taux d'imposition du particulier est inférieur à celui du dividende reçu, il y a un avantage à « vider » ce compte d'IMRTD, afin de transférer les sommes entre les mains personnelles de l'individu.

Compte tenu des modifications des taux d'imposition sur les dividendes pour les résidents québécois (voir annexe B du présent document), pour qu'il y ait maintenant un avantage de déclarer un dividende afin de récupérer l'IMRTD depuis le 1er janvier 2006, le dividende doit soit être versé avant le 23 mars 2006 ou, s'il est versé après cette date, qu'il provienne du CRTG, dans le cas des SPCC ou, pour les autres sociétés, que ces dernières n'aient pas de CRTR.

Dans le cadre des futures planifications concernant l'IMRTD, bien que cet élément ne fasse pas partie de cette conférence, les sociétés québécoises devraient verser un dividende n'excédant pas leur CRTG, afin d'obtenir le remboursement et de bénéficier d'un allégement supplémentaire. En effet, le taux d'imposition maximal de l'individu étant de 29,65 % et la récupération de 33 1/3 %, cela permet de recevoir, après impôts, des valeurs supérieures aux valeurs détenues au sein de la société. Nous pourrions également envisager d'isoler dans un groupe corporatif les CRTG dans la société qui a son solde d'IMRTD pour en tirer pleinement les avantages.

Par exemple, dans la situation où la société aurait un CRTG de 120 000 $, et que cette dernière verse un montant de dividende de 120 000 $, et que cette société a un IMRTD de 40 000 $, la société déboursera de son encaisse actuelle la somme de 80 000 $ plus 40 000 $ qu'elle recevra à titre de récupération de son IMRTD. L'individu recevra ce dividende et paiera son impôt. Il lui restera un montant net de 84 420 $, soit 4 420 $ de plus que le montant déboursé réellement par la société, ce qui représente un écart de 5,5 %. Avant 2006, même s'il existait un écart, ce dernier était amoindri et ne représentait que 616 $ (soit la réception d'un montant de 80 616 $), soit un écart de 0,77 %. Nous pouvons donc constater que les modifications qui ont été apportées peuvent augmenter le bénéfice pour les sociétés qui créeront dans l'avenir un CRTG et qui possèdent un solde d'IMRTD.

1.14. PRESTATIONS DE LA SÉCURITÉ DE LA VIEILLESSE

Selon l'âge de l'individu, le versement d'un dividende pourrait venir modifier d'une manière plus importante les prestations de la sécurité de la vieillesse que le versement d'un salaire. En effet, la réception d'un salaire de

60 000 $ *versus* la réception d'un dividende (47 328 $) n'aura pas la même incidence, compte tenu de la majoration du dividende de 45 %. Cet élément doit donc être pris en considération dans le cadre des planifications concernant la rémunération des actionnaires en fonction de leur âge.

1.15. DÉFINITION

Dans le texte de loi[44], la notion de dividende déterminé est définie. Toutefois, le même terme est également utilisé ailleurs dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*[45] aux fins de l'impôt de la Partie IV L.I.R. Il aurait lieu de modifier la nomenclature du terme aux fins de l'impôt de la Partie IV L.I.R. pour éviter toute confusion.

1.16. TAUX EFFECTIF CANADIEN

Il est intéressant de constater que le taux effectif d'impôt (société plus dividende) au Canada selon les provinces est supérieur de 5 % à 11 % au taux marginal maximum du particulier (voir annexe N). Au Québec, l'écart qui était de 5 % est réduit à 4 % et, selon les énoncés budgétaires, il diminuera à 3 % en 2010, et ce, malgré ce projet de loi. En Ontario et en Alberta, l'écart qui est, en 2006, de 8 % et 6 % sera réduit, en 2010, à moins de 1 %. De plus, compte tenu du fonctionnement des règles de CRTR, le dividende versé pourrait ne pas être un dividende déterminé, ce qui augmenterait cet écart (5 % à 11 %) de 8 % à 13 %. En conséquence, l'objectif des propositions législatives de réduire cet écart, pour régler un problème de double imposition, ainsi que la mise en place de fiducie de revenu semble loin d'être atteint dans la majorité des provinces canadiennes, bien au contraire.

2. RÉSUMÉ

Vous trouverez à l'annexe J un résumé des règles de conduite que les sociétés devront adopter dorénavant afin d'éviter d'être assujetties à certaines pénalités relativement à une mauvaise détermination d'un dividende déterminé ou à la non-production de formulaires prescrits. De plus, comme vous pouvez le constater dans ces règles, un certain suivi doit être effectué annuellement et certaines mises en garde demeurent présentes afin d'éviter d'être assujetti à des pénalités.

---

44 CANADA, ministère des Finances, *op. cit*., note 8, par. 89(1) L.I.R. [proposé].

45 Par. 186(3) « dividende déterminé » L.I.R.

Nous avons joint également un tableau comparatif (annexe K) relativement au fonctionnement du CRTG et CRTR, compte tenu du fait que des particularités inhérentes à chacun d'eux. Pour les SRC assujetties aux règles du CRTR, les propositions législatives présument, à moins que la société n'ait subi un changement de statut ou qu'elle n'ait reçu un dividende d'une SPCC, que le montant total du dividende pourrait être considéré comme un dividende déterminé. Dans la situation des SPCC, il faut réellement que la société ait un CRTG au cours de l'année précédente, afin d'éviter toute possibilité d'incidence négative inhérente à la désignation d'un dividende déterminé et assujetti au taux d'imposition moindre pour les particuliers. Le risque d'erreurs est beaucoup plus grand dans le cas des SPCC de désigner un dividende qui sera considéré comme excédentaire que pour les SRC. De plus, si un nouvel avis de cotisation vient modifier le revenu imposable de l'année en question, le dividende qui n'est pas excédentaire peut le devenir, et ce, même si toutes les précautions ont été prises par le contribuable.

Dans le cadre de structures corporatives plus élaborées (société mère et filiale) d'une SPCC, le compte de CRTG est établi individuellement pour la société. En conséquence, si la société veut bénéficier du CRTG de sa filiale, cette dernière devra verser (ou provoquer la réalisation d'un dividende présumé par une augmentation du CV, par exemple) un dividende provenant de ce compte à la société mère, pour que cette dernière puisse désigner le dividende qu'elle versera ou aura versé à son actionnaire comme un dividende déterminé.

Pour la SRC, le compte de CRTR est individuel. Dans ce cas, il peut être intéressant de créer une filiale qui détiendra les placements dans une SPCC pour isoler le CRTR dans la filiale et ne pas nuire au dividende versé par la société mère. Compte tenu du fait qu'aucun solde de départ ne soit créé pour le CRTR, le transfert de placements dans des SPCC au sein d'une nouvelle filiale serait intéressant.

De plus, dans le cadre d'un changement de statut (SPCC en SRC), il faudrait envisager de verser le CRTG avant.

D'un point de vue de planification, l'isolation du CRTR par l'utilisation d'une filiale et la combinaison des CRTG devront être envisagées pour maximiser le versement de dividende déterminé.

CONCLUSION

Bien que le Ministre nous signifie que les modifications proposées sont effectuées dans un souci de simplification des règles fiscales, d'harmonisation et d'élimination d'une double imposition, nous pouvons constater que, par l'introduction de l'ensemble de ces propositions d'ajouts de nouveaux articles de loi, la complexité pour les entreprises sera considérablement augmentée. La charge de travail pour la préparation et l'envoi de formulaires prescrits sera également augmentée et le degré de responsabilité administrative pour les sociétés sera alourdi.

De plus, compte tenu de la complexité des règles, les entreprises devront, au cours de l'année 2006, investir du temps et des honoraires afin d'établir correctement le solde de leur compte de départ ainsi que le suivi au cours des années suivantes.

Nous constatons donc que, pour régler le problème des grandes sociétés et pour favoriser l'atteinte des principes d'intégration pour les revenus de ces sociétés, les autorités fiscales ont introduit des règles fiscales complexes, alourdi le fardeau administratif des sociétés et augmenté le risque d'imposition de pénalités. Quant aux sociétés, il aurait été peut-être plus simple d'imposer un impôt spécial aux fiducies de revenu (pour éliminer l'avantage de leurs utilisations) et revoir à la baisse le taux d'imposition pour l'ensemble des dividendes, afin de le ramener à un niveau équivalant à un gain en capital ou tout au moins en réduire l'écart.

De plus, cet objectif ne semble pas atteint en 2006 lorsqu'on constate que l'écart entre le taux effectif et le taux maximum d'imposition d'un particulier canadien atteint cet écart entre 5 % et 11 %, en fonction de la province de résidence. Cependant, en 2010, selon les propositions législatives en Ontario et en Alberta, l'écart serait réduit à moins de 1 % dans ces provinces.

Au niveau québécois, les modifications qui ont été apportées font en sorte que l'on s'éloigne du principe d'intégration et que l'on augmente l'écart entre l'imposition d'un dividende et un gain en capital (dans le cas des SPCC, l'écart se situe aujourd'hui à plus de 12 %). Étant donné que, d'une manière pratique, un écart de plus de 4 % à 5 % peut devenir rentable et que, grâce à un tel écart, les professionnels ont raison de mettre en place des planifications plus dynamiques, imaginez ce qu'un écart de plus de 12 % pourrait créer par rapport à ces planifications et à leur traitement? En théorie, malgré une augmentation des revenus au niveau du gouvernement du Québec, nous pouvons nous attendre à une hausse des coûts pour la

vérification et à un accroissement de l'achalandage dans les cours de justice ainsi qu'à l'utilisation de planifications qui permettront de réaliser un gain en capital pour les individus.

Nous ne pouvons savoir qui sera le grand gagnant au cours des années à venir mais, une chose est certaine en ce qui concerne les fiscalistes, cela représente des perspectives intéressantes pour laisser aller leur créativité ainsi qu'une belle occasion de faire des débats intéressants avec les autorités fiscales, ce qui assurera une très grande prospérité à la profession de fiscaliste.

ANNEXE A

Taux effectifs combinés

	2005 (%)	Avant le 23 mars 2006 (%)	Après le 23 mars 2006/2007 (%)	2008 (%)	2009 (%)	2010 (%)
Intégration						
• **DPE**	47,60	50,12	49,80	48,77	48,45	48,45
Intégration						
• **Grande entreprise**	53,65	51,47	52,20	52,10	52,10	51,42
• **Revenu de placement**	51,66	54,22	54,22	53,15	53,15	53,15
• **Particulier**	48,22	48,22	48,22	48,22	48,22	48,22

ANNEXE B

Taux d'imposition des dividendes (après budget)

RÉSULTAT

	2005 (%)	Avant 23 mars 2006 (%)	Après 23 mars 2006 (%)
Grande entreprise	32,82	28,61	29,69
Autre entreprise	32,82	32,82	36,36

TAUX D'IMPOSITION
GAIN EN CAPITAL

	2005 (%)	Avant 23 mars 2006 (%)	Après 23 mars 2006 (%)	2008 (%)
Particulier	24,11	24,11	24,11	24,11
Dividende déterminé	25,83	24,32	24,71	24,12
Dividende ordinaire	25,83	25,83	27,11	26,58

a) Dividende déterminé

	Fédéral (%)	Québec (%)	Ontario (%)	Alberta (%)
Majoration	45	45	45	45
Taux de crédit[1]	18,97	11,9[2]	6,5[3]	7,5[4]

(1) En pourcentage du dividende majoré. En Ontario, il faut majorer le crédit par un facteur de 1,56 pour tenir compte de la surtaxe.

(2) Dividendes déterminés versés après le 23 mars 2006.

(3) Selon un communiqué d'information publié le 3 août 2006, il est prévu que le taux du crédit d'impôt augmentera comme suit (avant surtaxe) :

2007	6,7 %
2008	7,0 %
2009	7,4 %
2010	7,7 %

(4) Selon un communiqué d'information publié le 20 septembre 2006, il est prévu que le taux du crédit d'impôt augmentera comme suit :

2011	8,0 %
2012	9,0 %
2013	10,0 %

b) Autre dividende

	Fédéral (%)	Québec (%)	Ontario (%)	Alberta (%)
Majoration	25	25	25	25
Taux de crédit[1]	13,33	8,0[2]	5,13	6,0[3]

(1) En pourcentage du dividende majoré. En Ontario, il faut majorer le crédit par un facteur de 1,56 pour tenir compte de la surtaxe

(2) Pour les dividendes versés au plus tard le 23 mars 2006, le taux de crédit est de 10,83 % qu'il soit un dividende déterminé ou non.

(3) Selon un communiqué d'information publié le 20 septembre 2006, il est prévu que le taux du crédit d'impôt diminuera comme suit (avant surtaxe) :

2014	5,5 %
2015	4,5 %
2016	3,5 %

ANNEXE C

Taux combinés – PME

	2005 (%)	23 mars 2006 (%)	Avant 2006/2007 (%)	Après le 23 mars 2008 (%)	2009 (%)	2010 (%)
DPE (annexe D)	22,02	21,62	21,12	19,50	19	19
Autre revenu						
Entreprise (annexe E)	31,02	32,02	32,02	31,90	31,90	30,90
Placement (annexe F)	52,04	52,04	52,04	50,92	50,92	50,92

ANNEXE D

Taux de base applicable – Revenu admissible à la DPE

Années	Québec (%)	Fédéral (%)	Combiné (%)
2005	8,9	13,12	22,02
23 mars 2006	8,5	13,12	21,62
2006-2007	8	13,12	21,12
2008	8	11,50	19,50
2009	8	11	19
2010	8	11	19

ANNEXE E

Taux de base applicable – Autre revenu d'entreprise

Années	Québec (%)	Fédéral (%)	Combiné (%)
2005	8,90	22,12	31,02
2006	9,90	22,12	32,02
2007	9,90	22,12	32,02
2008	11,40	20,50	31,90
2009	11,90	20	31,90
2010	11,90	19	30,90

ANNEXE F

Taux de base applicable au revenu de placement

Années	Québec (%)	Fédéral (%)	Combiné (%)
2005	16,25	35,79	52,04
2006	16,25	35,79	52,04
2007	16,25	35,79	52,04
2008	16,25	34,67	50,92
2009	16,25	34,67	50,92
2010	16,25	34,67	50,92

ANNEXE G

Exemples 2001 à 2005

Exemple 1

	2001 (000) $	2002 (000) $	2003 (000) $	2004 (000) $	2005 (000) $
Revenu imposable	600	100	400	(300)	0
Revenu assujetti DPE	200	100	200	0	0
Revenu imposable ne bénéficiant pas d'allégements fiscaux	400	0	200	0	0

A) Aucun report de perte antérieur
Solde de départ du CRTG : 378 000 $ (600 000 $ × 63 %)

B) Report de perte de 2004 à 2001
Solde de départ du CRTG 189 000 $ (300 000 $ × 63 %)

Exemple 2

Société A détient 100 % de Société B

	2001 (000) $	2002 (000) $	2003 (000) $	2004 (000) $	2005 (000) $
Société A					
Revenu imposable ne bénéficiant pas d'allégements fiscaux	200	200	200	200	200
Dividende reçu de Société B	-	-	-	100	300
Société B					
Revenu imposable ne bénéficiant pas d'alllégements fiscaux	100	100	100	100	100
Dividende versé à Société A	-	-	-	100	300

A) Solde CRTG de départ
- Société A[(1)] : 630 $
- Société B : 63 $

B) Solde CRTG si pas de dividende versé
- Société A : 630 $
- Société B : 315 $

(1) À la suite des modifications déposées le 16 octobre 2006, le solde sera de 882 $.

ANNEXE H

Exemples 2006 et 2007

	2006 (000) $	2007 (000) $
Revenu imposable pas DPE	200	300
Dividende versé choix effectué	100	150
SPCC		
Bilan fiscal au 31 décembre 2006		
Actif		
Immobilisation		200
Encaisse		100
Inventaire		300
		600
Passif		
Hypothèque		100
Comptes fournisseurs		200
		300
Avoir		
Capital-actions		10
BNR		290
		300
		600
Résultat		

	2006 (000) $	2007 (000) $
a) Calcul du CRTG fin de l'année	136	240
Choix dividende déterminé	100	150
b) Changement de statut le 1er janvier 2006		
Solde du CRTR	290	190
Dividende déterminé	-	-
Dividende ordinaire	100	150

ANNEXE I

Textes de loi

Paragraphes 185.1(1) à (4) L.I.R.

« **Impôt sur les désignations excessives de dividendes déterminés**

185.1 (1) La société qui a effectué une désignation excessive de dividende déterminé relativement à un dividende déterminé qu'elle a versé au cours d'une année d'imposition est tenue de payer, au plus tard à la date d'exigibilité du solde qui lui est applicable pour l'année, un impôt en vertu de la présente partie pour l'année égal au total des sommes suivantes :

a) 20 % du montant de la désignation excessive de dividende déterminé;

b) si la désignation excessive de dividende déterminé se produit en raison de l'application de l'alinéa c) de la définition de ce terme au paragraphe 89(1), 10 % de montant de la désignation.

Choix de traiter une désignation excessive de dividende déterminé comme un dividende ordinaire

(2) Dans le cas où une société serait tenue, en l'absence du présent paragraphe, de payer l'impôt prévu au paragraphe (1) relativement à une désignation excessive de dividende déterminé, non visée à l'alinéa (1)b), qu'elle effectue au titre d'un dividende déterminé (appelé "dividende initial" au présent paragraphe et au paragraphe (3)) qu'elle a versé à un moment donné, les règles ci-après s'appliquent si elle en fait le choix sur le formulaire prescrit au plus tard le quatre-vingt-dixième jour suivant la date de mise à la poste de l'avis de cotisation concernant cet impôt qui serait payable par ailleurs en vertu du paragraphe (1) :

a) malgré la définition de « dividende déterminé » au paragraphe 89(1), le montant du dividende initial versé par la société est réputé correspondre à l'excédent éventuel de la somme visée au sous-alinéa (i) sur la somme visée au sous-alinéa (ii) :

(i) le montant du dividende initial, déterminé compte non tenu du présent paragraphe,

(ii) la somme demandée par la société dans le document concernant le choix, n'excédant pas le montant de la désignation excessive de dividende déterminé, calculé compte non tenu du présent paragraphe;

b) une somme égale à celle demandée par la société dans le document concernant le choix est réputée être un dividende imposable distinct (autre

qu'un dividende déterminé) qu'elle a versé immédiatement avant le moment donné;

c) chaque actionnaire de la société qui, au moment donné, détenait des actions émises de la catégorie d'actions sur laquelle le dividende initial a été versé est réputé, à la fois :

(i) ne pas avoir reçu le dividende initial,

(ii) avoir reçu, à ce moment, les sommes suivantes :

(A) à titre de dividende déterminé, sa part proportionnelle du montant de tout dividende calculé selon l'alinéa a),

(B) à titre de dividende imposable (autre qu'un dividende déterminé), sa part proportionnelle du montant de tout dividende calculé selon l'alinéa b);

d) la part proportionnelle revenant à un actionnaire d'un dividende versé à un moment quelconque sur une catégorie d'actions du capital-actions d'une société correspond à la proportion du dividende que représente le rapport entre le nombre d'actions de cette catégorie qui sont détenues par l'actionnaire à ce moment et le nombre d'actions de cette catégorie qui sont en circulation à ce moment.

Choix – assentiment

(3) Le choix prévu au paragraphe (2) relatif à un dividende initial n'est valide que si les conditions suivantes sont réunies :

a) il est fait avec l'assentiment de la société et de ceux de ses actionnaires :

(i) qui ont reçu ou pouvaient recevoir tout ou partie du dividende initial,

(ii) dont la société connaissait l'adresse;

b) selon le cas :

(i) il est fait au plus tard le jour qui suit de 30 mois le jour où le dividende initial a été versé,

(ii) chaque actionnaire visé au sous-alinéa a)(i) donne son assentiment au choix; dans ce cas, malgré les paragraphes 152(4) à (5), les cotisations voulues concernant l'impôt, les intérêts et les pénalités à payer par chacun de ces actionnaires pour une année d'imposition sont établies pour tenir compte du choix de la société.

Exception – actionnaires non assujettis à l'impôt

(4) Si chaque actionnaire qui est réputé par le paragraphe (2) avoir reçu un dividende à un moment donné en raison du choix prévu à ce paragraphe est, à ce moment, exonéré de l'impôt prévu à la partie I sur la totalité de son revenu imposable, les règles suivantes s'appliquent :

a) le paragraphe (3) ne s'applique pas au choix;

b) le choix n'est valide que s'il est fait au plus tard le jour qui suit de 30 mois le jour où le dividende initial a été versé. »

Déclaration

185.2 (1) Toute société résidant au Canada qui verse un dividende imposable, sauf un dividende sur les gains en capital au sens du paragraphe 130.1(4) ou 131(1), au cours d'une année d'imposition est tenue de présenter au ministre sur le formulaire prescrit, au plus tard à la date d'échéance de production qui lui est applicable pour l'année, une déclaration pour l'année en vertu de la présente partie contenant une estimation de son impôt à payer en vertu de la présente partie pour l'année.

Dispositions applicables

(2) Les paragraphes 150(2) et (3), les articles 151, 152, 158 et 159, les paragraphes 161(1) et (11), les articles 162 à 167 et la section J de la partie I s'appliquent à la présente partie, avec les adaptations nécessaires.

Responsabilité solidaire

(3) Sans que soit limitée la responsabilité de quiconque en vertu d'une autre disposition de la présente loi, l'actionnaire qui reçoit d'une société privée sous contrôle canadien ou d'une compagnie d'assurance-dépôts avec laquelle il a un lien de dépendance un dividende déterminé au titre duquel la société a fait une désignation excessive de dividende déterminé est solidairement tenu, avec la société, de payer la proportion de l'impôt à payer par la société en vertu de la présente partie en raison de la désignation que représente le rapport entre le montant du dividende déterminé qu'il a reçu et le total des sommes représentant chacune un dividende au titre duquel la désignation a été effectuée.

Cotisation

(4) Le ministre peut, à un moment postérieur au dernier jour où une société peut faire le choix prévu au paragraphe 185.1(2) relativement à une désignation excessive de dividende déterminé, établir une cotisation à l'égard d'une personne concernant une somme à payer en vertu du paragraphe (3) relativement à la désignation. Dès lors, les dispositions de la section I de la partie I, notamment celles portant sur les intérêts à payer, s'appliquent, avec les

adaptions nécessaires, à toute cotisation établie en vertu du présent paragraphe comme si elle avait été établie en application de l'article 152.

Règles applicables

(5) Dans le cas où une société et un actionnaire sont solidairement tenus, par application du paragraphe (3), de payer tout ou partie de l'impôt à payer par la société en vertu de la présente partie relativement à une désignation excessive de dividende déterminé visée à ce paragraphe, les règles suivantes s'appliquent :

a) tout paiement fait par l'actionnaire à un moment donné au titre de l'obligation éteint d'autant l'obligation après ce moment;

b) tout paiement fait par la société à un moment donné au titre de son obligation n'éteint l'obligation de l'actionnaire qu'à concurrence de la somme obtenue par la formule suivante :

$$(A - B) \times C/D$$

où :

A représente le total des sommes suivantes :

(i) le montant de l'obligation de la société en vertu de la présente partie, immédiatement avant ce moment, relativement à la désignation,

(ii) le montant du paiement,

B le montant de l'obligation de la société en vertu de la présente loi immédiatement avant ce moment,

C le montant du dividende déterminé reçu par l'actionnaire,

D le total des sommes représentant chacune un dividende au titre duquel la désignation a été effectuée. »

ANNEXE J

Règles de conduite

1) Établir le CRTG ou le CRTR immédiatement.

2) Avis à expédier si l'on décide que le dividende versé est un dividende déterminé.

3) CRTG – pour éviter dividende excessif, ne pas verser plus que le solde de l'exercice précédent. Attention au report de perte de l'année courante (réduit le solde de départ si reportée aux années antérieures).

4) CRTR – Attention au dividende reçu d'une SPCC car il augmente le compte. Possibilité d'isoler le CRTR dans une filiale.

5) Attention au changement de statut car influence le montant du dividende déterminé qui peut être versé.

6) Formulaire prescrit à produire annuellement si un dividende imposable est versé, même s'il n'est pas assujetti à la pénalité.

7) Choix dividende distinct si excessif – délai de production (90 jours après avis) – Au-delà de 30 mois après le versement du dividende, conditions plus sévères.

8) Isoler le CRTG dans la société qui a un solde d'IMRTD si possible.

9) Attention à l'émission du nouvel avis de cotisation, car il modifie le calcul pour l'année visée.

ANNEXE K

Résumé

	SPCC	SRC
Établissement du compte	CRTG fin d'année	CRTR à un moment donné
Fusion	Solde s'ajoute à la fin de l'année moins dividende déterminé	Solde s'ajoute date de fusion
Liquidation	Solde s'ajoute à la fin de l'année de la société mère qui suit l'année d'imposition de la filiale au cours de laquelle les biens sont transférés	Solde s'ajoute à la fin de l'année de la société liquidée suivant le transfert des biens
Changement de statut	Établissement du BNR fiscal moins CRTR	Établissement du BNR fiscal moins CRTG
Dividende excessif	Tous les actionnaires qui ont reçu un dividende au cours de l'exercice en proportion	Actionnaires qui ont reçu le dividende en proportion
Pénalité Choix : Délai : Conditions :	20 % dividende excessif 30 % dividende total si planning Dividende ordinaire distinct si pas le 30 % 90 jours après avis - Choix actionnaires et société dont l'adresse est connue. Si avant 30 mois suivant le versement du dividende - Si après 30 mois, tous les actionnaires doivent accepter (sauf si exonéré Partie I) et renonciation à la prescription pour ce dividende	20 % dividende excessif 30 % dividende total si planning *Idem* *Idem* *Idem*
Formulaire	- Prescrit annuel à produire, si verse un dividende imposable pour estimer pénalité, Partie III.1 L.I.R. - Prescrit pour choix de considérer le dividende comme ordinaire	*Idem* *Idem*
Choix dividende déterminé	Avis au détenteur au moment du versement (ou 90 jours suivant sanction royale)	*Idem*

ANNEXE L

Tableau : établissement du compte

A) CRTG

Exercice financier	.68 (Revenu imposable – DPE – Revenu de placement) $	Dividende reçu d'un CRTG $	Rajustement changement de statut Paragraphe 89(4) L.I.R.	Solde initial 2006 Par. 89(7) L.I.R.	Acquisition (fusion, liquidation) Par. 89(5) et 89(6) L.I.R.	.68 (Report modifiant le CRTG)	Solde de l'année $

B) CRTR

CRTR au début $	Dividende SPCC $	Ajustement Changement de statut Par. 89(8) L.I.R.	Acquisition (fusion, liquidation) Par. 89(9) et 89(10) L.I.R.	CRTR à la fin $

ANNEXE M

CRTG : solde initial

	2001 $	2002 $	2003 $	2004 $	2005 $	Rajustement total selon le paragraphe 89(7) L.I.R. $
Revenu imposable						
Moins : **- Revenu assujetti à la DPE** **- Revenu de placement total** **- Revenu assujetti au BFT**						
Revenu admissible						
Moins : dividende annuel versé						

ANNEXE N

Taux effectif 2006

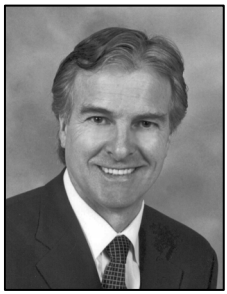
PROVINCE	DPE %	REVENU DE PLACEMENT %	REVENUS ACTIFS AUTRES %		PARTICULIERS %	DIVIDENDES DÉTERMINÉS %	DIVIDENDES NON DÉTERMINÉS %
			Dividende déterminé	Dividende ordinaire			
Québec	49,8 (8)	54,22	52,2 (4)	56,73	48,22	29,7	36,36
Terre-Neuve et Labardor	48,7	52,8	58,5	59,9	48,6	35,1	37,3
Nouvelle-Écosse	45,2	51,6	56,8	58,6	48,3	30,2	33,1
Île-du-Prince-Édouard	44,6	50,8	56,0	57,9	47,4	28,9	32
Nouveau-Brunswick	46,6	51,8	57,9	59.3	46,8	35,1	37,3
Ontario	44,1 (9)	48,3	54,1 (5)	56,1	46,4	25,09 (1)	31,34
Manitoba	46,6	51,7	51,7	58,9	46,4	23,8	35,3
Sasketchewan	41,3	47,6	53,0	55,3	44,0	24,7	28,3
Alberta	36,3(7)	38,9	45,9 (6)	48,8	39,0	18,18 (2)	24,58 (3)
Colombie-Britannique	43,6	46,4	52,9	54,9	43,7	28,5	31,6
Nunavut	41,1	44,4	50,8	53,2	40,5	25,4	29,0
Territoires Nord-Ouest	41,7	45,6	52,0	54,2	43,1	26,2	29,7
Yukon	40,8	46,3	52,8	55,1	42,4	25	28,6

(1) En 2010, il sera de 22,36 %
(2) En 2010, il sera de 14,55 %
(3) En 2010, il sera de 27,70 %
(4) En 2010, il sera de 51,42 %
(5) En 2010, il sera de 47,98 %
(6) En 2010, il sera de 39,33 %
(7) En 2010, il sera de 36,74 %
(8) En 2010, il sera de 48,45 %
(9) En 2010, il sera de 42,67 %

JURISPRUDENCE RÉCENTE

Coordonnateur
Wilfrid Lefebvre
Associé principal, CR, avocat
Ogilvy Renault

Lysane Tougas
Avocate, LL.M. fisc.
Ogilvy Renault



Alain Ménard
Associé, avocat, BA, MBA
Cain Lamarre Casgrain Wells,
avocats, s.e.n.c.

Nathalie Goyette
Avocate, M. Fisc.
Osler, Hoskin & Hartcourt
s.e.n.c.r.l./s.r.l.

Jade Boucher
Avocate
Ministère de la Justice
du Canada

Jocelyne Mailloux-Martin
Avocate
Ministère de la Justice
du Québec

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE A (WILFRID LEFEBVRE ET LYSANE TOUGAS)

1. L'AFFAIRE *BLANK* C. *CANADA* 23:5

1.1. LES FAITS 23:5
1.2. LES ARGUMENTS DES PARTIES 23:6
1.3. LES DÉCISIONS DE LA COUR FÉDÉRALE ET DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE 23:6
1.4. LA DÉCISION DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA 23:7
1.5. COMMENTAIRES 23:8

2. L'AFFAIRE *LA REINE* C. *MCLARTY* 23:8

2.1. LES FAITS 23:9
2.2. LES QUESTIONS EN LITIGE 23:10
2.3. LA DÉCISION DE LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT 23:11
2.4. LA DÉCISION DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE 23:12
2.5. COMMENTAIRES 23:13

3. L'AFFAIRE *MRN* C. *WELTON PARENT INC.* 23:13

3.1. LES FAITS 23:14
3.2. LES QUESTIONS EN LITIGE 23:14
3.3. LA DÉCISION DE LA COUR FÉDÉRALE 23:15
3.4. COMMENTAIRES 23:16

PARTIE B (ALAIN MÉNARD)

1. L'AFFAIRE *TERMINAL NORCO INC.* C. *LA REINE* 23:17

1.1. LES FAITS 23:17
1.2. LES QUESTIONS EN LITIGE 23:18
1.3. LA POSITION DE L'APPELANTE 23:19
1.4. LA POSITION DE L'INTIMÉE 23:20
1.5. LA DÉCISION 23:20

2. L'AFFAIRE *CARREAU* C. *LA REINE* 23:22

2.1. LES FAITS 23:22
2.2. LA DÉCISION 23:22

PARTIE C (NATHALIE GOYETTE)

1. L'AFFAIRE *LA SURVIVANCE* C. *LA REINE* OU LA *LOI DE L'IMPÔT SUR LE REVENU* ET LES FICTIONS LÉGALES 23:26

1.1. LES FAITS 23:26
1.2. LES QUESTIONS EN LITIGE 23:27
1.3. LA DÉCISION DE LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT 23:27
1.3.1. La date de disposition des actions 23:27
1.3.2. La présomption contenue au paragraphe 256(9) L.I.R. 23:28
1.4. LA DÉCISION DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE 23:29
1.5. COMMENTAIRES 23:30

2. ÊTRE À L'ABRI DE LA NOTION D'ABRI FISCAL : LES AFFAIRES *BAXTER* C. *LA REINE* ET *MAEGE* C. *LA REINE* 23:32

2.1. DÉFINITIONS PERTINENTES 23:33
2.2. L'AFFAIRE *BAXTER* C. *LA REINE* 23:36
2.2.1. Les faits 23:36
2.2.2. Les questions en litige 23:38
2.2.3. La décision 23:38
2.2.4. Bien faisant l'objet de déclarations ou annonces 23:39
2.2.5. Montant qui pourrait être « engagé » (*incurred*) 23:40
2.2.6. Commentaires 23:41
2.3. L'AFFAIRE *MAEGE* C. *LA REINE* 23:42
2.3.1. Les faits 23:42
2.3.2. La question en litige 23:44
2.3.3. La décision 23:44
2.3.4. Commentaires 23:46
2.4. CONCILIATION POSSIBLE DES DEUX DÉCISIONS? 23:46

PARTIE D (JADE BOUCHER)

1. L'AFFAIRE *ANCHOR POINTE ENERGY LTD.* C. *LA REINE* 23:49

1.1. LES FAITS 23:49
1.2. PREMIÈRE REQUÊTE 23:50
1.2.1. La décision de la Cour canadienne de l'impôt 23:50
1.2.2. La décision de la Cour d'appel fédérale 23:50
1.3. DEUXIÈME REQUÊTE 23:51
1.3.1. La décision de la Cour canadienne de l'impôt 23:51
1.4. COMMENTAIRES 23:52

2. L'AFFAIRE *ADDISON & LEYEN LTD.* C. *LA REINE* 23:54

2.1. LES FAITS 23:54
2.2. LA DÉCISION DE LA COUR FÉDÉRALE 23:55
2.3. LA DÉCISION DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE 23:55
2.4. COMMENTAIRES 23:58

PARTIE E (JOCELYNE MAILLOUX-MARTIN)

1. L'AFFAIRE *PRODUITS FRACO LTÉE* C. *SMRQ* 23:60

1.1. LES FAITS 23:60
1.2. LA QUESTION EN LITIGE 23:62
1.3. LA DÉCISION 23:62
1.4. COMMENTAIRES 23:63

2. LES ARRÊTS *DESJARDINS SÉCURITÉ FINANCIÈRE COMPAGNIE D'ASSURANCE-VIE* C. *SMRQ* ET *FIDUCIE DESJARDINS INC.* C. *SMRQ* 23:64

2.1. LES FAITS 23:64
2.2. LA DÉCISION DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC 23:66
2.3. COMMENTAIRES 23:67

PARTIE A

Wilfrid Lefebvre, associé principal, CR, avocat
Ogilvy Renault

Lysane Tougas, avocate, LL.M. fisc.
Ogilvy Renault

1. L'AFFAIRE *BLANK* C. *CANADA*[1]

Dans cette affaire, la Cour suprême du Canada a été appelée à établir pour la première fois une distinction entre deux exceptions à la communication de documents dans le contexte du secret professionnel de l'avocat et de l'application de l'article 23 de la *Loi sur l'accès à l'information*[2], soit le privilège de la consultation juridique et le privilège relatif au litige.

1.1. LES FAITS

En 1995, Sheldon Blank (ci-après « Blank ») et la société Gateway Industries Ltd. (ci-après « Gateway »), dont Blank était un dirigeant, ont fait l'objet d'accusations relativement à des infractions à la *Loi sur les pêches*[3] et au *Règlement sur les effluents des fabriques de pâtes et papiers*[4]. Certaines accusations étaient liées à la pollution alléguée de la rivière Rouge, alors que d'autres accusations étaient liées au non-respect de certaines exigences réglementaires en matière de rapport. Ces dernières accusations ont été annulées par la Cour provinciale du Manitoba en avril 1997, et les accusations quant aux infractions de pollution ont été annulées par la Cour du Banc de la Reine du Manitoba en avril 2001. En 2002, de nouvelles accusations ont été déposées contre Blank et Gateway, mais le ministère public a ordonné l'arrêt des procédures avant le procès. Cette saga judiciaire a entraîné le dépôt d'une action en dommages-intérêts par Blank et Gateway contre le gouvernement fédéral pour fraude, complot, parjure et exercice abusif des pouvoirs de la poursuite.

---

1 [2006] C.S.C. 39 (ci-après « *Blank* »).

2 L.R.C. (1985), c. A-1 (ci-après « L.A.I. »).

3 L.R.C. (1985), c. F-14.

4 DORS/92-269.

Entre 1997 et 2002, Blank a demandé à plusieurs reprises au Bureau de l'accès à l'information et de la protection des renseignements personnels du ministère de la Justice d'obtenir communication de tous les dossiers se rapportant aux poursuites engagées contre lui et contre Gateway. Cependant, seuls certains documents lui ont été communiqués au cours de cette période au motif que la plupart des autres documents étaient protégés par le secret professionnel de l'avocat, et ce, en vertu de l'article 23 L.A.I., qui se lit comme suit : « Le responsable d'une institution fédérale peut refuser la communication de documents contenant des renseignements protégés par le secret professionnel qui lie un avocat à son client. »

1.2. LES ARGUMENTS DES PARTIES

Les deux parties admettaient que, pour l'application de l'article 23 L.A.I., le « secret professionnel qui lie un avocat à son client » comprend à la fois le privilège de la consultation juridique, visant les communications confidentielles échangées entre un avocat et son client et dont la protection est absolue et permanente, sauf en cas de renonciation par le bénéficiaire du droit, et le privilège relatif au litige, visant les renseignements et les documents recueillis ou créés pour le dossier constitué par un avocat dans le contexte d'un litige. Cependant, la Couronne prétendait que le privilège relatif au litige est une composante du secret professionnel de l'avocat qui bénéficie de la même protection quasi absolue, et notamment de son caractère permanent. Blank prétendait, pour sa part, que l'accès aux documents protégés par le privilège relatif au litige est un droit lorsque le litige prend fin.

1.3. LES DÉCISIONS DE LA COUR FÉDÉRALE ET DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Dans le cadre de la demande de révision de la décision du Bureau de l'accès à l'information présentée par Blank en vertu de l'article 41 L.A.I., la Cour fédérale donna raison à ce dernier et conclut que les documents soustraits à la communication par application du privilège relatif au litige doivent être divulgués si le litige auquel ils se rapportent a pris fin[5], ce qui était le cas en l'espèce. La Couronne porta cette décision en appel, mais elle fut confirmée par la Cour d'appel fédérale, laquelle conclut que le privilège relatif au litige, contrairement au privilège de la consultation juridique, s'éteint à l'issue du litige qui lui a donné lieu, sous réserve de la possibilité de définir le litige en termes plus larges que la seule procédure ayant donné

[5] [2003] F.C.J. n° 1978.

lieu au privilège (par exemple, lorsqu'un litige connexe demeure en instance)[6].

1.4. LA DÉCISION DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA

En maintenant la décision rendue par la Cour d'appel fédérale, la Cour suprême du Canada a rejeté la position de la Couronne selon laquelle le privilège relatif au litige est une composante du secret professionnel de l'avocat qui bénéficie de la même protection. La Cour suprême a plutôt reconnu que le privilège de la consultation juridique et le privilège relatif au litige sont des concepts distincts compte tenu de leur portée, de leur objet et de leur fondement différents. Dans ses motifs, la Cour suprême a utilisé l'expression « secret professionnel de l'avocat » comme s'entendant exclusivement du privilège de la consultation juridique.

À propos du secret professionnel de l'avocat, la Cour suprême du Canada a rappelé que le droit fondamental à ce que les communications d'une personne avec son avocat demeurent confidentielles a d'abord été une règle de preuve, qui s'est transformée au fil des ans en règle de fond, et que les tribunaux ont continuellement insisté sur l'étendue et la primauté de ce droit. La Cour suprême a ensuite distingué le secret professionnel de l'avocat du privilège relatif au litige en ces termes :

> « S'agissant d'une question de fond, et non de simple terminologie, la différence entre le privilège relatif au litige et le secret professionnel de l'avocat est déterminante en l'espèce. Le premier, contrairement au second, est temporaire. Il prend fin en même temps que le litige qui lui a donné lieu. Qualifier le privilège relatif au litige de "composante" du secret professionnel de l'avocat, comme le voudrait le ministre, n'a pas pour effet de lui conférer le même caractère permanent[7]. »

La Cour suprême a cité avec approbation les commentaires de l'auteur Robert J. Sharpe (maintenant juge à la Cour d'appel de l'Ontario) à propos de trois différences importantes qui existent entre le privilège relatif au litige et le secret professionnel de l'avocat[8]. Premièrement, le secret professionnel de l'avocat ne vise que les communications confidentielles entre un avocat et son client, tandis que le privilège relatif au litige s'applique aux communications à caractère non confidentiel entre l'avocat et des tiers et

---

6 [2004] C.A.F. 287, par. 89.

7 *Blank*, précité, note 1, par. 8.

8 *Id*., par. 28.

englobe aussi des documents qui ne sont pas de la nature d'une communication. Deuxièmement, le secret professionnel de l'avocat existe à chaque consultation d'un avocat avec son client, que ce soit à propos d'un litige ou non, tandis que le privilège relatif au litige ne s'applique que dans le contexte du litige lui-même. Troisièmement, le fondement du secret professionnel de l'avocat est différent de celui du privilège relatif au litige. En effet, l'intérêt qui sous-tend la protection du premier est la protection de la relation de confiance entre un avocat et son client, tandis que le privilège relatif au litige se rattache aux besoins du processus du procès contradictoire et est destiné à faciliter, pour l'avocat, l'enquête et la préparation du dossier en vue de l'instruction.

La Cour suprême du Canada a donc confirmé que, dans le contexte de l'application de l'article 23 L.A.I., aussitôt qu'un litige prend fin, le privilège auquel il a donné lieu perd son objet précis et concret: par conséquent, les renseignements et les documents visés par ce privilège doivent être communiqués sur demande, sauf lorsqu'un litige connexe demeure en instance ou peut raisonnablement être appréhendé. La Cour suprême a également précisé que le privilège relatif au litige s'attache aux documents dont l'objet principal est la préparation du litige et qu'il prend donc naissance dès lors que des documents sont recueillis ou créés à cette fin.

1.5. COMMENTAIRES

Il sera particulièrement intéressant de voir dans quelle mesure cette décision sera invoquée dans un contexte fiscal. En effet, elle pourrait servir de précédent afin de tenter d'obtenir, par exemple, les opinions émises par les représentants du ministère de la Justice du Canada préparées au cours du processus de contestation d'une cotisation fiscale, une fois le litige terminé. Il va de soi que certains contribuables pourraient bénéficier de l'accès à ces opinions, si elles ont été préparées à l'égard de cotisations similaires à celles qu'ils entendent contester. De nouveaux développements sont à prévoir sur cette question.

2. L'AFFAIRE *LA REINE* C. *MCLARTY*[9]

Dans cette affaire, la Cour canadienne de l'impôt a accueilli l'appel que le contribuable avait interjeté à l'encontre de nouvelles cotisations établies par le ministre, en lui permettant de déduire le plein montant de certains frais

[9] [2006] 4 C.T.C. 16 (C.A.F.) (ci-après « *McLarty (C.A.F.)* »); [2005] 1 C.T.C. 2875 (C.C.I.).

cumulatifs d'exploration au Canada (ci-après « FCEC »). Bien que cette décision ait été renversée par la Cour d'appel fédérale, les motifs ne semblent pas avoir satisfait la Couronne, qui a déposé une demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême du Canada en date du 26 juin 2006.

2.1. LES FAITS

L'intimé avait été approché par le dirigeant de Compton Resource Corporation (ci-après « CRC »), qui était propriétaire d'une base de données sismiques, afin d'investir dans une coentreprise dans le domaine de l'exploration et de la mise en valeur de pétrole et de gaz.

Le 31 décembre 1992, l'intimé a acquis un intérêt indivis dans la coentreprise, et l'intimé et les autres coentrepreneurs ont conclu une convention de coentreprise. Aux termes de cette convention, les coentrepreneurs ont désigné CRC à titre de mandataire pour l'achat de données sismiques destinées à être utilisées par la coentreprise. Le même jour, en sa qualité de mandataire et pour le compte des coentrepreneurs, CRC a acquis d'elle-même un intérêt indivis dans la base de données sismiques.

La contrepartie totale versée par les coentrepreneurs pour les données sismiques était constituée d'un montant payé en argent et de billets à recours limité émis en faveur de CRC. Les conditions des billets comprenaient, notamment, les éléments suivants :

- les billets portaient un intérêt au taux annuel de 8 % sur toute partie impayée du principal à la date d'échéance (31 décembre 1999);

- les billets étaient remboursables à même le produit de la vente des copies autorisées des données de l'entreprise et des rentrées de fonds liées au programme de forage;

- les billets étaient garantis à l'aide du produit de disposition de la participation au capital des coentrepreneurs dans les données de l'entreprise et d'un intérêt indivis dans les droits acquis par les coentrepreneurs dans le cadre du programme de forage; et

- si une partie des billets demeurait impayée à la date d'échéance, CRC devait désigner un fiduciaire indépendant pour vendre les intérêts des coentrepreneurs afin de donner effet à la garantie.

Les billets comprenaient le billet de l'intimé pour une somme de 85 000 $. L'intimé avait également versé 15 000 $ en argent afin d'acquérir un intérêt indivis dans les données sismiques.

À la suite de la signature de la convention de coentreprise, le dirigeant de CRC a commencé à mettre sur pied une entreprise pétrolière et gazière et a commencé à constituer une équipe chargée de l'exploration pour CRC, qui devait analyser les données pour la coentreprise.

Dans l'intervalle, l'intimé a ajouté 100 000 $ à son compte de FCEC à l'égard de l'acquisition d'un intérêt dans les données sismiques et a déduit 81 655 $, pour son année d'imposition 1992, et 14 854 $, pour son année d'imposition 1994, au titre de frais d'exploration au Canada.

Le ministre du Revenu national a refusé les ajouts effectués au compte de FCEC de l'intimé, en se fondant sur le fait que le prix d'achat des données sismiques était supérieur à leur juste valeur marchande (ci-après « JVM »).

2.2. LES QUESTIONS EN LITIGE

Le tribunal devait déterminer si l'intimé avait engagé une dépense en vue de déterminer l'existence, la localisation, l'étendue ou la qualité d'un gisement de pétrole ou de gaz naturel conformément au paragraphe 66.1(6) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[10]. Pour ce faire, la Cour devait se prononcer sur les trois questions suivantes :

1) L'intimé avait-il acheté les données aux fins de l'exploration de gisements de pétrole ou de gaz naturel comme l'exige l'alinéa 66.1(6)a) L.I.R.?

2) Le billet constituait-il une dépense, comme l'exige l'alinéa 66.1(6)a) L.I.R., ou une dette éventuelle?

3) L'achat effectué par l'intimé d'un intérêt dans les données constituait-il une opération entre parties ayant un lien de dépendance? Dans l'affirmative, la JVM des données était-elle supérieure au montant présumé par le ministre?

---

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

2.3. LA DÉCISION DE LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT

En ce qui concerne la première question, la Cour canadienne de l'impôt conclut qu'étant donné que l'intimé était un particulier il était suffisant d'analyser le but visé par ce dernier lors de l'acquisition des données et que la preuve objective d'un lien entre l'achat des données et les travaux d'exploration n'était pas légalement pertinente, déclarant du même coup inapplicable la jurisprudence antérieure à ce sujet[11]. Cependant, le tribunal examina aussi l'utilisation que CRC avait faite des données sismiques et conclut à une utilisation conforme au critère de l'objet visé à l'alinéa 66.1(6)a) L.I.R.

D'autre part, afin de déterminer si le billet constituait une dépense ou une dette éventuelle, le tribunal se référa à la définition de dette éventuelle énoncée dans l'arrêt *Winter and Others* c. *Inland Revenue Commissioners*[12], et reprise dans l'arrêt *Wawang Forest Products* c. *La Reine*[13] : « [TRADUCTION] Il convient de préciser qu'une éventualité est un événement qui peut se produire ou ne pas se produire et qu'une obligation éventuelle est une obligation dont l'existence dépend d'un événement qui peut se produire ou ne pas se produire[14]. »

En se fondant sur cette définition, la Cour canadienne de l'impôt considéra que le billet constituait une dépense. Elle mit l'accent sur la condition du billet exigeant que son détenteur désigne un fiduciaire pour vendre les données en cas de défaut. Considérant la demande constante de données sismiques au moment où elles avaient été achetées, la Cour canadienne de l'impôt fut d'avis qu'il n'existait aucune incertitude au sujet de la possibilité de les vendre et qu'au moment où l'intimé avait acheté son intérêt dans les données il n'y avait pas de dette éventuelle.

Enfin, la Cour canadienne de l'impôt considéra que la convention d'achat de la base de données sismiques ne résultait pas d'une opération conclue entre des personnes (l'intimé et CRC en tant que vendeur) ayant un lien de dépendance.

---

11 *Gulf Canada Ltée* c. *Canada*, 92 D.T.C. 6123 (C.A.F.); *Global Communications Ltd.* c. *La Reine*, 99 D.T.C. 5377 (C.A.F.) (ci-après « *Global Communications* »); *Petro-Canada* c. *La Reine*, 2004 D.T.C. 6329 (C.A.F.).

12 [1963] A.C. 235 (ci-après « *Winter* »).

13 2001 D.T.C. 5212.

14 *Winter*, précité, note 12, 262.

2.4. LA DÉCISION DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

En ce qui concerne la première question, la Cour d'appel fédérale a considéré que la Cour canadienne de l'impôt avait eu tort de s'écarter de la jurisprudence antérieure, selon laquelle il est nécessaire d'examiner l'utilisation des données afin d'évaluer le critère de l'objet visé au sens de l'alinéa 66.1(6)a) L.I.R. Cependant, puisque la Cour canadienne de l'impôt avait finalement conclu que les données avaient effectivement été utilisées conformément à l'alinéa 66.1(6)a) L.I.R., la Cour d'appel fédérale a maintenu la conclusion de la Cour canadienne de l'impôt sur ce point.

Quant à la question de savoir si le billet représentait une dépense engagée ou une dette éventuelle, la Cour d'appel fédérale a souligné qu'il s'agissait d'une question mixte de fait et de droit, et que la norme de contrôle applicable à l'égard de la décision de la Cour canadienne de l'impôt rendue sur ce point était l'erreur manifeste et dominante[15].

Afin de déterminer si le billet représentait une dépense engagée ou une dette éventuelle, la Cour d'appel fédérale a indiqué qu'elle ne savait pas s'il fallait se demander, tel que l'avait fait la Cour canadienne de l'impôt, si les données pouvaient être vendues en cas de défaut. Néanmoins, la Cour d'appel fédérale a conclu que la simple lecture du billet révélait que la dette de l'intimé n'était pas éventuelle, et que l'obligation juridique de l'intimé avait pris naissance lorsqu'il avait signé le billet :

> « Les conditions mêmes du billet révèlent que la dette de l'intimé ne dépendait pas d'une éventualité. Le billet stipulait que l'intimé était tenu de payer le détenteur du billet si des recettes étaient tirées de l'octroi de licences à l'égard des données ou du programme de forage. Même en l'absence de recettes, l'intimé n'était pas libre de toute obligation juridique. Selon le billet, si la dette n'était toujours pas remboursée au 31 décembre 1999, le détenteur du billet pouvait charger un fiduciaire indépendant de vendre les données et une partie de l'intérêt de l'intimé dans les droits relatifs au pétrole acquis par la co-entreprise. En d'autres termes, indépendamment de la question de savoir si les données ou le programme de forage généraient des recettes, l'intimé était tenu de céder le bien au profit du détenteur du billet[16]. »

Enfin, la Cour d'appel fédérale a rejeté la conclusion de la Cour canadienne de l'impôt selon laquelle la transaction avait été accomplie entre des personnes sans lien de dépendance aux motifs que CRC, en sa qualité de

---

15 *General Motors du Canada Ltée* c. *La Reine*, [2004] C.A.F. 370, par. 14.

16 *McLarty (C.A.F.)*, précité, note 9, par. 37.

mandataire et en sa qualité de vendeur, était une seule et même entité et que le dirigeant de CRC avait orienté les négociations pour les deux parties à la transaction lors de l'achat des données sismiques. Par conséquent, la Cour d'appel fédérale a conclu qu'il incombait à l'intimé de réfuter la JVM attribuée par le ministre à son intérêt dans les données sismiques, et elle a renvoyé l'affaire à un juge différent de la Cour canadienne de l'impôt pour que cette question soit déterminée.

2.5. COMMENTAIRES

La demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême déposée par la Couronne dans ce dossier vise certainement les motifs de la Cour d'appel fédérale à l'égard de la notion de dette éventuelle. En effet, dans la présente affaire, la Cour d'appel fédérale a distingué l'arrêt *Global Communications*[17], qui était invoquée par la Couronne, au motif que, même si la structure du billet dans cette affaire était semblable à celle du billet en l'espèce, le tribunal n'avait pas tenu compte, dans l'arrêt *Global Communications*, de l'aspect du billet qui prévoyait la liquidation des données sismiques et des concessions pétrolières ou gazières à l'échéance du billet, « ce qui ne nous aide pas particulièrement dans ce cas-ci »[18]. De plus, l'interprétation de la notion de dette éventuelle dans la présente affaire semble s'éloigner de celle de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Mandel* c. *La Reine*[19], confirmée par la Cour suprême du Canada, qui ne fait d'ailleurs l'objet d'aucune discussion dans la décision à l'étude. Si l'autorisation d'appel devant la Cour suprême n'est pas accordée, la notion de dette éventuelle deviendra incertaine.

3. L'AFFAIRE *MRN* C. *WELTON PARENT INC.*[20]

Dans cette affaire, un contribuable cherchait à faire annuler ou à faire modifier une autorisation accordée *ex parte* en faveur du ministre du Revenu national, qui l'obligeait à transmettre certains renseignements et documents en vertu du paragraphe 231.2(3) L.I.R.

---

17 Précité, note 11.

18 *McLarty (C.A.F.)*, précité, note 9, par. 39.

19 78 D.T.C. 6518 (C.A.F.); 80 D.T.C. 6148 (C.S.C.).

20 2006 D.T.C. 6093 (C.F. 1re inst.).

3.1. LES FAITS

Au cours des années 1997 à 2003, l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») a effectué plusieurs vérifications auprès de différents employeurs canadiens, dans le but d'identifier ceux qui avaient réclamé des déductions pour des contributions effectuées à certaines fiducies de santé et de bien-être établies au bénéfice de leurs employés dans le calcul de leur revenu d'entreprises. Ces déductions étaient contestées par l'ARC.

Dans le cadre de certaines vérifications, l'ARC a mis la main sur des évaluations actuarielles préparées par la firme Welton Parent Inc. (ci-après « WPI »), dont les services étaient retenus par certains avocats qui conseillaient des employeurs sur la mise en place et sur les aspects fiscaux de plans d'assurances automobile et maladie pour employés similaires à ceux ciblés par l'ARC. L'ARC a également obtenu copie de quelques opinions juridiques qui avaient été émises par ces avocats à des employeurs qui avaient fait l'objet d'une vérification.

Le ministre présenta une requête *ex parte* afin d'exiger que WPI lui fournisse certains renseignements et documents concernant les employeurs pour qui elle avait préparé des évaluations actuarielles, dont leur identité, et ce, en vertu du paragraphe 231.2(3) L.I.R, qui se lit comme suit :

> « Sur requête *ex parte* du ministre, un juge peut, aux conditions qu'il estime indiquées, autoriser le ministre à exiger d'un tiers la fourniture de renseignements ou production de documents prévue au paragraphe (1) concernant une personne non désignée nommément ou plus d'une personne non désignée nommément – appelée "groupe", au présent article –, s'il est convaincu, sur dénonciation sous serment, de ce qui suit :
>
> a) cette personne ou ce groupe est identifiable;
>
> b) la fourniture ou la production est exigée pour vérifier si cette personne ou les personnes de ce groupe ont respecté quelque devoir ou obligation prévu par la présente loi. »

3.2. LES QUESTIONS EN LITIGE

La Cour fédérale était appelée à déterminer si l'autorisation pouvait être annulée en raison de l'inexistence de la condition prévue à l'alinéa 231.2(3)b) L.I.R.

La Cour fédérale était aussi appelée à se pencher sur deux autres arguments soulevés par WPI à l'encontre du maintien de l'ordonnance, soit,

d'une part, que les renseignements et les documents devant être fournis au ministre étaient protégés par le privilège du secret professionnel de l'avocat et, d'autre part, que le ministre n'avait pas, lors de l'audition de la requête *ex parte*, fourni la preuve de façon complète.

3.3. LA DÉCISION DE LA COUR FÉDÉRALE

La Cour fédérale détermina que l'autorisation ne pouvait être annulée en raison de l'argument soulevé par WPI voulant que l'alinéa 231.2(3)b) L.I.R. exige la présentation d'une preuve de la nécessité de l'ordonnance afin de s'assurer du respect d'un devoir ou d'une obligation spécifique prévu par la *Loi de l'impôt sur le revenu*. La Cour fédérale considéra que, dans le contexte des vérifications qui avaient été effectuées par l'ARC, la demande d'autorisation s'inscrivait tout à fait dans les paramètres prévus par l'alinéa 231.2(3)b) L.I.R.

En ce qui concerne l'argument soulevé par WPI à l'égard des renseignements et des documents protégés par le secret professionnel de l'avocat, la Cour fédérale fit une distinction entre l'identité des employeurs en tant que telle et les autres renseignements et documents tombant sous le coup de l'ordonnance.

La Cour fédérale arriva à la conclusion que les renseignements et les documents échangés entre WPI et les avocats n'étaient pas protégés par le privilège du secret professionnel de l'avocat simplement en raison du fait que les rapports d'évaluations actuarielles préparés par WPI étaient utilisés par les avocats lorsque ceux-ci conseillaient leurs clients.

Cependant, compte tenu des faits très particuliers de ce dossier, la Cour fédérale décida que l'identité des employeurs était protégée par le secret professionnel de l'avocat, puisque l'ARC était déjà en possession d'opinions juridiques de certains avocats faisant affaire avec WPI, et que le fait de fournir l'identité des employeurs révélerait nécessairement la teneur des opinions juridiques rendues dans le même contexte.

Enfin, la Cour fédérale fut également d'avis que le ministre avait manqué à son obligation de fournir la preuve de façon complète lors de l'audition de la requête *ex parte*, puisqu'il avait omis de divulguer que l'autorisation visait à obtenir des renseignements qu'il savait ou qu'il aurait dû savoir protégés par le secret professionnel de l'avocat (l'identité des employeurs) en raison des opinions juridiques qu'il avait en sa possession.

Par conséquent, la Cour fédérale modifia l'ordonnance prononcée en vertu du paragraphe 231.2(3) L.I.R., pour que l'identité des employeurs soit protégée lors de la transmission des renseignements et des documents.

3.4. COMMENTAIRES

Cette décision n'est guère surprenante, compte tenu des moyens plus ou moins détournés qu'avait utilisés le ministre lors de l'audition de la requête *ex parte*, afin d'obtenir des renseignements clairement protégés par le secret professionnel de l'avocat. Le message des tribunaux est clair : lors de la présentation d'une requête *ex parte* en vertu du paragraphe 231.2(3) L.I.R., le ministre doit fournir la preuve de façon complète et impartiale.

PARTIE B

Alain Ménard, associé, avocat, BA, MBA
Cain Lamarre Casgrain Wells, avocats, s.e.n.c.

1. L'AFFAIRE *TERMINAL NORCO INC. C. LA REINE*[1]

1.1. LES FAITS

Il s'agit d'un appel à l'encontre d'une nouvelle cotisation par le biais de laquelle le ministre du Revenu national a ajouté au revenu de l'appelante, Terminal Norco inc., pour son année d'imposition 1993 une somme de 664 593 $ à titre de récupération de la déduction pour amortissement.

La nouvelle cotisation faisait suite aux modifications apportées par le vérificateur de l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») à la répartition du produit de disposition entre les divers éléments d'actif vendus par l'appelante. Ces modifications ont entraîné une augmentation de la récupération pour certaines catégories d'éléments d'actif et la création d'une perte terminale pour d'autres catégories d'éléments d'actif.

Le ministre du Revenu national a cependant refusé la déduction de la perte terminale qui aurait pu compenser la récupération supplémentaire aux motifs que Terminal Norco inc. contrôlait l'acheteur des éléments d'actif, Terminal Norcan, immédiatement après la transaction et que, par conséquent, l'alinéa 85(5.1)e) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[2] empêchait l'appelante de bénéficier de la perte terminale.

L'appelante, une filiale à part entière de Norco Calex Ltd. (ci-après « Norco Calex »), exploitait un terminal et des installations de stockage de produits pétroliers. Au cours de l'été 1992, Norco Calex offre à un employé clé de l'appelante de lui céder les opérations de cette dernière. À cette fin, l'employé rassemble un groupe d'investisseurs (ci-après « Consortium ») dans le but d'effectuer l'acquisition.

Aux fins de réaliser la transaction, les parties conviennent que les éléments d'actif seront d'abord transférés à une nouvelle société, Terminal Norcan, dont la totalité des actions seront détenues par l'appelante. La

---

1 [2006] C.C.I. 139; C.C.I. n° 2002-3588 (IT) G, mai 2006, j. Paris.

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

totalité des actions de Terminal Norcan seront par la suite cédées au Consortium. Les parties ont convenu de procéder de la sorte afin de faciliter l'obtention par Terminal Norcan des permis environnementaux requis par le ministère de l'Environnement du Québec, d'une part, et afin d'éviter de payer les droits de mutation sur le transfert des immeubles, d'autre part.

Après avoir obtenu une réponse favorable de la part du ministère de l'Environnement du Québec relativement à la transaction, les parties ont décidé d'aller de l'avant. La vente des éléments d'actif a d'abord été réalisée par acte notarié le 13 octobre 1992. L'enregistrement de l'acte de vente et de l'hypothèque sur les immeubles a cependant été retardé jusqu'au 16 octobre, soit jusqu'au versement par le Consortium aux avocats du vendeur en fidéicommis des fonds requis pour finaliser la transaction.

La deuxième étape de la transaction, soit la vente des actions de Terminal Norcan au Consortium, a été conclue le 19 octobre 1992 par la signature de la convention de vente d'actions.

Comme on l'a vu plus haut, la ventilation du produit de disposition effectuée par l'appelante dans sa déclaration de revenus pour la période en cause a été modifiée par le vérificateur de l'ARC, ce qui a donné lieu à la nouvelle cotisation en litige puisque, selon l'ARC, l'appelante contrôlait Terminal Norcan immédiatement après le transfert des éléments d'actif.

Par ailleurs, au cours de la vérification mais avant que la nouvelle cotisation en litige ne soit émise, l'appelante prétendait avoir effectué un choix en vertu du paragraphe 1103(1) du *Règlement de l'impôt sur le revenu*[3] afin d'inclure tous ses biens amortissables dans la même catégorie à compter du début de l'année d'imposition antérieure. Ce choix aurait éliminé la récupération supplémentaire, mais il a été refusé par le ministre au motif qu'il n'a pas été exercé au plus tard le dernier jour auquel l'appelante pouvait produire sa déclaration de revenus pour l'année.

1.2. LES QUESTIONS EN LITIGE

La première question en litige dans cette affaire était de savoir si l'appelante contrôlait Terminal Norcan immédiatement après avoir disposé de ses éléments d'actif en faveur de cette dernière, au sens de l'alinéa 85(5.1)e) L.I.R.

---

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

La deuxième question à trancher par la Cour canadienne de l'impôt était de savoir si l'appelante avait le droit de produire une déclaration modifiée de manière à exercer un choix en vertu du paragraphe 1103(1) R.I.R.

1.3. LA POSITION DE L'APPELANTE

L'appelante a d'abord fait valoir qu'elle ne contrôlait pas Terminal Norcan immédiatement après la vente des éléments d'actif, car celle-ci a eu lieu en même temps que la vente des actions de Terminal Norcan au Consortium. Selon l'appelante, tous les éléments de la transaction étaient interdépendants de telle sorte qu'aucune partie de l'opération n'a été effectuée avant que toutes les parties de cette même opération soient effectuées.

L'appelante a aussi prétendu que la vente des éléments d'actif n'a pas été réalisée sur le plan juridique avant le 19 octobre 1992, car l'affidavit de la vente en bloc et certaines formalités relatives à l'acte de fiducie aux fins de l'hypothèque n'ont été finalisées que le 19 octobre 1992. La transaction portant sur les éléments d'actif était donc incomplète et sans effet avant cette date.

L'appelante a également soutenu, par analogie avec l'affaire *Paxton* c. *La Reine*[4], que la vente des éléments d'actif était sans effet avant la vente des actions, car Terminal Norcan n'avait pas le droit d'utilisation et de jouissance des éléments d'actif avant la vente des actions.

L'appelante a finalement soutenu, relativement à la première question en litige, que les ententes signées les 13 et 19 octobre 1992 constituaient une seule « obligation indivisible » aux termes de l'article 1124 du *Code civil du Bas-Canada* (ci-après « C.c.B.-C. »).

Quant à la question subsidiaire, l'appelante a invoqué, en s'inspirant de l'arrêt *Nassau Walnut Investments inc.* c. *La Reine*[5], le fait que le ministre avait commis une erreur en n'acceptant pas sa déclaration de revenus modifiée dans laquelle elle exerçait un choix en vertu du paragraphe 1103(1) R.I.R.

---

4 97 D.T.C. 5012 (C.C.I.).

5 [1997] 2 C.F. 279 (ci-après « *Nassau Walnut* »).

1.4. LA POSITION DE L'INTIMÉE

Selon le ministre, l'appelante tentait de requalifier les transactions intervenues en fonction de leur effet économique alors qu'une telle démarche avait été écartée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Shell Canada ltée* c. *La Reine*[6]. Toujours selon le ministre, les ententes étaient distinctes et il fallait donner à chacune les effets juridiques qui en découlent.

Sur la question subsidiaire, le ministre a soutenu que le délai de l'appelante pour produire un choix en vertu du paragraphe 1103(1) R.I.R. était prescrit et que la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne contenait aucune disposition relative à la production tardive d'un tel choix.

1.5. LA DÉCISION

L'appel a été rejeté.

En ce qui a trait à la première question en litige, le tribunal a conclu que l'appelante contrôlait Terminal Norcan immédiatement après la vente d'éléments d'actif. Les motifs du juge Paris se résument ainsi :

- Selon la prépondérance de la preuve, les parties avaient l'intention d'effectuer le transfert des éléments d'actif avant la vente des actions. Les parties avaient convenu de procéder ainsi afin de faciliter l'obtention des permis environnementaux et d'éviter les droits de mutation. Selon le tribunal, Terminal Norcan a acquis la propriété effective (*sic*) des éléments d'actif au moment de l'enregistrement de l'acte de vente le 16 octobre 1992 alors que les actions n'ont été transférées que le 19 octobre 1992.

- Le tribunal a également rejeté l'argument de l'appelante selon lequel la vente d'éléments d'actif est demeurée incomplète jusqu'au 19 octobre 1992. Rien dans le *Code civil du Bas-Canada* ne permet de soutenir que l'absence d'un affidavit de vente en bloc aurait pu invalider le transfert des éléments d'actif. De plus, aucun élément de preuve ne permettait au tribunal de conclure que le retard dans la livraison de l'acte de fiducie et les modifications subséquentes apportées à une annexe de la convention de vente d'éléments d'actif aient eu pour effet d'en modifier la date d'entrée en vigueur.

---

6 [1999] 3 R.C.S. 622 (ci-après « *Shell* »).

- Il est impossible de soutenir que les ententes intervenues entre les parties ont créé une obligation indivisible au sens de l'article 1124 C.c.B.-C., car une obligation indivisible ne peut être créée au moyen de contrats distincts conclus entre différentes parties.

- L'appelante a accepté de structurer la transaction telle qu'elle a été réalisée et les contrats intervenus entre les parties ont créé des relations et des obligations juridiques qui doivent être respectées comme le précisait ainsi la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Friedberg* c. *La Reine* :

> « En droit fiscal, la forme a de l'importance. […] Lorsqu'un contribuable prend certaines dispositions formelles à l'égard de ses affaires, il peut s'ensuivre d'importants avantages fiscaux, quand bien même ces dispositions seraient prises principalement dans le but d'éviter des impôts (voir *La Reine* c. *Irving Oil*, 91 D.T.C. 5106, le juge Mahoney, J.C.A.). Toutefois, si un contribuable omet de prendre les mesures formelles appropriées, peut-être que des impôts devront être payés[7]. »

Le tribunal a également rejeté l'argument subsidiaire de l'appelant en soulignant la distinction faite par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Nassau Walnut*[8] entre une désignation et un choix exercé en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Selon le juge Paris, l'appelante tentait, en l'espèce, d'effectuer un choix tardif alors qu'aucune disposition de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne le permet.

Pour terminer, il est intéressant de constater la position respective de chacune des parties dans cette affaire. Du côté de l'appelante, on a essentiellement invité le tribunal à décider en fonction de la réalité économique des transactions, un argument qu'on a entendu plus souvent de la part du ministre. Ce dernier a évidemment prétendu le contraire en s'appuyant sur les conclusions de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Shell*[9] où il alléguait le contraire.

---

7 C.A.F. n° A-65-89, 5 décembre 1991 (92 D.T.C. 6031 (C.A.F.)); confirmé par *Friedberg* c. *La Reine*, [1993] 4 R.C.S. 285.

8 Précité, note 5.

9 Précité, note 6.

2. L'AFFAIRE *CARREAU* C. *LA REINE*[10]

2.1. LES FAITS

Il s'agit d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt rendue le 19 janvier 2006 qui porte sur la notion d'entreprise de prestation de services personnels.

M. Carreau est un informaticien qui a constitué une société par actions, 9043-5769 Québec inc. (ci-après « 9043 »), afin d'offrir ses services de consultant en informatique par l'intermédiaire de cette société. Au cours de la période en litige, soit les années d'imposition 1998, 1999 et 2000, l'appelant était seul actionnaire, administrateur, dirigeant et employé de 9043.

M. Carreau a donc réalisé ses revenus professionnels par l'entremise de 9043 au cours de la période en litige et cette dernière lui a versé des dividendes substantiels pour chacune des années d'imposition 1998, 1999 et 2000. Le 16 mai 2001, le ministre du Revenu national procédait à l'émission de nouvelles cotisations à l'égard de 9043 afin de lui refuser la déduction aux petites entreprises pour chacune des années d'imposition en litige, au motif que 9043 exploitait au cours de cette période une entreprise de prestation de services personnels.

Le ministre du Revenu national a considéré que les dividendes versés à M. Carreau par 9043 constituaient un transfert de biens au sens de l'article 160 L.I.R. Il a donc procédé à l'émission de nouvelles cotisations à l'égard de M. Carreau par le biais desquelles ce dernier était tenu solidairement responsable de la dette fiscale de 9043 générée par les cotisations du 16 mai 2001. M. Carreau a contesté les nouvelles cotisations émises à son égard en prétendant qu'il ne pouvait être tenu solidairement responsable des dettes fiscales de 9043 puisque le ministre du Revenu national avait eu tort de refuser à cette dernière la déduction pour petites entreprises à l'égard des années d'imposition 1998, 1999 et 2000.

2.2. LA DÉCISION

La question en litige dans cette affaire était de déterminer si 9043 était une entreprise de prestation de services personnels au sens du paragraphe

---

[10] [2006] C.C.I. 20; C.C.I. n° 2002-4205 (IT) G, janvier 2006, j. Bédard (ci-après « *Carreau* »).

125(7) L.I.R. La partie pertinente du paragraphe 125(7) L.I.R. se lisait alors comme suit :

> « “entreprise de prestation de services personnels”
>
> “entreprise de prestation de services personnels” S’agissant d’une entreprise de prestation de services personnels exploitée par une société au cours d’une année d’imposition, entreprise de fourniture de services dans les cas où :
>
> a) soit un particulier qui fournit des services pour le compte de la société – appelé “employé constitué en société” à la présente définition et à l’alinéa 18(1)p);
>
> b) soit une personne liée à l’employé constitué en société,
>
> est un actionnaire déterminé de la société, et où il serait raisonnable de considérer l’employé constitué en société comme étant un cadre ou un employé de la personne ou de la société de personnes à laquelle les services sont fournis, si ce n’était de l’existence de la société, à moins :
>
> c) soit que la société n’emploie dans l’entreprise tout au long de l’année plus de cinq employés à temps plein;
>
> [...] »

Au cours de la période en litige, 9043 était liée par contrat à une entreprise de services informatiques, Sodéfi, en vertu duquel 9043 s’engageait à rendre disponibles les services de M. Carreau pour réaliser les mandats lui ayant été confiés par Sodéfi. Pendant la période pertinente, 9043 a obtenu des travaux de sous-traitance d’une seule société, Sodéfi, lesquels ne concernaient qu’un seul et unique client, Hydro-Québec.

Le juge de la Cour canadienne de l’impôt a conclu qu’il était raisonnable, au cours de la période en litige, de considérer M. Carreau comme un employé de la société à laquelle les services ont été fournis. Or, l’aspect intéressant de cette décision réside dans le fait que le tribunal a conclu qu’il serait raisonnable d’assimiler M. Carreau non pas à un employé de Sodéfi avec laquelle 9043 avait sous-traité mais plutôt à un employé d’Hydro-Québec. Le raisonnement du tribunal à cet égard se limite au bref extrait qui suit :

> « On peut donc affirmer que c’est 9043 qui rendait les services à Hydro à titre de sous-contractant de Sodéfi. Alors, n’eût été de l’existence de 9043, c’est l’appelant qui aurait rendu les services à Hydro à titre de sous-contractant de Sodéfi. La question qu’il faut maintenant se poser est la suivante : n’eût été de

> l'existence de 9043, est-ce qu'il serait raisonnable de considérer l'appelant comme un employé d'Hydro, à laquelle les services ont été rendus[11]? »

Le schéma d'analyse retenu par le juge est d'autant plus curieux que, dans une décision portant sur des faits similaires rendue quelques mois auparavant, la Cour d'appel fédérale avait retenu une approche différente. En effet, dans l'arrêt *Dynamic Industries Ltd.* c. *La Reine*[12], le tribunal devait décider si le ministre du Revenu national avait eu raison de qualifier l'appelante d'entreprise de prestation de services personnels. Par l'intermédiaire de son employé Martindale, l'appelante fournissait des services de gérance de projet à une autre société, SIIL, laquelle fournissait pendant les années en litige des services d'entretien minier à une autre société, Fording. Pendant la période en litige, 95 % du travail de SIIL provenait de chez Fording alors que la totalité du travail de Dynamic Industries Ltd. provenait de chez SIIL. D'emblée, la Cour d'appel fédérale a procédé à l'analyse de la relation entre Martindale et SIIL, soit l'équivalent de la relation entre M. Carreau et Sodéfi, avant de conclure que Martindale ne pouvait être assimilé à un employé de SIIL.

Il n'est pas impossible, dans le cadre d'une relation tripartite de longue durée, qu'une mutation s'opère dans les relations juridiques entre les parties et que l'employé de l'intermédiaire se retrouve au bout d'un certain temps l'employé du client. Cependant, cette conclusion doit reposer sur des faits concrets qui viennent corroborer une telle évolution dans l'intention des parties. Il faut se rappeler que, dans l'affaire *Carreau*, 9043 et Sodéfi avaient signé un contrat de sous-traitance. Le tribunal semble l'avoir écarté du revers de la main sans fournir davantage d'explications.

Les conclusions du tribunal à cet égard semblent quelque peu en porte-à-faux par rapport à l'approche préconisée par la Cour suprême du Canada. Dans l'arrêt *Shell*, par exemple, la Cour suprême du Canada réaffirmait sa position selon laquelle, en l'absence d'une disposition contraire de la loi ou de l'existence d'un trompe-l'œil, les relations juridiques que les parties ont établies entre elles doivent être respectées en matière d'impôt. Dans l'arrêt *Wolf* c. *La Reine*[13], une autre affaire impliquant une relation tripartite entre un sous-traitant, un intermédiaire et le client de l'intermédiaire, la Cour

---

11 *Id.*

12 [2005] C.A.F. 211.

13 [2002] C.A.F. 96.

d'appel fédérale a eu recours au même principe pour justifier ses conclusions :

> « Ce n'est pas un cas où les parties qualifiaient leur relation d'une façon telle que cela leur procure un avantage fiscal. Aucune manœuvre frauduleuse ou aucun maquillage de quelque sorte n'est allégué. Il s'en suit que la manière dont les parties ont pu voir leur entente doit l'emporter à moins qu'elles ne se soient trompées sur la véritable nature de leur relation. À cet égard, la preuve, lorsqu'elle est évaluée à la lumière des critères juridiques pertinents, est pour le moins neutre. Comme les parties ont estimé qu'elles se trouvaient dans une relation d'entrepreneur indépendant et qu'elles ont agi d'une façon conforme à cette relation, je n'estime pas que le juge de la Cour de l'impôt avait le loisir de ne pas tenir compte de cette entente. »

Dans l'affaire *Carreau*, le tribunal a poussé son analyse un cran plus loin que ne l'exige la définition d'« entreprise de prestation de services personnels » contenue au paragraphe 125(7) L.I.R. Dans son analyse, il a fait abstraction non seulement de 9043, mais également de Sodéfi avec laquelle 9043 avait sous-traité. Il aurait été intéressant qu'elle élabore davantage son raisonnement à cet égard.

Quant au résultat de son analyse, le tribunal a conclu à l'existence d'un lien de subordination *de facto* entre M. Carreau et Hydro-Québec. Il aurait donc été raisonnable, selon le tribunal, de considérer M. Carreau comme un employé d'Hydro-Québec, n'eût été l'existence de 9043.

Il est malheureux que le contribuable n'ait pas appelé de cette décision puisque l'ensemble des consultants en informatique, qui sont assez nombreux à avoir adopté une façon similaire d'exercer leurs activités, devront maintenant vivre avec les conséquences de l'arrêt *Carreau*.

PARTIE C

Nathalie Goyette, avocate, M. Fisc.
Osler, Hoskin & Hartcourt s.e.n.c.r.l./s.r.l.

1. L'AFFAIRE *LA SURVIVANCE* C. *LA REINE*[1] OU LA *LOI DE L'IMPÔT SUR LE REVENU*[2] ET LES FICTIONS LÉGALES

L'affaire *La Survivance* illustre admirablement bien le fait que, sur la planète fiscale, les choses ne sont pas toujours ce qu'elles semblent être. Comme le disait d'ailleurs le juge Bowman dans l'affaire *RMM Canadian Enterprises Inc. et autres* c. *La Reine*[3], le Parlement canadien a le pouvoir de réputer que des vaches sont des poulets[4]. La décision de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *La Survivance* signale toutefois au Parlement que, même s'ils sont plus petits, les poulets réputés peuvent être plus féroces que de vraies vaches.

1.1. LES FAITS

Les faits à la base du litige qui opposait le ministre du Revenu national à La Survivance sont simples. La Survivance, société mutuelle d'assurance-vie réputée publique par l'article 141 L.I.R., contrôlait les actions de la société Les Clairvoyants. Parce qu'elle était contrôlée par une société publique, la société Les Clairvoyants ne se qualifiait donc pas de société privée sous contrôle canadien (ci-après « SPCC ») au sens du paragraphe 125(7) L.I.R. Société Nationale, une société privée au sens du paragraphe 89(1) L.I.R., fit une offre publique d'achat visant à acquérir la totalité des actions que La Survivance détenait dans Les Clairvoyants. Le 30 juin 1994, toutes les conditions de l'offre publique d'achat étaient remplies. Le 5 juillet 1994, durant les heures d'ouverture, Société Nationale paya à La Survivance la somme pour les actions des Clairvoyants et le registre des actionnaires de

---

1 2006 D.T.C. 6288 (C.A.F.) (ci-après « *La Survivance (C.A.F.)* »); 2005 D.T.C. 689 (C.C.I.) (ci-après « *La Survivance (C.C.I.)* »).

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

3 97 D.T.C. 420 (C.C.I.).

4 Voir l'essai de maîtrise de Me Susan SHAUGHNESSY, intitulé « Fitting Foreign Entities into the Canadian Income Tax Mould: When is a Partnership not a Partnership and a Corporation not a Corporation for Canadian Income Tax Purposes? », travail présenté au programme de maîtrise en droit, option fiscalité, HEC Montréal – Université de Montréal/Faculté de droit, septembre 2006.

cette société fut modifié pour y inscrire Société Nationale et y radier La Survivance. Dans sa déclaration de revenus pour l'année d'imposition se terminant le 4 juillet 1994, la société Les Clairvoyants n'a pas fait le choix mentionné au paragraphe 256(9) L.I.R. Ce paragraphe se lit de la façon suivante :

> « 256(9) Moment d'acquisition du contrôle – Pour l'application de la présente loi, le contrôle d'une société qui est acquis à un moment donné est réputé l'être au début du jour où tombe ce moment ou, si la société en fait le choix, au moment de ce jour où le contrôle est effectivement acquis [...]. »

La Survivance réclama la déduction d'une perte déductible au titre de placement d'entreprise (ci-après « PTPE ») en vertu de l'alinéa 39(1)c) L.I.R. en se basant sur le raisonnement suivant : la présomption irréfragable énoncée au paragraphe 256(9) L.I.R. répute que le contrôle des Clairvoyants a été acquis par Société Nationale **au début** de la journée du 5 juillet 1994. Il s'ensuit qu'au moment où il y a eu disposition et acquisitions des actions, **durant les heures d'ouverture** du 5 juillet 1994, la société Les Clairvoyants se qualifiait de SPCC. Comme les autres conditions étaient remplies pour que la perte subie à la disposition des actions des Clairvoyants se qualifie de PTPE, La Survivance a droit de réclamer une telle perte. Le ministre du Revenu national refusa la PTPE réclamée par La Survivance.

1.2. LES QUESTIONS EN LITIGE

Les deux questions soumises à la Cour canadienne de l'impôt ainsi qu'à la Cour d'appel fédérale portaient sur 1) la date de disposition des actions et 2) la portée de la présomption contenue au paragraphe 256(9) L.I.R.

1.3. LA DÉCISION DE LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT

1.3.1. La date de disposition des actions

En ce qui concerne la date de disposition par La Survivance de ses actions dans Les Clairvoyants, la Couronne prétendait qu'elle avait eu lieu le 30 juin 1994, date à laquelle les conditions de l'offre publique d'achat étaient remplies. Selon la Couronne, comme il n'y avait pas encore eu d'acquisition de contrôle par Société Nationale à cette date, la société Les Clairvoyants ne pouvait se qualifier de SPCC avec pour conséquence que La Survivance ne pouvait réclamer de PTPE.

La Survivance invoquait le fait que, même si les conditions de l'offre publique d'achat étaient remplies le 30 juin 1994, il restait encore des étapes

à franchir avant qu'une vente ne soit conclue, notamment la vérification diligente, le dépôt des actions vendues et leur paiement.

Le juge Dussault donna raison à La Survivance en concluant qu'il y avait eu disposition des actions le 5 juillet 1994. Avant cette date, il n'y avait qu'une promesse de vente non accompagnée de délivrance et possession, ce qui est confirmé par l'intention des parties[5].

1.3.2. La présomption contenue au paragraphe 256(9) L.I.R.

La Survivance argumentait que la disposition et l'acquisition des actions doivent correspondre au même moment : soit le 5 juillet, durant les heures d'ouverture. Par contre, la fiction qui répute que l'acquisition de contrôle a eu lieu au début de la journée fait en sorte que lors de la disposition des actions, la société Les Clairvoyants était une SPCC. La Survivance insistait : les paragraphes 256(9) et 125(7) L.I.R. sont clairs et le sens ordinaire et grammatical des mots doit prévaloir.

Pour sa part, le ministre invoquait trois arguments : 1) la thèse de La Survivance entraîne un résultat inacceptable puisqu'elle implique que le statut de l'acheteur déterminera le droit ou non à une PTPE; 2) cette thèse va à l'encontre de l'intention du législateur derrière le régime des PTPE qui était d'encourager et de stimuler les investissements dans les petites entreprises; et 3) cette thèse va à l'encontre du fait que le paragraphe 256(9) L.I.R. fait partie des mesures pour contrecarrer l'évitement fiscal commis par le transfert de pertes et autres déductions entre sociétés non liées.

Parce que la présomption contenue au paragraphe 256(9) L.I.R. travestit la réalité, le juge Dussault exprima l'avis qu'il fallait l'interpréter de façon stricte et en limiter la portée à ce qu'elle exprime clairement. Ainsi, le juge interpréta la présomption prévue au paragraphe 256(9) L.I.R. comme se limitant à Société Nationale. Autrement dit, l'effet de la présomption prévue au paragraphe 256(9) L.I.R. était de réputer que Société Nationale avait acquis le contrôle au début de la journée mais non pas que La Survivance avait cédé le contrôle à ce moment. Par conséquent, La Survivance avait toujours le contrôle au moment de la disposition de ses actions dans Les Clairvoyants, avec pour conséquence que cette dernière ne se qualifiait pas de SPCC. Le juge Dussault ajouta que la conclusion à laquelle il était arrivé permettait d'éviter le résultat incongru qui résulterait d'une interprétation contraire, à savoir que La Survivance puisse réclamer une PTPE à la suite de

---

5 *La Survivance (C.C.I.)*, précité, note 1, par. 23 et 24.

la disposition d'actions dans une société qui se qualifie de SPCC parce que l'acheteur de ces actions est une société privée alors qu'elle ne pouvait détenir ni disposer d'actions de SPCC puisqu'elle était, en tout temps pertinent, une société réputée publique.

1.4. LA DÉCISION DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La Cour d'appel fédérale, sous la plume du juge Noël, fut d'accord avec la conclusion du juge de première instance en ce qui a trait à la date de disposition des actions. Par contre, elle arriva à un constat contraire à l'égard de la portée de la présomption contenue au paragraphe 256(9) L.I.R. En effet, bien qu'elle partage l'opinion du juge Dussault sur l'interprétation restrictive des fictions législatives, la Cour d'appel fut d'avis que la fiction du paragraphe 256(9) L.I.R. s'appliquait aussi bien à celui qui acquiert le contrôle d'une société qu'à celui qui en dispose[6]. L'opinion de la Cour d'appel fédérale est fondée sur les éléments suivants :

- la présence des mots « pour l'application de la présente loi » au paragraphe 256(9) L.I.R. démontre que la présomption qui y est contenue est d'application générale, soumise à toute disposition expresse faisant exception à cette règle, tel l'alinéa 88(1)c.6) L.I.R., ainsi que le paragraphe 6204(4) du *Règlement de l'impôt sur le revenu*[7];

- les alinéas 249(4)a) et b) L.I.R. prévoient que la première déclaration fiscale des Clairvoyants sous le contrôle de Société Nationale doit couvrir la période débutant au premier moment de la journée du 5 juillet 1994, tout comme la dernière déclaration produite sous le contrôle de La Survivance doit couvrir la période qui se termine à ce même moment;

- le paragraphe 256(9) L.I.R. doit être interprété dans son contexte global conformément au sens ordinaire et grammatical des mots, en harmonie avec l'esprit de la loi, son objet et l'intention du législateur;

- le texte du paragraphe 256(9) L.I.R. est différent du texte de l'alinéa 69(1)a) L.I.R., car, dans ce dernier cas, il est évident que la règle qui y est prescrite ne s'applique qu'à une des parties à la transaction de vente;

---

6 *La Survivance (C.A.F.)*, précité, note 1, par. 63.

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

- une acquisition de contrôle ne peut s'effectuer sans qu'il y ait de façon concomitante un abandon de contrôle; et

- une interprétation technique du ministre du Revenu national va dans le même sens[8].

Quant au résultat incongru observé par la Cour canadienne de l'impôt, le juge Noël mentionna qu'il est incongru seulement si l'on choisit de ne pas tenir compte de la fiction créée par le paragraphe 256(9) L.I.R. Il termina en déclarant que l'on risquerait de créer une incertitude intolérable si les tribunaux pouvaient écarter une disposition déterminative d'application générale au seul motif que le résultat qu'elle produit dans un cas donné est indésirable[9].

1.5. COMMENTAIRES

De l'avis de certains, la décision de la Cour d'appel fédérale, plus particulièrement sa conclusion selon laquelle une acquisition de contrôle ne peut s'effectuer sans qu'il y ait de façon concomitante un abandon de contrôle, résout certains problèmes techniques engendrés par l'interprétation prônée par la Couronne dans l'affaire *La Survivance (C.C.I.)*. Par exemple, le jeu des paragraphes 256(9) et 251(3) L.I.R. pourrait faire en sorte qu'une société non résidente qui dispose d'actions d'une société canadienne imposable (ci-après « SCI ») en faveur d'une personne avec laquelle elle n'a aucun lien de dépendance soit réputée avoir un lien de dépendance avec cet acheteur au moment de la disposition. En effet, le paragraphe 256(9) L.I.R. répute l'acheteur comme ayant acquis le contrôle de la SCI au début de la journée avec pour conséquence que l'acheteur est lié à la SCI. Par ailleurs, comme le vendeur aurait toujours le contrôle réel des actions au moment de la vente, il serait lui aussi lié à la SCI au moment de la vente. Étant tous deux liés à la SCI, le vendeur et l'acheteur seraient réputés liés en vertu du paragraphe 251(3) L.I.R. avec pour conséquence que l'article 212.1 L.I.R. s'appliquerait à la transaction, à moins qu'un choix ne soit effectué en vertu du paragraphe 256(9) L.I.R. Étant donné l'interprétation que la Cour d'appel a prêtée au paragraphe 256(9) L.I.R., ce choix n'est plus nécessaire puisque

---

8 *La Survivance (C.C.I.)*, précité, note 1, par. 60 à 76.

9 *Id.*, par. 78 et 79.

le vendeur et l'acheteur ne peuvent être considérés comme détenant le contrôle de la SCI de façon concomitante[10].

De même, l'interprétation de la Cour d'appel fédérale permet de mettre en doute le bien-fondé de la position de l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») selon laquelle la présomption énoncée à l'article 51 L.I.R. se limite au vendeur. Autrement dit, selon l'ARC, l'article répute que le vendeur d'actions échangées n'a pas disposé de ses actions mais, comme il ne prévoit rien au sujet de l'acheteur, celui-ci a acquis les actions. Il s'ensuit, toujours selon l'ARC, que, si le vendeur est un non-résident, l'acheteur doit obtenir un certificat en vertu de l'article 116 L.I.R.[11]

Il y aurait donc au moins deux situations où l'interprétation prônée par la Cour d'appel fédérale à l'égard de la présomption prévue au paragraphe 256(9) L.I.R. empêcherait un résultat incongru. Pourtant, dans le cas qui lui était soumis, le tribunal a lui-même reconnu que le résultat était incongru si l'on ne tenait pas compte de la fiction. La Cour d'appel fédérale dit qu'elle ne peut écarter une disposition au seul motif que le résultat lui semble indésirable parce que cela créerait une incertitude intolérable et on ne peut qu'applaudir devant cette recherche de certitude, surtout qu'elle est dictée par la Cour suprême[12]. On peut cependant se demander s'il n'y avait pas une autre façon d'éviter un résultat absurde en interprétant le paragraphe 256(9) L.I.R., tout en donnant leur plein sens aux mots « pour l'application de la présente loi ». La position de la Couronne, bien qu'elle ne ressorte pas clairement du jugement, était qu'il est indéniable que le paragraphe 256(9) L.I.R. s'applique à l'égard de toutes les autres dispositions de la loi. Elle ajoutait toutefois que, dans tous les cas où il est pertinent de faire référence à la présomption prévue au paragraphe 256(9) L.I.R., il est question soit de la société qui fait l'objet de l'acquisition de contrôle (comme, par exemple, quand il s'agit de déterminer les années d'imposition selon les alinéas 249(4)a) et b) L.I.R.), soit de la société qui acquiert le contrôle. Par conséquent, il fallait, dans le cas présent conclure que la présomption d'acquisition de contrôle au début de la journée n'était applicable qu'à Société Nationale ainsi qu'aux Clairvoyants.

---

[10] Manjit SINGH, « Spotlight on Subsection 256(9): Reviewing the Implications of *La Survivance* v. *Canada* », (2006), vol. 16, n° 10 *Canadian Current Tax* 106-107, p. 107.

[11] *Id*.

[12] *La Reine* c. *Hypothèques Trustco Canada*, 2005 D.T.C. 5547 (C.S.C.), par. 12.

Le problème relativement à cette position est qu'elle requiert une analyse poussée de la loi alors que la position adoptée par la Cour d'appel fédérale est toute simple lorsqu'on adopte une interprétation selon le sens ordinaire du texte du paragraphe 256(9) L.I.R. Et cette interprétation selon le sens ordinaire des mots est une interprétation que la Couronne n'hésite pas à prôner, même quand elle va à l'encontre du but d'une disposition législative. Le procureur de La Survivance en a d'ailleurs fait état lors de sa plaidoirie lorsqu'il a fait référence à l'affaire *La Reine* c. *Marc Stapley*[13]. Dans cette affaire, le contribuable avait offert des chèques-cadeaux pour offrir des repas à ses clients. Le contribuable avait réclamé la déduction des chèques-cadeaux dans sa déclaration de revenus, mais l'ARC avait réduit la moitié de la réclamation en vertu du paragraphe 67.1(1) L.I.R., et ce, même s'il était admis que le contribuable n'avait pas bénéficié des chèques-cadeaux et même s'il était clair que l'intention du législateur derrière le paragraphe 67.1(1) L.I.R. était de réduire les frais reliés à des repas afin de tenir compte de la consommation personnelle du contribuable qui les réclame. Tout en dénonçant l'injustice du résultat auquel elle arrivait, la Cour d'appel fédérale donna raison à la Couronne en accordant préséance au sens ordinaire du paragraphe 67.1(1) L.I.R. sur son but. Elle mentionna agir ainsi afin, une fois de plus, d'éviter l'incertitude intolérable qui serait engendrée par une interprétation qui s'écarterait du sens ordinaire au seul motif qu'il en découle un résultat indésirable.

D'autre part, il importe de souligner que l'ARC elle-même a déjà interprété la présomption prévue au paragraphe 256(9) L.I.R. de la même façon que l'a fait la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *La Survivance (C.A.F.)*. Et comme le dit le proverbe anglais : « *what is good for the goose is good for the gander* ».

2. ÊTRE À L'ABRI DE LA NOTION D'ABRI FISCAL : LES AFFAIRES *BAXTER* C. *LA REINE*[14] ET *MAEGE* C. *LA REINE*[15]

Les affaires *Baxter* et *Maege* semblent aux antipodes l'une de l'autre. En effet, alors qu'une décision va jusqu'à dire qu'il n'est pas nécessaire que des représentations soient faites pour qu'un abri fiscal existe, un *obiter* contenu

---

[13] 2006 D.T.C. 6075 (C.A.F.).

[14] 2006 D.T.C. 2642; [2006] 3 C.T.C. 2427, en appel devant la Cour d'appel fédérale (C.A.F. n° A-212-06) (ci-après « *Baxter* »).

[15] [2006] 3 C.T.C. 2234; 2006 D.T.C. 2756, dont appel a été interjeté auprès de la Cour d'appel fédérale (C.A.F. n° A-171-06, juin 2006) (ci-après « *Maege* »).

dans l'autre indique que des représentations doivent être faites au contribuable en question pour que ce dernier puisse être considéré comme ayant acquis un abri fiscal. Peut-on concilier ces deux décisions ou faut-il attendre que la Cour d'appel fédérale tranche?

2.1. DÉFINITIONS PERTINENTES

La notion d'« abri fiscal » est définie au paragraphe 237.1(1) L.I.R. Cette définition a fait l'objet de plusieurs modifications législatives au cours des dernières années, et notamment au cours des années pertinentes aux affaires discutées dans le présent texte de jurisprudence.

Aux fins de la décision *Maege*, dont les années d'imposition en litige étaient 1989 à 1992, la version pertinente de la définition d'« abri fiscal » doit se lire de la manière suivante :

> « Bien pour lequel il est raisonnable de considérer, à la lumière de déclarations ou annonces faites ou envisagées en rapport avec ce bien, que, si une personne acquérait une part dans ce bien, le montant visé à l'alinéa a) excéderait le montant visé à l'alinéa b) à la fin d'une année d'imposition donnée se terminant dans les quatre ans après cette acquisition :
>
> a) le total des montants dont chacun représenterait :
>
> (i) une perte qui est annoncée comme étant déductible dans le calcul du revenu, au titre de cette part, et qui pourrait être subie par la personne ou attribuée à celle-ci pour l'année donnée ou pour une année d'imposition antérieure, ou
>
> (ii) un montant qui est annoncé comme étant déductible dans le calcul du revenu ou du revenu imposable, au titre de cette part, et qui pourrait être engagé par la personne ou attribué à celle-ci pour l'année donnée ou pour une année d'imposition antérieure, à l'exclusion d'un montant inclus dans le calcul d'une perte visée au sous-alinéa (i);
>
> b) l'excédent éventuel du coût de cette part pour la personne à la fin de l'année donnée sur la valeur totale des avantages visés par règlement que la personne ou toute personne avec laquelle elle a un lien de dépendance pourrait recevoir, directement ou indirectement, au titre de cette part.
>
> Les actions accréditives et les biens visés par règlement ne sont toutefois pas considérés comme des abris fiscaux[16]. »

[16] À la suite des modifications apportées par L.C. 1994, c. 7, ann. II (1991, c. 49) par. 188(1), applicable aux parts acquises après le 31 août 1989.

En ce qui concerne la décision *Baxter* dont les années en litige sont 1998 et 1999, la version applicable de la définition d'« abri fiscal » doit plutôt se lire ainsi :

> « "abri fiscal"
>
> Bien (y compris, pour plus de certitude, le droit à un revenu) pour lequel il est raisonnable de considérer, compte tenu de déclarations ou d'annonces faites ou envisagées relativement au bien, que, si une personne acquérait une part dans le bien, le montant visé à l'alinéa a) serait, à la fin d'une année d'imposition qui se termine dans les quatre ans suivant le jour où la part est acquise, égal ou supérieur au montant visé à l'alinéa b) :
>
> a) le total des montants représentant chacun :
>
> (i) un montant ou, dans le cas d'une participation dans une société de personnes, une perte qui est annoncé comme étant déductible dans le calcul du revenu de la personne au titre de la part (y compris, si le bien est un droit à un revenu, un montant ou une perte afférent à ce droit qui est annoncé comme étant déductible) et qui pourrait être subie par la personne ou attribuée à celle-ci pour l'année donnée ou pour une année d'imposition antérieure, ou,
>
> (ii) un autre montant qui est annoncé comme étant déductible dans le calcul du revenu ou du revenu imposable au titre de la part et qui pourrait être engagé par la personne ou attribué à celle-ci pour l'année ou pour une année d'imposition antérieure, à l'exclusion d'un montant inclus dans le calcul d'une perte visée au sous-alinéa (i),
>
> b) l'excédent éventuel du montant visé au sous-alinéa (i) sur le total visé au sous-alinéa (ii) :
>
> (i) le coût de la part pour la personne à la fin de l'année, déterminé compte non tenu de l'article 143.2,
>
> (ii) la valeur totale des avantages visés par règlement que la personne ou toute personne avec laquelle elle a un lien de dépendance pourrait recevoir, directement ou indirectement, au titre de la part.
>
> Les actions accréditives et les biens visés par règlement ne sont pas considérés comme des abris fiscaux[17]. »

[17] Modification apportée par L.C. 1998, c. 19, par. 234(1), applicable à compter du 1er décembre 1994. Nous avons souligné les modifications.

Enfin, il importe de souligner que la définition d'« abri fiscal » a été modifiée depuis les années d'imposition en litige dans les affaires *Maege* et *Baxter* et se lit désormais de la manière suivante :

« "abri fiscal"

a) Arrangement de don visé à l'alinéa b) de la définition de "arrangement de don";

b) arrangement de don visé à l'alinéa a) de la définition de "arrangement de don" ou bien (y compris le droit à un revenu), à l'exception des actions accréditives et des biens visés par règlement, pour lequel il est raisonnable de considérer, compte tenu de déclarations ou d'annonces faites ou envisagées relativement à l'arrangement ou au bien, que, si une personne devait conclure l'arrangement ou acquérir une part dans le bien, le montant visé au sous-alinéa (i) serait, à la fin d'une année d'imposition qui se termine dans les quatre ans suivant le jour où l'arrangement est conclu ou la part, acquise, égal ou supérieur au montant visé au sous-alinéa (ii) :

(i) le total des montants représentant chacun :

(A) un montant ou, dans le cas d'une participation dans une société de personnes, une perte qui est annoncé comme étant déductible dans le calcul du revenu de la personne pour l'année ou pour une année d'imposition antérieure au titre de l'arrangement ou de la part dans le bien (y compris, si le bien est un droit à un revenu, un montant ou une perte afférent à ce droit qui est déclaré ou annoncé comme étant ainsi déductible),

(B) un autre montant qui est déclaré ou annoncé comme étant réputé, en vertu de la présente loi, être payé au titre de l'impôt payable par la personne, ou comme étant déductible dans le calcul de ses revenu, revenu imposable ou impôt payable en vertu de la présente loi, pour l'année ou pour une année d'imposition antérieure au titre de l'arrangement ou de la part dans le bien, à l'exclusion d'un montant ainsi déclaré ou annoncé qui est inclus dans le calcul d'une perte visée à la division (A),

(ii) l'excédent éventuel du montant visé à la division (A) sur le total visé à la division (B) :

(A) le coût, pour la personne, du bien acquis aux termes de l'arrangement, ou de la part dans le bien à la fin de l'année, déterminé compte non tenu de l'article 143.2,

(B) la valeur totale des avantages visés par règlement que la personne ou toute personne avec laquelle elle a un lien de dépendance pourrait recevoir, directement ou indirectement, au titre du bien acquis aux termes de l'arrangement ou au titre de la part dans le bien[18]. »

2.2. L'AFFAIRE *BAXTER* C. *LA REINE*

2.2.1. Les faits

L'appelant dans cette affaire, M. Daren Baxter (ci-après « M. Baxter »), est un avocat, spécialisé en droit des affaires et fiscalité.

Le litige tire son origine de l'acquisition, par M. Baxter, d'une licence d'utilisation d'un logiciel (ci-après « Licence ») auprès de TCL Trafalgar B.V. Le logiciel en question permettait d'analyser l'historique des tendances en matière de commerce de contrats à terme et fournissait des prédictions sur les tendances futures de manière à permettre l'émission de suggestions d'achat et de vente de contrats à terme. La Licence, acquise par M. Baxter le 31 décembre 1998 au coût de 50 000 $, était valide pour une durée de 10 ans, soit jusqu'au 31 décembre 2008.

Le coût d'acquisition de la Licence a été acquitté par M. Baxter selon les termes suivants :

- 4 375 $ payés comptant le 31 décembre 1998;
- 13 125 $ échelonnés sur les trois mois suivants, par tranches de 4 375 $ payées par chèques postdatés;
- le solde de 32 500 $ acquitté par l'émission d'un billet à ordre payable le 31 décembre 2008, portant intérêt à un taux annuel de 5 %.

Ainsi, 35 % seulement du coût d'acquisition avait été effectivement acquitté par M. Baxter en date de l'audition, le solde n'étant payable qu'à l'expiration de la Licence.

De plus, le jour même de l'acquisition de la Licence, M. Baxter intervenait à un contrat de mandat (ci-après « Mandat »), également d'une

---

[18] L.C. 2003, c. 15, art. 87(1), applicable à compter du 19 février 2003. Nous avons souligné les modifications.

durée de 10 ans, en vertu duquel il confiait exclusivement à Trafalgar Trading Limited (ci-après « TT ») son commerce de contrats à terme et lui permettait d'utiliser la Licence à cette fin. Il appert de la preuve que le contrat d'acquisition de la Licence conférait l'option à l'investisseur d'intervenir au contrat de mandat avec TT. Même s'il ne s'agissait pas d'une obligation, il était prévu que les investisseurs interviendraient normalement à un tel contrat.

Selon les termes du Mandat, M. Baxter devait fournir à TT une copie du logiciel en question et TT devait fournir les premiers 10 000 $ de capital nécessaire au commerce de contrats à terme et les verser à un compte de capital transactionnel. Par la suite, pour chaque instruction de transaction générée par le logiciel, un honoraire était versé au compte de capital transactionnel. Cet honoraire, qui devait être réduit par le montant des frais de mandat payables à TT, équivalait, une fois ces frais de mandat pris en compte, à 0,25 $ par instruction mais ne pouvait excéder la somme de 3 750 $ annuellement. Quant aux profits résultant du commerce de contrats à terme, ils étaient partagés entre le compte de capital transactionnel et TT selon les termes suivants :

- tant que le solde du compte transactionnel n'avait pas atteint 32 500 $, 70 % des profits nets devaient être versés au compte de capital transactionnel; le solde de 30 % étant versé à TT;

- par la suite, la proportion était inversée;

- il était toutefois entendu que, si le solde du compte de capital transactionnel devenait inférieur au solde maximum atteint à la fin d'un mois précédent, 100 % des profits nets devaient être versés au compte de capital transactionnel, sans égard aux proportions mentionnées précédemment.

Les intérêts payables par M. Baxter en vertu du billet à ordre devaient, selon les termes du Mandat, être versés à TCL par TT directement, à même les fonds du compte de capital transactionnel. La preuve a d'ailleurs révélé que, dans les faits, les choses se sont effectivement passées de cette façon. À l'expiration du Mandat, les 10 000 $ de capital fourni par TT devaient lui être retournés; le solde du compte de capital transactionnel devait être versé à M. Baxter.

TT s'engageait à ce que le taux de rendement annuel moyen ne soit pas inférieur à 8 %. Dans la mesure où ce rendement n'était pas atteint, TCL s'engageait à réduire proportionnellement le solde du billet à ordre.

Les ententes pertinentes venant à échéance le 31 décembre 2008, M. Baxter n'avait encore reçu aucun revenu du commerce de contrats à terme au moment de l'audition devant la Cour canadienne de l'impôt.

La Licence acquise par M. Baxter était un bien de catégorie 12 aux fins du calcul de la déduction pour amortissement (ci-après « DPA »), ce qui veut dire qu'elle était amortissable durant une période de deux ans. M. Baxter a admis que ce fait avait influencé sa décision d'investir dans la Licence. Par contre, aucune représentation ne lui avait été faite quant au traitement fiscal applicable. En raison de son degré de connaissances en matière fiscale, de telles déclarations ou annonces n'auraient pas été nécessaires.

Par ailleurs, la Couronne a appelé comme témoins d'autres contribuables ayant acquis des licences similaires, lesquels contribuables avaient, eux, reçu des déclarations ou annonces au sens de la définition d'« abri fiscal ».

Il est également à noter que, selon la vérificatrice, environ 50 autres contribuables étaient intervenus dans des activités semblables.

2.2.2. Les questions en litige

L'affaire *Baxter* soulevait plusieurs questions en litige[19] mais, aux fins du présent texte, il ne sera traité que de la question de savoir si M. Baxter avait acquis un « abri fiscal » au sens de l'article 237.1 L.I.R.

2.2.3. La décision

Deux arguments étaient essentiellement soulevés par M. Baxter devant la Cour canadienne de l'impôt :

---

[19] Les autres questions en litige portaient sur :

- la caractérisation de l'activité de M. Baxter relativement au commerce de contrats à terme, à savoir s'il s'agissait d'une entreprise ou, alternativement, si M. Baxter avait acquis la Licence afin de tirer du revenu de biens;
- la relation entre M. Baxter et TCL, à savoir s'ils traitaient à distance;
- la juste valeur marchande de la Licence;
- l'application de l'article 67 L.I.R. à la DPA réclamée par M. Baxter;
- la caractérisation du billet à ordre, à savoir s'il consistait en une obligation éventuelle (*contingent liability*). À ce sujet, la décision semble ne rien ajouter de notable à l'affaire *La Reine* c. *McLarty*, D.T.C. 6340 (C.A.F.), demande de permission d'appel faite à la Cour suprême du Canada.

1. Le bien auquel fait référence le paragraphe introductif de la définition d'« abri fiscal » est en l'espèce la Licence puisqu'il s'agit du seul bien acquis par M. Baxter, ce dernier n'ayant pas acquis de logiciel. Les représentations qui ont été faites aux autres investisseurs n'ont donc pu porter sur le bien acquis par M. Baxter puisque seul ce dernier a acquis la Licence. En conséquence, les déclarations ou annonces faites à des tiers ne sauraient être pertinentes afin de déterminer si la Licence acquise par M. Baxter était un « abri fiscal » et, comme M. Baxter n'a pas reçu de déclaration ou annonce au sujet de sa licence, celle-ci ne peut constituer un abri fiscal. De plus, il serait absurde que des déclarations ou annonces faites à des tiers avec qui M. Baxter n'avait pas de rapports, déclarations ou annonces dont M. Baxter ignorait l'existence, aient l'effet de transformer sa licence en abri fiscal avec toutes les conséquences fiscales négatives qu'une telle qualification entraîne[20].

2. La définition d'« abri fiscal » ne peut s'appliquer au présent cas puisque la réclamation d'une DPA (ce que M. Baxter a réclamé à la suite de l'acquisition de la licence) ne constitue pas un montant « annoncé comme étant déductible » qui pourrait être « engagé » (*incurred*[21]) au sens de l'alinéa a) de la définition d'« abri fiscal » du paragraphe 237.1(1) L.I.R.

Il importe de souligner, au sujet du premier argument de M. Baxer, que la Couronne prétendait qu'il n'était pas nécessaire que les déclarations ou annonces aient été faites à M. Baxter. Selon elle, il suffisait que ces déclarations ou annonces eussent été faites au sujet de licences et de logiciels, même si ce n'était pas la licence de M. Baxter, qui se rapportait de toute façon au logiciel[22].

2.2.4. Bien faisant l'objet de déclarations ou annonces

Les commentaires du tribunal sur cette question doivent être considérés en tant qu'*obiter dicta*, le juge Bell précisant, au paragraphe 58 de la décision, que les motifs fondamentaux de sa conclusion ne concernent pas cette question. Quoi qu'il en soit, le juge accepta l'argument de M. Baxter

---

20 *Baxter*, précité, note 14, par. 55, 56 et 57.

21 Le mot « *incurred* » utilisé tant au sous-alinéa 237.1(1)a)(i) qu'au sous-alinéa 237.1(1)a)(ii) L.I.R. de la version anglaise de la définition d'« abri fiscal » est traduit dans la version française tantôt par le mot « subie » (s.-al. 237.1(1)a)(i) L.I.R.) et tantôt par le mot « engagé » (s.-al. 237.1(1)a)(ii) L.I.R.). Dans le présent texte, nous utilisons le mot « engagé ».

22 *Baxter*, précité, note 14, par. 59.

selon lequel en cherchant si on est en présence d'un abri fiscal au sens de l'article 237.1 L.I.R., il est nécessaire de s'en tenir aux déclarations ou annonces faites à l'égard du « bien » acquis par le contribuable en question. Et comme aucune déclaration ou annonce n'a été faite à M. Baxter, il ne saurait être question d'abri fiscal. Le juge souligne que la décision rendue par le juge Rip dans l'affaire *Maege* et qui discute amplement de la question des déclarations ou annonces n'est d'aucune utilité puisqu'elle concerne des faits différents. Enfin, le juge Bell conclut sur ce point en déclarant ce qui suit :

> « Tax legislation can and does have effects which may seem harsh but that harshness must be the result of legislative precision. I cannot interpret the lack of words requiring the statements or representations to be made to a taxpayer as having the result of unfairly sweeping the taxpayer into consequences which may have been justifiably unforeseen. In a self-assessing system how can one expect a taxpayer *bona fide* investing in what appears to be a totally legitimate investment, to be prejudiced by something he doesn't know and can't know, and yet being required to file a tax return as if that taxpayer did know[23]? »

2.2.5. Montant qui pourrait être « engagé » (*incurred*)

Tel qu'il a été mentionné précédemment, la décision du juge Bell repose sur l'autre argument soulevé par M. Baxter, à savoir que la définition d'abri fiscal ne saurait s'appliquer à sa situation puisque la réclamation d'une DPA ne constitue pas un montant « annoncé comme étant déductible » et qui peut être « engagé » (*incurred*). Donnant raison à M. Baxter, le juge Bell se dit d'avis que le paragraphe a) de la définition d'« abri fiscal » pouvait être restructuré de manière à se lire comme suit :

> « [TRADUCTION]
>
> a) le total des montants représentant chacun :
>
> (i) un montant […] qui est annoncé comme étant déductible dans le calcul du revenu de la personne au titre de la part […] et qui pourrait être engagé (*incurred*) […] par la personne […]
>
> ou,

[23] *Id*., par. 60.

> (ii) dans le cas d'une participation dans une société de personnes, une perte qui est annoncée comme étant déductible [...] et qui pourrait être […] attribuée à la personne […][24]. »

Partant de cette restructuration, le juge Bell étudie la jurisprudence distinguant les termes « *allowance* », d'une part, et « *expense or disbursement* », d'autre part. Se basant sur la décision *McKee* c. *La Reine*[25], il conclut que la DPA ne constitue par un coût ou une dépense et, par conséquent, ne peut être « un montant qui peut être engagé » (*incurred*) au sens de l'article 237.1 L.I.R. Le juge écrit ceci :

> « The claim for capital cost allowance made by the Appellant is not "an amount" that can "be incurred by" anyone. Similarly, the claim for capital cost allowance made by the Appellant is not "a loss in the case of a partnership interest" that can be "allocated to" anyone[26]. »

Le juge Bell ajoute que le mot « *allocate* » dans la version anglaise de la définition d'« abri fiscal », lequel est traduit en français par « attribué » ne s'applique qu'à une perte d'une société de personnes. Or, comme il n'y a pas de société de personnes en l'espèce, on ne peut dire que la DPA réclamée par M. Baxter est un montant qui est « attribué » au sens de l'alinéa 237.1(1)a)[27].

Puisque la DPA réclamée par M. Baxter ne constitue ni un montant « engagé » (*incurred*) ni un montant « attribué », aucun montant ne peut être déterminé en vertu de l'alinéa 237.1(1)a) de la définition d'« abri fiscal ». Il s'ensuit que M. Baxter n'a pas acquis d'abri fiscal[28].

2.2.6. Commentaires

En ce qui a trait à la question de savoir si la DPA constitue un montant « engagé » (*incurred*), soulignons qu'une partie de l'analyse du juge Bell est vraisemblablement « *lost in translation* ». Il est en effet difficile de faire le parallèle entre la définition anglaise d'« abri fiscal », qui utilise le mot « *incurred* », et la définition française, qui utilise tantôt le mot « engagé » et

---

24 *Baxter*, précité, note 14, par. 61.

25 77 D.T.C. 5345 (C.F. 1re inst.).

26 *Baxter*, précité, note 14, par. 62.

27 *Id*., par. 65.

28 *Id*., par. 67.

tantôt le mot « subie ». Est-il possible que la présence du mot « subie » en français modifie l'analyse du juge Bell?

Même si cela était le cas, et il est permis d'en douter, l'analyse du juge Bell semble ne plus s'appliquer aux situations postérieures au 19 février 2003, date d'entrée en vigueur des modifications apportées à la définition d'« abri fiscal ». Le texte de loi, tel qu'il est applicable actuellement, ne fait plus référence à un « montant […] qui est annoncé comme étant déductible dans le calcul du revenu de la personne au titre de la part […] et qui pourrait être engagé », mais plutôt à un « autre montant qui est déclaré ou annoncé […] comme étant déductible dans le calcul de ses revenu, revenu imposable ou impôt payable en vertu de la présente loi […] ».

Ce libellé plus large pourrait mettre en échec une déduction comme celle réclamée par M. Baxter dans la mesure où les conditions relatives aux déclarations ou annonces sont aussi respectées.

Au sujet des déclarations ou annonces, on peut spéculer sur les raisons qui ont amené le juge Bell à ne pas trancher sur cette question et à s'attaquer plutôt à la question de savoir si la DPA constituait un montant « engagé » (*incurred*). Une explication possible pourrait avoir rapport avec le fait qu'il y avait plusieurs autres dossiers semblables à celui de M. Baxter, lesquels dossiers étaient susceptibles de se retrouver devant le tribunal. Lors de son témoignage dans l'affaire *Baxter*, la vérificatrice de l'ARC avait en effet mentionné qu'il existait à sa connaissance une cinquantaine d'autres dossiers semblables[29]. À la lumière de cette information, il est peut-être apparu préférable au juge Bell de trancher comme il l'a fait plutôt que d'accorder un poids déterminant aux déclarations ou annonces faites, ce qui aurait pu obliger le tribunal à rendre des décisions différentes à l'égard d'investissements identiques.

2.3. L'AFFAIRE *MAEGE* C. *LA REINE*

2.3.1. Les faits

L'affaire *Maege* porte également sur la notion d'« abri fiscal ».

Les appelants dans cette affaire étaient M^me^ Norma Maege (ci-après « M^me^ Maege ») et M. Lazar Jevremovic (ci-après « M. Jevremovic »). M^me^ Maege est comptable en management accréditée et titulaire d'une

[29] Cette information est rapportée au paragraphe 30 de la décision.

maîtrise en administration des affaires alors que M. Jevremovic est ingénieur chimiste.

Les investissements qui faisaient l'objet du litige, à savoir s'il s'agissait ou non d'investissements dans un abri fiscal, étaient des investissements dans une société de personnes, Botanical Technologies (ci-après « Société »), dont les activités consistaient à mettre sur pied des projets d'innovation en matière de biotechnologie. Il ressort des faits retenus par le tribunal que le conjoint de M^me^ Maege était le fondateur de la Société, que M^me^ Maege a établi la structure de la Société et qu'elle a agi en tant que promoteur pour obtenir des investissements dans la Société. Aussi, M^me^ Maege a informé les investisseurs des possibilités de profit et des conséquences financières de pertes, notamment des déductions dans le calcul du revenu et l'obtention de crédits d'impôt[30].

Comme premier projet, la Société avait entrepris l'élaboration d'une substance qu'elle appelait « *anthrocynanin* », un colorant organique dérivé de plantes et pouvant être utilisé dans la coloration des aliments et dans les cosmétiques. Selon le témoignage de M. Jevremovic, tous les associés savaient que l'investissement comportait des risques inhérents, mais ils ne doutaient pas du potentiel de gains que présenterait la recherche au fil du temps. Toujours selon M. Jevremovic, il était compréhensible que la Société subisse des pertes au cours des deux ou trois premières années, car il s'agissait de l'étape de la recherche, et qu'il était normal de subir des pertes à cette étape[31].

D'autre part, la preuve démontre que les investisseurs s'attendaient à ce que 100 % des investissements effectués soient dépensés par la Société chaque année. Comme ils ne s'attendaient pas à ce que la Société réalise des revenus au cours des premières années, il était entendu qu'il en résulterait une perte nette au niveau de la Société, qui serait répartie entre les associés investisseurs. La preuve révèle également que les associés s'attendaient à bénéficier du crédit d'impôt à l'investissement relativement à leur investissement[32].

Lorsque M^me^ Maege a acquis des intérêts dans la Société, elle connaissait le droit aussi bien qu'un avocat fiscaliste et, par conséquent,

---

30 *Maege*, précité, note 15, par. 15, 16 et 43.

31 *Id*., par. 10 et 11.

32 *Id*., par. 16.

aucune déclaration ou annonce ne lui a été faite ni n'était nécessaire pour la convaincre de faire l'investissement. Selon ses dires, elle avait peut-être fait des déclarations ou annonces à d'autres personnes, mais elle n'avait jamais été informée par qui que ce soit des avantages fiscaux que présentait l'investissement[33].

En ce qui concerne M. Jevremovic, il a été allégué que personne ne lui avait explicitement déclaré qu'il jouirait d'avantages fiscaux. M. Jevremovic a témoigné qu'il avait décidé de participer au projet parce qu'il s'intéressait aux aspects scientifiques de l'entreprise et qu'il possédait une expertise dans le domaine[34].

En 1992, les sources de financement pour le projet ont commencé à se tarir, en conséquence de certains problèmes techniques que les chercheurs ne réussissaient pas à surmonter. Il en a résulté l'abandon du projet[35].

2.3.2. La question en litige

La seule question en litige consistait à déterminer si les appelants, M[me] Maege et M. Jevremovic avaient acquis un « abri fiscal » au sens de l'article 237.1 L.I.R.

2.3.3. La décision

L'essentiel de la décision du juge Rip concerne l'interprétation qu'il prête à l'expression « [b]ien pour lequel il est raisonnable de considérer, à la lumière de déclarations ou annonces faites ou envisagées en rapport avec ce bien […] ». Plus particulièrement, la décision traite de la nécessité que des déclarations ou annonces soient faites à un contribuable pour que ce dernier soit considéré comme ayant acquis un abri fiscal.

M[me] Maege faisait valoir que, au moment où elle avait acquis des intérêts dans la Société, elle connaissait le droit aussi bien qu'un avocat fiscaliste. Par conséquent, aucune déclaration ou annonce ne lui avait été faite ni n'était nécessaire pour la convaincre de faire l'investissement. Elle reconnaissait avoir peut-être fait des annonces à d'autres personnes, mais elle n'avait jamais été informée par qui que ce soit des avantages fiscaux que

---

33 *Id*., par. 15, 28 et 44.

34 *Id*., par. 10 et 29.

35 *Id*., par. 11.

présentait l'investissement. Ainsi, prétendait-elle, la définition d'« abri fiscal » ne s'appliquait pas à sa situation.

Pour sa part, M. Jevremovic alléguait qu'il avait décidé de participer au projet parce qu'il aimait cette entreprise et ses aspects scientifiques et parce qu'il estimait qu'il y avait des possibilités d'en tirer des revenus. Il soutenait, par ailleurs, que personne ne lui avait jamais explicitement dit qu'il jouirait d'avantages fiscaux prenant la forme d'un abri fiscal.

Le juge rejeta les arguments des appelants. Selon le juge, le fait que des « déclarations ou annonces » aient été faites peut servir d'indicateur de l'existence d'un abri fiscal. Cependant, l'absence de déclarations ou d'annonces explicites ne signifie pas qu'il n'y a pas d'abri fiscal. Le juge fonde sa conclusion sur la présence des mots « à la lumière de » (*having regard to*) devant les mots « déclarations et annonces »[36].

Par ailleurs, le juge Rip considère qu'une annonce doit être considérée de manière plus large qu'une « assertion explicite » et déclare ceci à ce sujet :

> « Il semblerait aussi, que dans le contexte de la définition du terme "abri fiscal", il n'est pas nécessaire qu'une "annonce" prenne la forme d'une assertion écrite ou verbale explicite, mais elle peut comprendre un élément moral ou intellectuel et semble comprendre les annonces faites à soi-même[37]. »

Le juge ajoute que les « déclarations » et « annonces » peuvent être considérées ou envisagées même si elles ne sont pas faites[38].

Enfin, il conclut en ces termes :

> « Cependant, compte tenu des témoignages de M[me] Maege et de M. Jevremovic et compte tenu du fait que ces deux personnes sont très averties, il est raisonnable de conclure qu'ils connaissaient l'ampleur des avantages fiscaux dont ils jouiraient pour les années pendant lesquelles la société de personnes exerçait des activités. Ils savaient que la totalité de leurs investissements serait déduite dans le calcul de leur revenu pour les années d'imposition en question et connaissaient les crédits d'impôt dont ils pouvaient se prévaloir. Des déclarations ont été faites ou envisagées relativement aux biens de la société de personnes. Il s'agissait de déclarations selon lesquelles les

---

36 *Id*., par. 31 à 38, plus particulièrement ce dernier paragraphe.

37 *Id*., par. 39.

38 *Id*., par. 41.

> appelants, s'ils acquéraient des intérêts dans la société de personnes, à la fin d'une année d'imposition donnée se terminant dans les quatre ans après l'acquisition, bénéficieraient de pertes déductibles et d'autres déductions dans le calcul de leur revenu ou revenu imposable et obtiendraient des crédits d'impôt supérieurs au montant de leur investissement. Le fait que M[me] Maege ne se soit pas fait de déclaration à elle-même au sujet de Botanical Technologies n'est pas pertinent. Elle s'attendait à ce que des conséquences fiscales avantageuses découlent de ses investissements dans la société de personnes. M. Jevremovic savait lui aussi que l'investissement était un abri fiscal[39]. »

2.3.4. Commentaires

Dans cette affaire, le juge Rip a accordé une très grande importance à l'expression « à la lumière de » ou, en anglais, « *having regard to* ». Il semble que, selon le juge, puisque le législateur ne parle pas pour ne rien dire, il faut donner un sens à cette expression. Et le sens qu'il lui accorde est de mettre de côté l'obligation que des déclarations ou annonces soient faites au contribuable pour qu'il y ait un abri fiscal.

Il est intéressant de noter que, dans les versions françaises subséquentes de la définition d'« abri fiscal » de l'article 237.1 L.I.R., l'expression « à la lumière de » a été remplacée par « compte tenu du ». Les versions anglaises subséquentes comprennent cependant toujours les mots « *having regard to* ».

Il importe aussi de souligner que le juge Rip ne semble pas avoir distingué la situation de M^me^ Maege de celle de M. Jevremovic. M^me^ Maege était liée au chercheur qui était à l'origine du projet et elle avait fait des déclarations ou annonces à d'autres investisseurs quant au traitement fiscal de l'investissement dans la Société. Elle agissait en fait comme un promoteur. La situation de M. Jevremovic semble tout autre, du moins si l'on se fie aux faits signalés. Ce dernier semblait croire au projet et ignorer les conséquences fiscales. Et rien dans la preuve n'indique que des représentations lui avaient été faites. Bien entendu, le juge du procès, ayant entendu les témoignages, est dans une meilleure position que quiconque pour déterminer des faits applicables à chaque contribuable et notre commentaire sur ce point ne découle que de notre lecture de la décision.

2.4. CONCILIATION POSSIBLE DES DEUX DÉCISIONS?

La conclusion du juge Bell dans l'affaire *Baxter* est fondée davantage sur l'interprétation des termes « montant » et « engagé » que sur les concepts

---

[39] *Id*., par. 44.

de « déclarations » ou « annonces », ce qui permet de distinguer les deux décisions. Il faut toutefois souligner que le juge Bell semble avoir accepté l'argument de M. Baxter selon lequel les annonces faites à des tiers ne devaient pas le concerner et qu'il est nécessaire que des annonces relativement à **son** bien **lui soient** faites pour qu'il puisse être considéré comme ayant investi dans un abri fiscal. Dans ce sens et tel qu'il a été mentionné précédemment, l'affaire *Baxter* semble être aux antipodes de la décision dans l'affaire *Maege*. Cette dernière décision a une portée en effet très large puisqu'on y trouve un commentaire selon lequel une annonce n'a pas besoin de prendre la forme d'une assertion écrite ou verbale explicite et qu'elle peut comprendre un élément moral ou intellectuel en plus des annonces faites à soi-même. Appliqué à la lettre, ce commentaire pourrait signifier que deux parties qui structurent une transaction en ayant à l'esprit les avantages fiscaux qui découleront durant les quatre années suivant la transaction pourraient se trouver visées par la définition d'« abri fiscal ».

À notre avis, il aurait été préférable que le juge Rip prenne tout simplement la position que dans le cas qui lui était soumis, comme M^me^ Maege faisait des déclarations ou annonces à des investisseurs, il était implicite qu'elle était au courant de ces déclarations ou annonces et que c'est comme si ces déclarations ou annonces lui avaient été faites. Autrement dit, il aurait pu tout simplement conclure que les déclarations et annonces étaient faites à tous les investisseurs, incluant M^me^ Maege. Quant à M. Jevremovic, il va de soi, malgré nos remarques précédentes, que le juge était d'opinion que M. Jevremovic avait reçu des déclarations ou annonces. En limitant les remarques du juge Rip aux faits particuliers de l'affaire qui lui était soumise et comme signifiant que des représentations avaient en réalité été faites aux deux contribuables en cause, il devient alors possible de concilier les décisions *Baxter* et *Maege*. D'ailleurs, le juge Bell a mentionné qu'il ne pouvait s'inspirer de la décision dans l'affaire *Maege* pour rendre jugement dans l'affaire *Baxter* parce que les faits des deux causes étaient trop différents.

Dans tous les cas, l'existence de déclarations ou annonces, qu'elles soient écrites, verbales, explicites ou implicites, devrait être considérée comme un élément important de la définition d'« abri fiscal ». En effet, une conclusion contraire reviendrait à ne pas tenir compte de toute une partie de la définition d'« abri fiscal ».

Par ailleurs, il nous apparaît raisonnable d'exiger qu'une personne ait reçu des déclarations ou annonces personnellement pour que son investissement se qualifie d'abri fiscal. Des annonces peuvent avoir été faites à des tiers mais, si la personne n'est pas au courant de ce fait, comment

pourra-t-elle, par exemple, demander au promoteur si un numéro d'inscription a été obtenu? Et comment pourra-t-elle savoir qu'elle est en train d'investir dans un abri fiscal et, donc, qu'elle est assujettie aux conséquences fiscales sérieuses d'un tel investissement?

Quant à savoir si une personne avertie doit recevoir des déclarations ou annonces aux fins de la définition d'« abri fiscal », nous laissons cette question en suspens. Nous soulignons toutefois qu'un investisseur averti, au courant des conséquences de son investissement, aura certainement plus de difficulté qu'un investisseur moins sophistiqué à réclamer des dommages ou quelque chose de semblable auprès du promoteur d'un abri fiscal.

PARTIE D

Jade Boucher, avocate*
Ministère de la Justice du Canada

1. L'AFFAIRE *ANCHOR POINTE ENERGY LTD.* C. *LA REINE*[1]

> « N'importe quel fait que détermine ou que suppose l'évaluateur ou le ministre doit donc être accepté de la façon dont ces personnes en ont traité, à moins que la partie appelante le mette en doute[2]. »

Le fardeau de réfuter les hypothèses de faits tenues pour acquises par le ministre du Revenu national (ci-après « Ministre ») repose sur le contribuable, peu importe si ces hypothèses sont établies au stade de la cotisation, de la nouvelle cotisation ou de la ratification. Récemment, le juge en chef de la Cour canadienne de l'impôt a changé cette règle en créant deux catégories d'hypothèses de faits, soit celles établies lors de la cotisation ou de la nouvelle cotisation – que le contribuable a le fardeau de réfuter – et celles prises lors de la ratification – que la Couronne a maintenant le fardeau de prouver.

1.1. LES FAITS

En 1991, cinq prédécesseurs d'Anchor Pointe ont acheté des données sismiques et ont déduit des frais d'exploration au Canada (ci-après « FEC ») dans leur déclaration de revenus respective. Ces cinq prédécesseurs ont fusionné pour créer Anchor Pointe. Le Ministre les a cotisés et, par la suite, les a de nouveau cotisés en se basant sur le fait que leurs montants pour frais d'exploration étaient supérieurs à la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») des données sismiques. Il a donc réduit leurs déductions de FEC. Anchor Pointe a déposé des avis d'opposition. Les oppositions sont demeurées en suspens jusqu'à ce que la décision *Global Communications Ltd.* c. *La Reine*[3] soit rendue par la Cour d'appel fédérale. À la suite de cette décision, le Ministre a ratifié les nouvelles cotisations en se fondant sur les

---

* Le présent texte témoigne des vues de l'auteure et non de celles du ministère de la Justice du Canada.

1 [2006] 4 C.T.C. 2353 (C.C.I.), jugement porté en appel devant la Cour d'appel fédérale (C.A.F. n° A-329-06) (ci-après « *Anchor Pointe 2* »).

2 *Johnston* c. *MRN*, [1948] R.C.S. 486 (ci-après « *Johnston* »).

3 99 D.T.C. 5377 (C.A.F.) (ci-après « *Global Communications* »).

conclusions de cette décision, soit que les coûts d'acquisition des données sismiques ne se qualifiaient pas comme des FEC. Anchor Pointe a déposé un avis d'appel à la Cour canadienne de l'impôt et la Couronne a déposé sa réponse.

Depuis, deux requêtes différentes ont été entendues par la Cour canadienne de l'impôt.

1.2. PREMIÈRE REQUÊTE

1.2.1. La décision de la Cour canadienne de l'impôt[4]

La première requête déposée par Anchor Pointe visait à supprimer des passages de la réponse. Ces passages concernaient des nouvelles hypothèses de faits établies par le Ministre lorsqu'il a ratifié les cotisations. Dans sa réponse, la Couronne alléguait que ces hypothèses avaient été établies à l'étape des nouvelles cotisations. Le début du paragraphe relatif aux hypothèses était rédigé de la façon suivante : « En établissant de nouvelles cotisations, le Ministre s'est fondé sur les hypothèses de faits suivantes […]. » Après l'audience de cette requête, le juge Rip a déterminé que la Couronne n'avait pas allégué correctement dans sa réponse les hypothèses établies pour la première fois par le Ministre lors des ratifications. Il a donc supprimé ces hypothèses. Cependant, il a précisé que les faits supprimés auraient pu être énoncés ailleurs dans la réponse.

1.2.2. La décision de la Cour d'appel fédérale[5]

Les parties ont appelé de cette décision et les deux appels furent rejetés. La Cour d'appel fédérale a confirmé que les passages supprimés n'avaient pas été allégués de manière exacte par la Couronne. Cependant, le tribunal a ajouté que, s'ils avaient été allégués correctement, c'est-à-dire en disant que les hypothèses avaient été établies à l'étape des ratifications et non à celle des nouvelles cotisations, on n'aurait pas pu s'y opposer. En ce qui a trait à l'appel incident d'Anchor Pointe selon lequel toute référence dans la réponse en rapport avec l'argument additionnel tiré de l'affaire *Global Communications* devait être supprimé parce que cela constituait un nouveau fondement de cotisation établi après l'expiration de la période normale de la

---

4 *Anchor Pointe Energy Ltd.* c. *La Reine*, 2002 D.T.C. 2071 (C.C.I.) (ci-après « *Anchor Pointe 1 (C.C.I.)* »).

5 *Anchor Pointe Energy Ltd.* c. *La Reine*, 2003 D.T.C. 5512 (C.A.F.) (ci-après « *Anchor Pointe 1 (C.A.F.)* »).

nouvelle cotisation, la Cour d'appel fédérale a établi que la distinction entre un nouveau fondement pour une cotisation et un nouvel argument à l'appui d'une cotisation est une question de sémantique. Tant que le Ministre ne vise pas à augmenter l'impôt à payer, la Couronne peut invoquer un argument additionnel.

1.3. DEUXIÈME REQUÊTE

À la suite de la décision de la Cour d'appel fédérale, la Couronne a déposé une réponse modifiée pour remplacer, au début du paragraphe relatif aux hypothèses, les mots « en établissant les nouvelles cotisations » par « en ratifiant les nouvelles cotisations ». Les hypothèses de faits invoquées dans la première réponse sont demeurées inchangées.

En février 2006, les parties ont demandé à la Cour canadienne de l'impôt de se prononcer sur la question de droit suivante : sur qui repose le fardeau de la preuve en ce qui concerne les hypothèses de faits tenues pour acquises pour la première fois par le Ministre lors de la ratification d'une nouvelle cotisation en vertu du paragraphe 165(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[6]?

1.3.1. La décision de la Cour canadienne de l'impôt[7]

Le juge en chef Bowman a conclu que c'est la Couronne qui a le fardeau de la preuve pour toutes hypothèses de faits sur lesquelles le Ministre s'est fondé pour la première fois lors de la ratification de cotisations. Pour en arriver à cette conclusion, il s'est fondé sur quatre décisions de la Cour suprême du Canada[8]. Il a clairement indiqué qu'il revient à la Cour suprême, ou au Parlement, de changer toutes règles concernant le fardeau de la preuve dans les causes fiscales :

> « I have cited these four decisions of the Supreme Court of Canada because it is those cases that have established or reaffirmed the basic ground rules in the matter of onus of proof in tax assessments. It is true, there has been a bit of fine-tuning of those rules but within the parameters of the rules established by the

---

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

7 *Anchor Pointe 2*, précité, note 1.

8 *Anderson Logging Co.* c. *The King*, [1925] R.C.S. 45 (ci-après « *Anderson Logging* »); *Johnston*, précité, note 2; *Hickman Motors Ltd.* c. *Canada*, [1997] 2 R.C.S. 336 (ci-après « *Hickman Motors* »; *Placer Dome Canada Ltd.* c. *Ontario (Ministre des Finances)*, [2006] C.S.C. 20 (ci-après « *Placer Dome* »).

> Supreme Court of Canada. As L'Heureux-Dubé said in *Hickman Motors*, changes in the jurisprudence regarding onus of proof in tax cases should be left for another day. I do not think she meant to leave to lower courts the function of changing the rules laid down by the Supreme Court of Canada. If the rules are to be changed it is only the Supreme Court of Canada that should change them[9]. »

1.4. COMMENTAIRES

Cette deuxième décision de la Cour canadienne de l'impôt fait l'objet d'un appel devant la Cour d'appel fédérale. Son importance se rattache au fait que la pratique du litige fiscal pourrait être changée. La position adoptée par le tribunal dans cette affaire remet en question le fardeau de la preuve quant aux nouvelles hypothèses de faits tenues pour acquises lors d'une ratification par le Ministre.

Lorsqu'un contribuable s'oppose à une cotisation ou à une nouvelle cotisation, il signifie un avis d'opposition au Ministre[10]. À cette étape, le contribuable peut fournir des faits différents de ceux sur lesquels le Ministre s'est appuyé pour émettre la cotisation. Ou encore, comme dans l'affaire *Anchor Pointe 2*, l'évolution de la jurisprudence peut amener le Ministre à considérer des faits additionnels. Quoi qu'il en soit, lorsqu'un avis d'opposition est signifié au Ministre, la *Loi de l'impôt sur le revenu* l'oblige à examiner de nouveau la cotisation et à l'annuler, la ratifier ou la modifier ou à établir une nouvelle cotisation[11]. À la suite de ce nouvel examen, si le Ministre conclut que le montant d'impôt payable est différent, il émettra une nouvelle cotisation. Cependant, s'il n'y a aucun changement quant au montant de l'impôt payable, le Ministre émettra un avis de ratification même s'il arrive à cette conclusion en se fondant sur des faits nouveaux. Si le contribuable est en désaccord, il peut interjeter appel auprès de la Cour canadienne de l'impôt[12]. Ce qui est en question dans ce genre d'appel, c'est le bien-fondé de la décision du Ministre quant au montant de l'impôt payable[13].

---

9 *Anchor Pointe 2*, précité, note 1, par. 18.

10 Art. 165 L.I.R.

11 Par. 165(3) L.I.R.

12 Art. 169 L.I.R.

13 *Canada* c. *Consumer's Gas Co*., [1987] 2 C.F. 60.

La Couronne admet, dans son mémoire d'appel, qu'elle partage l'avis du juge en chef Bowman selon lequel les quatre causes de la Cour suprême du Canada auxquelles il se réfère établissent ou réaffirment les règles relatives au fardeau de la preuve. La Couronne soutient cependant que ces causes ne supportent pas la conclusion à laquelle le juge en chef en est venu. Dans la cause *Anderson Logging*, la Cour suprême ne fait pas mention d'hypothèses de faits établies lors de la ratification d'une cotisation. Cette décision établit que, lorsqu'un contribuable veut contester une cotisation fiscale, il a le fardeau de prouver sa cause[14]. De même, dans sa décision de l'affaire *Johnston*, la Cour suprême a indiqué clairement que le fardeau de démolir les faits tenus pour acquis par « l'évaluateur ou le ministre »[15] incombe au contribuable[16]. La Cour suprême n'établit pas de distinction entre les faits tenus pour acquis à l'étape de la vérification ou à celle de l'opposition. Quant à la cause *Hickman Motors*, la juge L'Heureux-Dubé a réitéré que c'est au contribuable de démontrer que la cotisation d'impôt est inexacte. De même, dans la cause *Placer Dome*, la Cour suprême a statué clairement sur le fait qu'« [i]l incombe donc au contribuable d'établir que les conclusions de faits sur lesquelles le ministre s'est fondé pour établir la cotisation sont erronées. Ce fardeau de la preuve est identique à celui qui s'applique en vertu de la *LIR*, par. 152(8) »[17]. Cette référence aux « conclusions de faits sur lesquelles le ministre s'est fondé pour établir la cotisation » ne fait pas référence à l'action d'émettre une cotisation lors de la vérification mais bien à la cotisation de l'impôt payable.

Selon le juge Rothstein, alors juge de la Cour d'appel fédérale, il est clair que le Ministre peut alléguer des hypothèses de faits établies lors de la ratification d'une cotisation. Dans sa décision relative à l'affaire *Anchor Pointe 1 (C.C.I.)*, il a écrit que le juge Rip :

> « […] n'a pas dit qu'on ne pouvait alléguer les hypothèses de faits formulées en ratifiant une nouvelle cotisation. Le ministre peut tirer des hypothèses de faits, après avoir lu l'avis d'opposition déposé par un contribuable ou une affaire tranchée subséquemment, comme *Global*. Il n'y a aucun motif, selon moi, pour qu'on ne puisse inclure de telles hypothèses dans la réponse de la Couronne. Il faut toutefois alléguer ces hypothèses de manière exacte »[18].

---

14 *Anderson Logging*, précité, note 8, 50.

15 En anglais, la Cour suprême fait référence à « *assessor or the Minister* ».

16 *Johnston*, précité, note 2, 489.

17 *Placer Dome*, précité, note 8, par. 25.

18 *Anchor Pointe 1 (C.C.I.)*, précité, note 4, par. 28.

Cette décision du juge en chef de la Cour canadienne de l'impôt crée maintenant deux catégories d'hypothèses de faits, soit celles établies lors de la cotisation ou nouvelle cotisation – que le contribuable a le fardeau de réfuter –, soit celles établies lors de la ratification – que la Couronne a le fardeau de prouver. Pourtant, le rôle du Ministre reste le même selon qu'il émette ou confirme une cotisation ou une nouvelle cotisation : c'est-à-dire déterminer le montant d'impôt payable par le contribuable. À la suite de l'avis d'opposition, si le montant d'impôt exigible demeure inchangé le Ministre n'a pas besoin d'émettre une nouvelle cotisation, mais il doit émettre un avis de ratification même si les faits tenus pour acquis au soutien de cet avis sont différents de ceux tenus pour acquis lors de la cotisation.

En outre, l'alinéa 49(1)d) des *Règles de la Cour canadienne de l'impôt (procédure générale)*[19] requiert que toute réponse indique « les conclusions ou les hypothèses de faits sur lesquelles le ministre s'est fondé en établissant sa cotisation ». Cette règle fait référence à la détermination de l'impôt payable d'un contribuable.

La Cour d'appel fédérale viendra sûrement clarifier ce nouveau problème concernant le fardeau de la preuve dans les causes de droit fiscal, c'est donc à suivre.

2. L'AFFAIRE *ADDISON & LEYEN LTD.* C. *LA REINE*[20]

L'article 160 L.I.R. concerne le recouvrement de l'impôt. Il empêche les débiteurs fiscaux de transférer leurs éléments d'actif afin de ne pas payer leur dette fiscale.

Cette nouvelle décision de la Cour d'appel fédérale sur ce sujet fait maintenant en sorte qu'un contribuable qui est cotisé en vertu de cet article peut interjeter appel en Cour canadienne de l'impôt et en Cour fédérale.

2.1. LES FAITS

En septembre 1989, Addison et Leyen Ltd., William Roach et Janet Dietrich (ci-après « appelants ») ont vendu toutes leurs actions de York Beverages (1968) Ltd. (ci-après « York ») à une tierce partie. En décembre

---

[19] DORS/90-688 et mod.

[20] [2006] C.A.F. 107, jugement porté en appel devant la Cour suprême du Canada (ci-après « *Addison* »).

1992, le Ministre a émis une nouvelle cotisation à York pour son année d'imposition 1989. York a déposé un avis d'opposition à cette cotisation en 1993. Cette opposition est toujours pendante et York n'a pas déposé d'avis d'appel en Cour canadienne de l'impôt comme il aurait pu le faire 90 jours après avoir déposé son avis d'opposition.

En février 2001, le Ministre a cotisé les appelants en vertu de l'article 160 L.I.R. On a émis 21 cotisations. Chaque cotisation est fondée sur des paiements faits aux appelants par York en 1989. Ceux-ci sont donc solidairement responsables du paiement de l'impôt dû par York, jusqu'à concurrence du montant reçu par chacun. Les appelants ont déposé des avis d'opposition en 2003. Ils sont toujours devant le Ministre. De même, les appelants n'ont pas déposé d'avis d'appel en Cour canadienne de l'impôt.

Les appelants ont déposé une demande de contrôle judiciaire en Cour fédérale en février 2005. Ils allèguent que l'établissement des cotisations en vertu de l'article 160 L.I.R. contre eux constitue un exercice inapproprié du pouvoir discrétionnaire du Ministre. Ils demandent une ordonnance déclarant invalides les cotisations ou, à titre subsidiaire, les annulant. Quant à elle, la Couronne a déposé une demande pour que l'avis de demande de contrôle judiciaire des appelants soit radié au motif que la Cour canadienne de l'impôt a la compétence exclusive d'annuler une cotisation.

2.2. LA DÉCISION DE LA COUR FÉDÉRALE[21]

Le juge Kelen de la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire, car la Cour fédérale n'a pas compétence pour accorder le redressement demandé. Il a déterminé que ce n'est pas à la Cour fédérale de se pencher sur le bien-fondé d'une cotisation fiscale.

2.3. LA DÉCISION DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Pour la majorité, la juge Sharlow a annulé l'ordonnance de la Cour fédérale et rejeté la requête de la Couronne en radiation de la demande de contrôle judiciaire. La demande de contrôle judiciaire des appelants est renvoyée à la Cour fédérale pour être entendue au fond.

La juge s'est demandé s'il y a une distinction entre l'établissement de l'obligation fiscale d'un contribuable et l'établissement de son obligation fiscale découlant des faits propres à un autre contribuable. Pour que

[21] *Addison & Leyen Ltd*. c. *La Reine*, [2005] C.F. 411.

l'obligation fiscale d'un débiteur fiscal soit appliquée à un autre, trois conditions doivent être remplies :

1) il faut que les deux contribuables aient un lien de dépendance;

2) il faut que le débiteur fiscal ait transféré un bien à l'autre contribuable en échange d'une contrepartie d'une valeur inférieure à la JVM de ce bien; et

3) il faut que le débiteur fiscal ait une dette fiscale impayée pour l'année dans laquelle le transfert a eu lieu.

Lorsque ces trois conditions sont remplies, le débiteur fiscal et l'autre contribuable sont solidairement responsables de la dette fiscale.

La juge Sharlow est d'opinion que l'article 160 L.I.R. est un moyen de recouvrement draconien, en outre parce que la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne prévoit aucun délai de prescription pour établir une cotisation en vertu de l'article 160 L.I.R. Selon elle, « […] la principale caractéristique de l'article 160 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* est que, dans toute situation où l'article 160 peut s'appliquer, le Ministre a le pouvoir discrétionnaire de l'appliquer ou non »[22].

La compétence de la Cour fédérale en matière de contrôle judiciaire est restreinte par l'article 18.5 de la *Loi sur les Cours fédérales*[23] :

> « 18.5 Par dérogation aux articles 18 et 18.1, lorsqu'une loi fédérale prévoit expressément qu'il peut être interjeté appel, devant la Cour fédérale, la Cour suprême du Canada, la Cour d'appel de la cour martiale, la Cour canadienne de l'impôt, le gouverneur en conseil ou le Conseil du Trésor, d'une décision ou d'une ordonnance d'un office fédéral, rendue à tout stade des procédures, cette décision ou cette ordonnance ne peut, dans la mesure où elle est susceptible d'un tel appel, faire l'objet de contrôle, de restriction, de prohibition, d'évocation, d'annulation ni d'aucune autre intervention, sauf en conformité avec cette loi. »

Cependant, la juge arrive à la conclusion suivante :

> « […] l'article 18.5 ne m'apparaît pas suffisamment explicite en ce qui a trait aux cotisations fondées sur l'article 160 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*,

---

22 *Id.*, par. 66.

23 L.R.C. (1985), c. F-7 et mod. (ci-après « L.C.F. »).

> compte tenu de l'étendue du pouvoir discrétionnaire qu'a le ministre de recourir à l'article 160, du fait que l'article 160 est essentiellement un outil de recouvrement et non de cotisation (même s'il établit un mécanisme de cotisation), et compte tenu du pouvoir limité qu'a la Cour de l'impôt de superviser les actes des fonctionnaires du fisc dans le cadre d'un appel d'une cotisation fondée sur l'article 160. J'interprète l'article 18.5 de la *Loi sur les Cours fédérales* comme n'empêchant pas la Cour fédérale de se saisir d'une demande de contrôle judiciaire à l'encontre de l'exercice, par le ministre, de son pouvoir discrétionnaire d'établir une cotisation en vertu de l'article 160[24]. »

De plus, elle conclut que la Cour fédérale a le pouvoir d'annuler une cotisation fiscale, mais elle restreint la portée de sa décision en déclarant que l'annulation d'une cotisation est une réparation extrême et ne peut être accordée à la légère.

Le juge Rothstein, dissident, aurait rejeté l'appel. Il rejette l'idée que la Cour fédérale peut être saisie d'un contrôle judiciaire d'une cotisation en vertu de l'article 160 L.I.R., même si le Ministre a pris un certain temps pour émettre la cotisation.

Le paragraphe 160(2) L.I.R. établit que «[l]e ministre peut, en tout temps, établir une cotisation à l'égard d'un contribuable pour toute somme payable en vertu du présent article ». Selon le juge Rothstein,

> « […] les mots "en tout temps" signifient ce qu'ils disent : que le ministre peut établir une cotisation en tout temps et que, par conséquent, le moment où la cotisation est établie ne peut pas faire l'objet d'un contrôle judiciaire.
>
> […] L'effet de la décision rendue par les juges majoritaires est d'incorporer dans le paragraphe 160(2) une condition, à savoir que le ministre peut établir une cotisation en tout temps sauf si, par exemple, son retard est trop important, si le contribuable a fait preuve de diligence raisonnable, ou encore si le retard lui a causé un préjudice. La *Loi de l'impôt sur le revenu* contient, lorsque le législateur estime qu'ils sont appropriés, des délais de prescription et des moyens de défense fondés sur la diligence raisonnable ou autres. Il ne l'a pas fait au paragraphe 160(2). La Cour doit prendre le texte législatif en l'état. Il ne lui est pas permis d'incorporer dans une disposition législative une condition imposant une restriction à ce que le législateur a expressément édicté dans les mots qu'il a employés.
>
> […] Comme le paragraphe 160(1) s'applique dans des circonstances précises et limitées, l'intention du législateur n'est pas obscure. Le législateur voulait que le ministre puisse recouvrer les montants transférés dans ces circonstances

---

[24] *Addison*, précité, note 20, par. 71.

> limitées afin de régler l'obligation fiscale du premier contribuable, auteur du transfert.
>
> […] La portée excessive de l'article 160 est une question qui relève du législateur, ou peut-être, dans la mesure où il existe, du pouvoir discrétionnaire du ministre en ce qui a trait aux intérêts et à la pénalité. Ce n'est pas une question qui relève des tribunaux, et plus particulièrement, d'un contrôle judiciaire de la part de la Cour fédérale[25]. »

Le juge Rothstein en vient à la conclusion qu'en vertu de l'article 18.5 L.C.F., la Cour fédérale ne peut être saisie d'un contrôle judiciaire lorsqu'un contribuable peut interjeter appel devant un autre tribunal. Dans le cas présent, les appelants ont un recours en Cour canadienne de l'impôt pour contester la cotisation de York et leurs propres cotisations.

2.4. COMMENTAIRES

Cette décision ouvre la porte à la Cour fédérale pour entendre des causes relatives à des cotisations d'impôt, compétence qu'elle avait perdue en 1991.

Dans la cause *Webster* c. *Canada*[26], la Cour d'appel fédérale a décidé que les articles de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et de la *Loi sur les Cours fédérales* empêchaient le contrôle judiciaire de cotisations par la Cour fédérale. La juge Sharlow a conclu de cette manière :

> « Selon le paragraphe 169(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu, la décision d'un préposé aux appels, prise en application du paragraphe 165(3) de cette même Loi, de confirmer une cotisation peut être l'objet d'un appel devant la Cour canadienne de l'impôt. Par conséquent, selon l'article 18.5 de la Loi sur la Cour fédérale, la décision en question ne peut être l'objet d'une demande de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale. […]
>
> […] Cependant, le législateur s'est exprimé sur cette matière. Quels que soient les vices ayant pu entacher la procédure d'opposition dans le cas de M. Webster, la décision qui a résulté de cette procédure ne peut être contestée que d'une seule manière, par un appel devant la Cour de l'impôt.
>
> […] Si les cotisations sont invalides en droit, il n'importera pas de savoir si la procédure d'opposition était viciée. Si elles sont valides, elles subsisteront quand bien même la procédure d'opposition serait viciée[27]. »

---

25 *Id.*, par. 87, 88, 92 et 102.

26 [2003] C.A.F. 388 (ci-après « *Webster* »).

27 *Id.*, par. 19, 20 et 21.

La présente décision semble aller à l'encontre de l'affaire *Webster*. L'article 18.5 L.C.F. ne peut être lu différemment selon le type de cotisation. Lorsqu'une cotisation est émise en vertu de l'article 160 L.I.R., la Cour canadienne de l'impôt a toujours la compétence exclusive pour entendre l'appel de cette cotisation en vertu du paragraphe 12(1) de la *Loi sur la Cour canadienne de l'impôt*[28]. Le paragraphe 152(8) L.I.R. énonce qu'une cotisation est réputée être valide malgré des erreurs ou vice de forme. De plus, l'article 166 L.I.R. prévoit qu'une cotisation ne peut être annulée ou modifiée à cause du comportement d'un employé de l'Agence du revenu du Canada. C'est le paragraphe 171(1) L.I.R. qui prévoit que la Cour canadienne de l'impôt peut annuler une cotisation. *A contrario*, l'article 18.5 L.C.F. prévoit qu'une cotisation ne peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire en Cour fédérale, car la *Loi de l'impôt sur le revenu* a défini clairement les paramètres d'un appel d'une cotisation, que cette cotisation soit en vertu des articles 152 ou 160 L.I.R.

Cette décision pourrait avoir une incidence sur toute cotisation qui peut être faite par le Ministre « en tout temps ». On retrouve les mots « en tout temps » ailleurs dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Ces mots se retrouvent aussi dans d'autres lois fiscales, comme la *Loi sur la taxe d'accise*[29] et la *Loi sur les douanes*[30]. On pourra donc se retrouver avec deux contestations judiciaires pour la même cotisation : l'une par le biais d'une demande de contrôle judiciaire en Cour fédérale, et l'autre par le biais d'un appel à la Cour canadienne de l'impôt.

La Couronne a déposé une demande de permission d'en appeler en Cour suprême du Canada, demande qui vient d'être accueillie. C'est donc à suivre.

---

[28] L.R.C. (1985), c. T-2 et mod.

[29] L.R.C. (1985), c. E-15 et mod.

[30] L.R. (1985), 2e supp., c. 1.

PARTIE E

Jocelyne Mailloux-Martin, avocate
Ministère de la Justice du Québec

1. L'AFFAIRE *PRODUITS FRACO LTÉE* C. *SMRQ*[1]

1.1. LES FAITS

Il s'agit d'une décision de la Cour du Québec, rendue le 5 mai 2006, laquelle porte sur la question de déterminer si le montant d'un prêt de 4,7 M$ obtenu en vertu du programme des immigrants-investisseurs devait être inclus dans le calcul du capital versé de la société pour les exercices financiers terminés les 30 septembre 2001 et 2002.

Les faits n'étaient pas contestés et ils se résument ainsi. La société exploitait une entreprise spécialisée dans la fabrication, la vente et la location de plates-formes hydrauliques élévatrices.

Le 27 juin 2001, la société obtenait un prêt de 4,7 M$ auprès de 13 personnes non résidentes en vertu du programme des immigrants-investisseurs. Ce prêt était d'une durée de cinq ans et portait un intérêt au taux moyen de 0,673562 % par année.

En contrepartie du prêt, la société a émis 13 billets en faveur de ces personnes, dont le capital et les intérêts accumulés étaient payables 5 ans plus tard, soit juin 2006.

Le montant à payer à l'échéance se chiffrait à 4 860 708 $.

Le 27 juin 2001, la société effectuait un dépôt auprès de Deutsche Bank Canada d'une somme de 3 646 806 $ pour une période de 5 ans aux fins d'obtenir l'émission de 13 billets payables dans 5 ans pour un total de 4 860 708 $, ces billets étant émis à escompte au taux de 5,83 % par an, calculé semestriellement.

Le 27 juin 2001, la société a acquis 13 unités de la Fiducie CE en contrepartie du transfert des 13 billets bancaires en faveur de cette fiducie. Les unités de la Fiducie CE sont rachetables en juin 2006 au montant de 4 860 708 $.

---

[1] C.Q. Montréal, n° 500-80-003466-043, 5 mai 2006, j. Marengo, jugement non rapporté (ci-après « *Produits Fraco* »).

Le 27 juin 2001, la Fiducie Renaissance a consenti un prêt à chacune des 13 personnes et s'est fait céder par elles les 13 billets investisseurs.

Le 27 juin 2001, la société a consenti en faveur de la Fiducie Renaissance une hypothèque de premier rang sur les 13 unités de la Fiducie CE afin de garantir le remboursement de chacun des prêts consentis par la Fiducie Renaissance à chacune des personnes et le remboursement des billets hypothéqués.

De plus, une hypothèque de deuxième rang a été consentie en faveur de chaque personne sur les unités de la Fiducie CE.

Aux termes de la convention de prêt, la Fiducie CE procédera, le 27 juin 2006, au rachat des 13 unités de placement détenues par la société, en contrepartie de la somme de 4 860 708 $, laquelle somme sera versée à la Fiducie Renaissance pour annuler les 13 billets totalisant le même montant, ce qui aura pour effet d'opérer compensation entre les unités de placement de la Fiducie CE et les billets.

La convention de prêt prévoyait, en outre, que les investisseurs n'auraient pas d'autres recours que leur droit de bénéficiaire dans la Fiducie Renaissance si la société et les fiduciaires de la Fiducie Renaissance respectaient leurs engagements stipulés à la convention. Les investisseurs ont accepté d'être payés à même le produit du rachat des unités de placement de la Fiducie CE, peu importe que le produit soit suffisant pour rembourser le prêt ou non.

Enfin, le montant du prêt contracté n'a pas été inscrit au bilan de la société, car elle a considéré qu'il y avait compensation entre un passif, soit les billets, et un actif correspondant, soit les unités de la Fiducie CE.

En date du 23 septembre 2003, le sous-ministre du Revenu établissait à l'égard de la société deux cotisations ayant pour effet d'inclure dans le calcul du capital versé les sommes de 4 488 322 $ et de 6 201 262 $ relativement aux années d'imposition se terminant le 30 septembre 2001 et le 30 septembre 2002 respectivement.

En établissant les avis de cotisation en litige, le sous-ministre s'est fondé sur l'article 1136 de la *Loi sur les impôts*[2].

L'article 1131 L.I. énonce ceci :

---

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

> « Toute société ayant un établissement au Québec à un moment quelconque d'une année d'imposition doit payer, pour cette année, une taxe sur son capital versé montré à ses états financiers pour l'année ou, dans le cas d'une banque étrangère autorisée, sur son capital versé pour l'année. »

L'article 1130 L.I. définit « états financiers » comme suit :

> « Les états financiers soumis aux actionnaires d'une société ou aux membres d'une société de personnes ou d'une entreprise conjointe, selon le cas, et préparés conformément aux principes comptables généralement reconnus ou, lorsque de tels états financiers soit n'ont pas été préparés, soit n'ont pas été préparés conformément aux principes comptables généralement reconnus, de tels états financiers s'ils avaient été préparés conformément aux principes comptables généralement reconnus. »

Aux notes des états financiers, il est précisé que la valeur actualisée des unités de placement de la Fiducie CE et des billets à payer aux investisseurs ont fait l'objet d'une compensation au bilan de la société.

1.2. LA QUESTION EN LITIGE

Le tribunal devait déterminer si les prêts totalisant la somme de 4,7 M$ contractés auprès des personnes investisseurs devaient être inclus dans le calcul du capital versé de la société aux fins du calcul de la taxe sur le capital.

1.3. LA DÉCISION

Dans un jugement rendu verbalement séance tenante, le tribunal a considéré que les états financiers de la société avaient été préparés et vérifiés comme étant conformes aux principes comptables généralement reconnus en raison du témoignage des experts comptables entendus lors de l'audition.

Le juge a considéré que la société avait un droit juridiquement exécutoire d'opérer compensation entre les unités de la Fiducie CE et les billets investisseurs, et ce, selon le *Manuel de l'ICCA*[3].

Ces paragraphes sont rédigés ainsi :

> « 34. Un actif financier et un passif financier doivent faire l'objet d'une compensation, et le solde net après compensation doit être présenté dans le bilan, lorsque les conditions suivantes sont réunies :

---

[3] INSTITUT CANADIEN DES COMPTABLES AGRÉÉS, *Manuel de l'ICCA*, vol. I, Toronto, ICCA, par. 3880.34 et 3880.37.

a) l'entité jouit d'un droit juridiquement exécutoire d'opérer compensation entre les montants constatés;

b) l'entité a l'intention soit de procéder au règlement sur la base du solde net après compensation, soit de réaliser l'actif et de régler le passif simultanément. »

et,

« 37. Un droit de compensation est un droit juridiquement reconnu, établi par contrat ou autrement, en vertu duquel un débiteur peut régler ou autrement éteindre en totalité ou en partie un montant qu'il doit à un créancier en portant en déduction de ce montant un montant qui lui est dû par le créancier. Dans des cas exceptionnels, un débiteur peut avoir un droit juridiquement reconnu de déduire un montant qui lui est dû par un tiers du montant qu'il doit à un créancier, pourvu que les trois parties concernées se soient entendues pour établir clairement que le débiteur a le droit d'opérer compensation. Étant donné que le droit de compensation est un droit juridiquement reconnu, ses conditions d'exercice peuvent varier d'un espace juridique à l'autre. Il faut donc prendre soin de déterminer quelles règles de droit régissent les relations entre les parties en cause. »

En outre, le tribunal a considéré que les états financiers préparés et vérifiés reflétaient la réalité financière de la société puisque, dans les faits, celle-ci n'avait bénéficié que d'une « infime » partie du prêt, en l'instance, seulement 232 000 $.

Le tribunal a également jugé que l'attitude du Ministère et sa position de ne pas considérer la compensation comptable en l'instance était déraisonnable puisque la société ne devait pas être taxée sur des « actifs que l'entreprise n'utilise pas et dont elle n'a pas et n'a jamais eu le contrôle. »

1.4. COMMENTAIRES

La décision a fait l'objet d'un pourvoi à la Cour d'appel du Québec[4].

Dans son mémoire d'appel, le sous-ministre du Revenu soutient, notamment, que les paragraphes 34 et 37 du chapitre 3880 du *Manuel de l'ICCA* ne s'appliquaient pas en l'instance puisque ces paragraphes font référence à la compensation légale et que la preuve avait clairement démontré que les articles 1672 et suivants du *Code civil du Québec*[5]

---

4 C.A. Montréal, n° 500-09-016736-068, 25 mai 2006.

5 L.Q. 1991, c. 64.

n'avaient pas été respectés. La société ne pouvait donc opérer compensation entre le passif (les billets) et l'actif (les unités de Fiducie CE).

La position prise par le juge de première instance dans l'affaire *Produits Fraco* diffère de celle prise dans l'affaire *Ani-Mat inc*. c. *MRQ*[6], décision rendue en juillet 2005 par la Cour du Québec, portant sur le même litige dans le cadre du programme des immigrants-investisseurs.

Dans cette affaire, le juge Théroux conclut que la situation juridique d'Ani-Mat ne pouvait donner ouverture à l'exercice d'un droit de compensation et que la société ne pouvait « s'autoriser des règles comptables généralement reconnues pour présenter à son bilan un solde net après compensation d'un actif financier et d'un passif financier » puisque ladite société ne jouissait pas d'un droit juridiquement exécutoire d'opérer compensation. En conséquence, dans cette affaire, le juge a rejeté l'appel et maintenu la cotisation aux fins d'inclure dans le capital versé d'Ani-Mat le montant reçu à titre de placement.

2. LES ARRÊTS *DESJARDINS SÉCURITÉ FINANCIÈRE COMPAGNIE D'ASSURANCE-VIE* C. *SMRQ*[7] ET *FIDUCIE DESJARDINS INC.* C. *SMRQ*[8]

2.1. LES FAITS

Fiducie Desjardins inc. (ci-après « appelante »), se portait en appel d'une décision rendue le 18 février 2005 par la Cour du Québec dont les faits étaient similaires à ceux impliquant le dossier de l'arrêt *Desjardins Sécurité financière*, les dossiers en question avaient été réunis pour preuve commune[9], la seule différence étant les dates propres à chaque dossier.

La société avait produit sa déclaration fiscale de 1990 dans les délais prescrits. Un avis de cotisation fut émis à son égard le 7 novembre 1991.

---

6 C.Q. Sherbrooke, n^{o} 450-80-000177-039, 5 juillet 2005, j. Théroux; [2005] R.D.F.Q. 227 (C.Q.).

7 C.A. Québec, n° 200-09-005151-052, 15 mai 2006, jj. Robert, Chamberland, Dutil, D.F.Q.E. 2006F-31 (ci-après « *Desjardins Sécurité financière* »).

8 C.A. Québec, n° 200-09-005150-054, 15 mai 2006, jj. Robert, Chamberland, Dutil, D.F.Q.E. 2006F-31.

9 C.Q. Québec, n^{os} 200-02-032526-032 et 200-02-029081-025, 18 février 2005, [2004] R.D.F.Q. 101.

Le 31 août 1994, la société transmet au sous-ministre du Revenu du Québec une déclaration fiscale amendée relativement à cette même année et dans laquelle elle réclame un crédit d'impôt remboursable pour la recherche scientifique et le développement expérimental (ci-après « RS & DE »).

En date du 23 janvier 1995, un avis de nouvelle cotisation est émis, par le biais duquel le crédit d'impôt est accordé.

Le 27 février 1999, un avis de nouvelle cotisation est émis, à la suite des informations provenant de l'Agence du revenu du Canada (Revenu Canada à l'époque) aux fins d'annuler le crédit précédemment accordé.

L'appelante étant une société, le Ministère disposait, en vertu du sous-paragraphe 1010 2)a.0.1) L.I., d'un délai de quatre années pour déterminer de nouveau l'impôt et pour émettre une nouvelle cotisation.

L'appelante alléguait, en première instance et devant la Cour d'appel, que le délai de quatre années commençait à courir à compter de la première cotisation, soit celle du 7 novembre 1991 et que l'avis de nouvelle cotisation du 22 février 1999 était nul puisque le délai permettant au Ministre de cotiser de nouveau était expiré, et ce, même si initialement la déclaration fiscale de 1990 ne contenait aucune demande de crédit.

Les dispositions pertinentes de la *Loi sur les impôts* se lisaient comme suit pour l'année d'imposition 1990 :

> « **1005.** Le ministre doit, avec diligence, examiner la déclaration fiscale d'un contribuable qui lui est transmise pour une année d'imposition et déterminer son impôt à payer pour l'année, l'intérêt et les pénalités exigibles, le cas échéant, ainsi que tout montant réputé avoir été payé en vertu de l'article 776.5.1 ou des sections II à III du chapitre III.1 du titre III en acompte sur son impôt à payer pour l'année en vertu de la présente partie.
>
> […]
>
> **1007.** Le paragraphe f de l'article 312, le sous-paragraphe e du paragraphe 1 de l'article 336 et les articles 1000 à 1079, dans la mesure où ils visent une cotisation ou une nouvelle cotisation et une détermination d'impôt ou une nouvelle détermination d'impôt, s'appliquent mutatis mutandis à une détermination ou à une nouvelle détermination d'un montant en vertu des articles 1000 à 1065.
>
> **1008.** Après examen d'une déclaration fiscale, le ministre transmet un avis de cotisation à la personne qui a produit cette déclaration.

[…]

1010. […]

2. Le ministre peut aussi déterminer de nouveau l'impôt, les intérêts et les pénalités en vertu de la présente partie et faire une nouvelle cotisation ou établir une cotisation supplémentaire, selon le cas :

a) dans les trois ans qui suivent le plus tardif soit du jour du dépôt à la poste d'un avis de première cotisation ou d'une notification portant qu'aucun impôt n'est à payer pour une année d'imposition

a.0.1) dans les quatre ans qui suivent le jour visé au sous-paragraphe a si, à la fin de l'année d'imposition concernée, le contribuable est une fiducie de fonds mutuels ou une corporation autre qu'une corporation privée dont le contrôle est canadien[10]; […]. »

Le Ministère soutenait que le délai de quatre ans ne commençait à courir qu'à la date du dépôt à la poste des premiers avis de détermination de ces crédits après la réception des demandes de crédit par le biais de déclarations fiscales amendées et, donc, que les avis de nouvelles cotisations annulant le crédit d'impôt étaient valides.

Le juge de première instance a conclu en faveur du Ministère.

Notamment, le juge souligne que le Ministère ne pouvait déterminer des crédits dont les montants sont réputés payés si le contribuable ne les a pas réclamés initialement.

Or, après la demande de crédit produite au Ministère avec la déclaration fiscale amendée, le Ministère pouvait procéder à une nouvelle détermination des crédits remboursables pour la RS & DE par l'application conjointe des articles 1005 et 1007 L.I.

2.2. LA DÉCISION DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Dans un jugement unanime, la Cour d'appel du Québec a confirmé le jugement de première instance.

---

[10] En vertu de certaines modifications rétroactives : *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1991, c. 8, a. 71; L.Q. 1992, c. 57, a. 158.

Elle conclut qu'il serait « incorrect de considérer qu'un avis de cotisation silencieux sur un crédit d'impôt remboursable faute de réclamation à ce sujet constitue une première cotisation sur ce crédit ». Selon la Cour d'appel, les articles de la *Loi sur les impôts* ne distinguent pas entre la déclaration de revenus initiale et la déclaration fiscale amendée, et il n'y a pas de raison logique de considérer différemment l'avis de cotisation faisant suite à une déclaration initiale et celui faisant suite à une déclaration amendée puisque l'une et l'autre déclaration déterminent une première cotisation après une réclamation faite par un contribuable.

2.3. COMMENTAIRES

La *Loi sur les impôts* contient plusieurs dispositions législatives permettant au Ministre de cotiser de nouveau après le délai habituel en matière fiscale, non seulement au motif de fraude ou d'omission volontaire de la part d'un contribuable.

À titre d'illustration, l'article 1010.0.2 L.I. permet au ministre du Revenu du Québec de déterminer de nouveau l'impôt, les intérêts et les pénalités dans l'année qui suit la date d'une cotisation ou d'une nouvelle cotisation établie en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[11] aux seules fins de tenir compte des éléments pouvant être considérés comme se rapportant à cette cotisation ou nouvelle cotisation. Cet article a été introduit par le Projet de loi 165[12] et s'applique depuis le 1er janvier 1988.

Il en est de même en ce qui concerne un contribuable ayant fait l'objet d'une cotisation établie par une autre province en vertu de l'article 1010.0.3 L.I., où le Ministère dispose d'un délai d'un an pour cotiser de nouveau même si la prescription est acquise. Cet article a été ajouté en 1999 et vise une cotisation établie par une province après le 18 décembre 1997.

Le Ministre peut, en vertu de l'article 1010.0.1 L.I., cotiser de nouveau hors du délai de l'article 1010 L.I. un contribuable pour une année subséquente, soit dans l'année où une décision sur opposition a été rendue, à la suite d'un jugement d'un appel de cotisation ou d'un appel sommaire.

---

11 L.R.C. (1985), 5e supp., c. 1 et mod.

12 *Loi modifiant la* Loi sur les impôts*, la* Loi sur le ministère du Revenu*, la* Loi facilitant le paiement des pensions alimentaires *et la* Loi sur le régime de rentes du Québec, L.Q., 1997, c. 86.

De plus, lorsque le contribuable adresse au Ministre une demande de report de pertes, l'article 1006 L.I. prévoit clairement l'obligation du Ministre d'y donner suite.

LA RENTE ASSURÉE CORPORATIVE AVEC PRÊT ADOSSÉ

Guy Duhaime
AVC, Pl. Fin.
Groupe financier Multi Courtage inc.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 24:3

1. LE PRINCIPE EN BREF 24:3

2. COMPOSANTES DE LA RENTE ADOSSÉE CORPORATIVE AVEC FINANCEMENT 24:4

2.1. LA RENTE 24:4
2.2. RENTE PRESCRITE OU PAS? 24:4
2.3. IMPOSITION DÉCROISSANTE 24:5

3. L'ASSURANCE SUR LA VIE 24:5

3.1. DÉDUCTIBILITÉ DES PRIMES 24:6

4. LA CORPORATION 24:6

5. LE FINANCEMENT 24:7

5.1. DÉDUCTIBILITÉ DES INTÉRÊTS 24:7
5.2. GARANTIE DE PRÊT 24:8

6. SCÉNARISATION 24:8

7. RENDEMENT DU VIVANT 24:8

8. QU'ARRIVE-T-IL AU DÉCÈS? 24:8

8.1. EN CE QUI CONCERNE LA RENTE 24:9
8.2. EN CE QUI CONCERNE L'ASSURANCE 24:9

9. PRINCIPALES MISES EN GARDE 24:9

9.1. ASSUREURS DIFFÉRENTS 24:9
9.2. FAIRE LES CHOSES DANS LE BON ORDRE 24:10
9.3. VÉRIFIER L'ASSURABILITÉ 24:10
9.4. MODIFICATION DES TAUX D'EMPRUNT 24:10
9.5. SOUSCRIPTION DE LA RENTE 24:11

10. STRUCTURES 24:11

10.1. EXEMPLE 1 ..... 24:11
10.2. EXEMPLE 2 ..... 24:11
10.3. EXEMPLE 3 ..... 24:11

11. RÈGLE ANTIÉVITEMENT 24:12

CONCLUSION 24:13

ANNEXE 1 ..... 24:14

ANNEXE 2 ..... 24:20

INTRODUCTION

Nous traiterons dans le présent texte d'une planification complexe qui est mise en pratique depuis plusieurs années. Toutefois, malgré les effets très positifs que cela peut avoir sur une planification financière et successorale, la complexité du montage financier et d'autres particularités empêchent certains clients de s'en prévaloir.

Nous dirons dès le départ que nous n'avons pas la prétention d'avoir décrit dans le détail tous les aspects légaux, fiscaux et humains gravitant autour de cet arrangement. En complément, nous vous référons à l'excellent texte de M[e] Hélène Marquis[1] qui traite, en long et en large, de la plupart des aspects légaux et juridiques des composantes de ce genre d'arrangement. Nous nous sommes plutôt penchés sur les aspects pratiques et nous verrons, avec l'utilisation de chiffriers et d'exemples, différents scénarios et différentes structures qui peuvent être effectués dans le cadre d'une planification en utilisant ce type d'arrangement.

1. LE PRINCIPE EN BREF

Les termes « rentes », « corporative » et « financement » sont des termes très connus. Le terme « adossée » signifie, ici, que nous adosserons la rente à un contrat d'assurance vie qui garantira que le capital soit préservé au décès du rentier en partie ou en totalité selon les choix qui seront exercés. Nous souscrirons donc une rente viagère non commuable et sans garantie et nous adosserons un contrat d'assurance sur la vie avec un capital décès équivalant à la rente. Nous ferons un emprunt à une « institution financière véritable » telle qu'elle est définie au paragraphe 248(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[2] pour provisionner l'achat de la rente ou pour racheter des placements que nous aurions liquidés pour faire l'achat de la rente. Le tout se fera à l'intérieur d'une société ou d'un groupe de sociétés par actions. Évidemment, nous expliquerons plus en détail dans le présent texte quelques structures financières possibles et comment arriver à un arrangement acceptable pour toutes les parties.

---

1 Hélène MARQUIS et Stéphane VIGNEAULT, « Les rentes assurées individuelles et corporatives », dans *Congrès 2003*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2004, pp. 38:1-58.

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

2. COMPOSANTES DE LA RENTE ADOSSÉE CORPORATIVE AVEC FINANCEMENT

2.1. LA RENTE

Une rente est, en termes simples, l'échange d'un capital monétaire contre un revenu régulier qui est communément appelé un arrérage. Le revenu peut être mensuel, trimestriel, semi-annuel ou annuel. Dans le type d'arrangement que nous étudierons, nous ferons référence habituellement à une rente de type « viagère » et non pas à une rente de type « fixe ». Comme son nom l'indique, les versements de la rente viagère seront versés tout au long de la vie du rentier et cesseront le jour de son décès. Dans l'arrangement d'une rente adossée personnelle ou corporative, on utilisera, dans la presque totalité des cas, un contrat de rente non commuable et sans garantie minimale de durée de versement autre que la vie du rentier. En conséquence, au décès, et ce, peu importe la date du décès, les versements cesseront. L'émetteur de la rente n'a donc aucune autre considération que l'expectative de vie du rentier. Si l'on ajoutait une garantie minimale de versement, l'émetteur devrait réduire les versements selon la durée choisie de la garantie. D'autre part, il est souhaitable de choisir un contrat de rente qu'il est possible de commuer et qui donne le droit au remboursement des sommes versées (avec ou sans intérêt selon l'assureur) entre le moment de l'acquisition du contrat et celui du premier versement d'un arrérage. Cela sera d'autant plus pertinent si l'on optait pour des paiements différés de quelques mois.

2.2. RENTE PRESCRITE OU PAS?

En vertu du sous-paragraphe 304(1)c)(iii) du *Règlement sur le revenu*[3], il est clairement défini qu'une rente prescrite ne pourra être utilisée que par un particulier, une fiducie testamentaire, une fiducie en faveur du conjoint ou de toute autre fiducie répertoriée à l'alinéa 104(4)a) L.I.R. Une société par actions ne sera donc pas admissible à la souscription d'une rente prescrite. Nous devrons alors utiliser une rente non prescrite dans le cadre d'une rente adossée corporative. L'imposition de cette rente sera ainsi assujettie au paragraphe 12.2(1) L.I.R.

En résumé, l'impôt sera calculé en fonction des intérêts accumulés chaque année. Il est à noter, cependant, la particularité selon laquelle on ne fera pas référence à l'année civile pour l'imposition mais bien à l'année

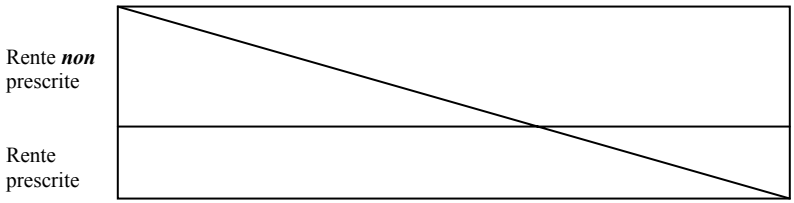
[3] C.R.C., 1978, c. 945 et mod.

contractuelle de la rente pour effectuer le calcul des intérêts accumulés. Le fait qu'un arrérage soit fait ou non n'a, au départ, aucune incidence dans le calcul du revenu accumulé imposable de la rente.

2.3. IMPOSITION DÉCROISSANTE

Comme la détermination des arrérages sera déterminée par différents facteurs tels que l'âge, le sexe, l'espérance de vie, les taux d'intérêt à long terme, etc., il y aura une portion des versements réputée être du capital alors que l'autre portion sera réputée être de l'intérêt accumulé. Assurément, le capital diminuant chaque année, la portion imposable diminuera aussi, ce qui augmentera le rendement non pas du flux monétaire brut (puisque les arrérages demeurent toujours les mêmes) mais plutôt du rendement net après les prélèvements de l'impôt sur le revenu. En fait, nous sommes en présence du même phénomène constaté dans un prêt hypothécaire. Au fil des années, la portion des versements que nous versons et qui est attribuée aux intérêts diminue chaque année.

Imposition



3. L'ASSURANCE SUR LA VIE

Étant donné que la rente s'éteint au décès du rentier, un contrat d'assurance sur la vie devra être souscrit pour « récupérer » le capital « perdu ». Du fait de l'âge souvent avancé de l'assuré et de l'incertitude de la durée de l'arrangement, il faudra souscrire un contrat de type permanent. Dans ce type de contrat, on pourra choisir une assurance temporaire jusqu'à 100 ans ou un contrat d'assurance vie universelle à coût fixe. Bien que l'utilisation d'une assurance temporaire jusqu'à 100 ans était jadis la norme, les nouveaux contrats d'assurance vie universelle sont plus flexibles et pourraient permettre, dans certains cas, de pousser l'exercice de planification encore plus loin. De plus, leur coût est souvent très semblable à celui d'une assurance temporaire jusqu'à 100 ans, surtout si l'arrangement est fait avec des paiements mensuels. En effet, la prime mensuelle d'une assurance vie

universelle est égale à sa prime annuelle divisée par 12 alors que la prime mensuelle d'une assurance temporaire jusqu'à 100 ans est généralement calculée à partir de la prime annuelle qui est multipliée par un facteur de .09, ce qui augmente le coût mensuel réel d'environ 8 %. Si l'on utilise un contrat de vie universelle, on pourrait, si la société a beaucoup d'autres revenus que ceux de la rente, provisionner le contrat en surplus des coûts d'assurance. Cela aurait pour effet de permettre d'élire au décès une somme plus grande au compte de dividendes en capital (ci-après « CDC ») de la société.

3.1. DÉDUCTIBILITÉ DES PRIMES

Les primes d'assurances sont habituellement non déductibles du revenu, que ce soit pour une détention personnelle ou corporative. Toutefois, en vertu de l'alinéa 20(1)e.2) L.I.R., lorsque le contrat d'assurance est souscrit à la suite d'une demande expresse d'un prêteur (voir la définition d'« institution financière véritable » au paragraphe 248(1) L.I.R.) en garantie d'un prêt sur lequel on gagnera des revenus, les primes équivalant au coût net d'assurance pure (ci-après « CNAP ») pourront être déduites, et ce, jusqu'à un maximum égal à la prime réelle versée. Il faut évidemment que le contrat soit cédé en garantie de la créance. La dernière des conditions est que les intérêts ou une partie des intérêts payables sur l'emprunt doivent être déductibles du calcul de l'impôt sur le revenu[4].

4. LA CORPORATION

L'expression « rente adossée corporative » devrait plutôt s'écrire « rente adossée d'une société par actions ». Le terme « corporation » est une appellation erronée qui est une mauvaise traduction de l'anglais. Une société par actions est le terme plus juste et est bien définie dans les différents dictionnaires de la langue française. En fait, l'arrangement peut être structuré de différentes façons mais c'est toujours autour de sociétés par actions qu'il sera mis en place. On utilisera normalement une seule société de gestion mais on pourra aussi utiliser une société opérante et une société de gestion, différentes structures qui seront expliquées ci-après.

---

4 Div. 20(1)e.2)(i)(B) L.I.R.

5. LE FINANCEMENT

Afin de recapitaliser la compagnie à la suite de la souscription de la rente, on effectuera un emprunt équivalant au montant versé pour la rente. On pourra aussi ne refinancer que partiellement la société. En faisant cela, nous réduirons les frais d'intérêts et dégagerons un flux monétaire plus important, ce qui pourrait avoir comme conséquence d'augmenter les sommes disponibles pour le versement d'un dividende. Le prêt doit être octroyé par une « institution financière véritable »[5] pour que la déduction soit accordée.

Question de rentabilité, l'emprunt doit être structuré le plus possible avec un taux garanti pour plusieurs années et il faut prendre en considération l'espérance de vie du rentier. Si cela est impossible et que nous ne pouvons obtenir qu'un prêt à demande avec un taux variable, il faudrait, à tout le moins, avoir une garantie d'augmentation maximale du taux d'intérêt.

Le fait de devoir payer un taux d'intérêt très élevé pourra mettre en danger la rentabilité de l'arrangement et faire perdre des sommes d'argent à la société. Les institutions financières analyserons habituellement ce genre de prêt pour des montants de 1 M$ et plus. Toutefois, certaines d'entre elles pourraient déroger et permettre des sommes un peu moins importantes. Certaines institutions prêteuses se réservent le droit de refuser certains assureurs comme émetteur de la rente ou comme émetteur du contrat d'assurance. Il faudra donc « magasiner » son prêteur avec précaution et s'assurer que les différents joueurs seront acceptés par l'institution prêteuse.

5.1. DÉDUCTIBILITÉ DES INTÉRÊTS

En vertu du sous-alinéa 20(1)c)(iv) L.I.R., les intérêts ne seront déductibles qu'à concurrence des revenus imposables de la rente. Par conséquent, si nous faisons cette transaction de façon « isolée », seule une portion des intérêts serait déductible. On devra donc structurer l'arrangement pour que les revenus de l'entreprise ou les autres revenus de placement gagnés par la société puissent permettre la complète déductibilité des intérêts. Cela rend le concept beaucoup plus intéressant.

---

[5] Voir la définition au paragraphe 248(1) L.I.R.

5.2. GARANTIE DE PRÊT

Pour que l'arrangement puisse permettre la déductibilité des intérêts tels qu'ils sont discutés ci-dessus, le contrat d'assurance et les versements de la rente doivent être cédés à l'institution financière prêteuse. Il est fort possible que l'institution réclame aussi des garanties accessoires telles que des certificats de placement garanti (CPG) ou des portefeuilles de placement non enregistré. Certains prêteurs exigeront une garantie additionnelle de décès de 10 % du montant du prêt. On pourra aussi demander que la clause de suicide soit enlevée ou réduite dans sa durée afin de minimiser les chances de pertes en cas de suicide du rentier. Les institutions prêteuses évalueront chaque dossier à la pièce.

6. SCÉNARISATION

Prenons l'exemple d'un homme de 68 ans et d'une femme de 70 ans. Nous avons utilisé des contrats de rentes dont les versements débutent un mois après la souscription de la rente.

Nous pourrons constater les différents effets qu'auront le tabagisme, les fluctuations de taux d'intérêt, la déductibilité complète ou partielle des intérêts et la déductibilité ou la non-déductibilité des CNAP, etc.

7. RENDEMENT DU VIVANT

Si le CNAP est déductible, si les intérêts sont partiellement ou totalement déductibles et si le taux d'emprunt est relativement peu élevé, l'arrangement dégagera un flux monétaire positif. Nous pouvons remarquer à l'annexe 1 l'évolution du flux monétaire selon différents taux d'emprunt. Néanmoins, il est possible que pendant une période au cours de l'arrangement les taux d'intérêt augmentent ou diminuent selon le type et la durée des garanties de taux qui seront octroyés par l'institution prêteuse. On peut constater qu'avec un taux d'intérêt de 6,5 % on pourra dégager un flux monétaire positif dans le cas des personnes non-fumeur. Cela est encore plus vrai si les augmentations de taux arrivent après quelques années alors que la portion imposable de la rente diminue et que l'arrangement a été constitué de façon que tous les frais d'intérêts et de coûts d'assurance soient déductibles.

8. QU'ARRIVE-T-IL AU DÉCÈS?

Lorsque le décès survient, les versements de la rente cessent immédiatement et le capital décès est versé à la société tel que le contrat d'assurance le prévoit.

8.1. EN CE QUI CONCERNE LA RENTE

Bien que la valeur comptable du vivant du rentier pourrait être évaluée en fonction des arrérages reçus et de la durée de l'espérance de vie du rentier, il nous apparaît assez clairement que la valeur d'une rente non commuable et sans garantie n'a en relation avec un rentier décédé aucune valeur puisqu'elle n'a ni valeur marchande immédiatement avant ou après le moment du décès. En vertu du paragraphe 70(5) L.I.R., le bien disposé le sera donc à une valeur égale à 0; la valeur fiscale et comptable étant nulle. Il y aurait donc une minimisation des gains en capital à cause de la perte de la valeur du placement. Le résultat final sera une économie d'impôt sur la vente des actions de la société, soit 24,1 % de la valeur nominale de la rente.

8.2. EN CE QUI CONCERNE L'ASSURANCE

Comme il a été mentionné au début du présent texte, nous utiliserons le plus souvent, des formules d'assurances à prime fixe de type temporaire 100 ans ou des contrats de vie universelle du même type, généralement, sans provisionnement additionnel. Selon le paragraphe 70(5.3) L.I.R., le bien disposé immédiatement avant le décès le sera à sa valeur marchande, soit, dans ce cas bien précis, à la valeur de rachat du contrat. Encore une fois, aucune valeur de rachat n'étant disponible, le bien sera réputé avoir été disposé à une valeur égale à 0. Quant au capital versé, il sera versé à la société sans imposition et pourra être ensuite crédité au CDC de la société. En fait, c'est le capital décès moins le coût de base rajusté (ci-après « CBR ») qui sera crédité et versé libre d'impôt. Dans le cas où on aurait utilisé la structure avec une assurance conjointe payable au premier décès, cela permettrait au survivant, et ce, sans qu'il n'y ait de disposition des actions de la société, de récupérer des sommes considérables en franchise d'impôt par le versement d'un CDC.

9. PRINCIPALES MISES EN GARDE

9.1. ASSUREURS DIFFÉRENTS

Avant d'explorer les structures possibles de cet arrangement, nous tenons à spécifier qu'il est important de souscrire au contrat de rente et d'assurance sur la vie par l'entremise d'assureurs différents. Dans une interprétation technique[6], l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») indiquait que si les modalités d'un contrat d'assurance et de rente faisaient

[6] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9606425.

en sorte que l'un n'était pas émis sans l'autre, cela contaminait le statut de contrat exonéré de l'assurance et le CBR inclurait aussi le CBR de la rente. En utilisant deux assureurs différents pour parfaire l'arrangement, l'ARC pourra difficilement prétendre à l'existence d'un lien entre les deux contrats. Il y aura eu une réelle sélection du risque pour l'obtention du contrat d'assurance vie.

9.2. FAIRE LES CHOSES DANS LE BON ORDRE

Il faut éviter de faire l'emprunt et d'effectuer l'achat de la rente avec cet argent car la déductibilité des intérêts serait réduite aux seuls revenus imposables procurés par la rente. La rentabilité de l'arrangement en serait alors très affectée (voir annexes). L'emprunt devra plutôt servir à tirer un revenu de l'entreprise ou d'un autre bien ou placement. Ainsi, la totalité des intérêts payés deviendraient déductibles.

9.3. VÉRIFIER L'ASSURABILITÉ

L'assurabilité de l'individu doit être vérifiée et la possibilité de souscrire l'assurance doit être confirmée avant de souscrire la rente. Le processus de souscription d'une rente est une transaction qui ne va que dans un seul sens. Une fois la transaction effectuée, si on ne peut se procurer l'assurance, on perdra la totalité du capital versé au décès de l'assuré.

9.4. MODIFICATION DES TAUX D'EMPRUNT

Il est important de bien faire comprendre au client que les risques afférents à l'augmentation des taux d'intérêt peuvent représenter des dangers bien réels dans le cas d'une rente adossée corporative avec financement. En effet, l'augmentation du taux d'intérêt peut renverser le flux monétaire et rendre la rentabilité du vivant nulle. Toutefois, une baisse de ce même taux améliorera le flux monétaire et le rendement réel. Il est donc préférable d'effectuer différents scénarios démontrant clairement les mouvements de trésorerie selon différentes hypothèses. Si on peut obtenir un taux d'intérêt garanti à long terme, on améliorera la stabilité de l'arrangement. C'est surtout au cours des premières années, alors que la portion imposable des intérêts est plus élevée et que la rentabilité est moindre, qu'il faudra se méfier des variations de taux, la marge de manœuvre étant très mince pendant cette période.

9.5. SOUSCRIPTION DE LA RENTE

Il est à noter que les assureurs n'ont pas un traitement tout à fait identique en ce qui concerne la portion imposable. Selon différents facteurs, principalement la table de mortalité utilisée, la portion imposable des arrérages sera plus ou moins grande. Dans certains cas, une rente qui verse un arrérage un peu moins élevé pourrait s'avérer être le meilleur choix et donner le meilleur rendement net. Il faut porter une réelle attention à cette possibilité.

10. STRUCTURES

10.1. EXEMPLE 1

Une société de gestion fait une analyse de ses besoins d'assurances et souscrit un contrat d'assurance. Elle liquide ensuite une partie de son portefeuille de placement pour acheter une rente viagère, non commuable et sans garantie, d'un montant à peu près égal au montant d'assurance. Cette transaction procurera un important flux monétaire dans la société. Ladite société effectuera par la suite un emprunt du montant équivalent et l'affectera à gagner des revenus de placement imposables. Le prêteur demandera dans ses conditions initiales de prêt qu'un contrat d'assurance soit établi afin de permettre de sécuriser la valeur de l'emprunt.

10.2. EXEMPLE 2

Une filiale (ci-après « Opco ») emprunte une somme à une institution bancaire qu'elle utilisera pour verser un dividende à sa société mère (ci-après « Gesco »). Opco souscrit un contrat d'assurance sur la tête de son actionnaire principal d'un capital décès équivalant au montant du prêt qu'elle cédera en garantie afin d'obtenir la déductibilité du CNAP, et ce, jusqu'au maximum de la prime. Gesco souscrit, grâce au versement du dividende, une rente viagère sur la tête de son actionnaire principal. Finalement, Gesco cède le contrat de rente à l'institution. Gesco verse ensuite à Opco les arrérages de la rente qui seront traités soit comme un prêt, soit comme achat de capital-actions. Cela permettra à la société exploitante de réduire ses revenus en déduisant les intérêts de l'emprunt ainsi que le CNAP du contrat d'assurance.

10.3. EXEMPLE 3

Dans ce dernier exemple, Gesco empruntera à une société liée (Opco) pour acquérir des actions. Elle souscrit ensuite un contrat d'assurance sur la

vie de son actionnaire désigné et cède le contrat en garantie contre le prêt. Opco utilise, à son tour, le capital reçu de Gesco pour souscrire une rente viagère non commuable et sans garantie. Elle utilise les revenus de cette dernière pour verser un dividende en franchise d'impôt à Gesco, qui utilisera cette somme pour acquitter les primes d'assurances et rembourser les intérêts de l'emprunt. Évidemment, les dividendes cumulatifs prévus se doivent d'excéder les intérêts remboursés à l'institution financière pour qu'il y ait une expectative raisonnable de profit pour ainsi profiter de la déductibilité de l'intérêt.

Il y a plusieurs autres possibilités ou structures plus complexes les unes que les autres. Chaque dossier doit être traité selon sa propre spécificité. On pourrait, par exemple, souscrire une assurance ne couvrant pas la totalité de la prime versée pour la rente. Cela aura pour effet d'augmenter le flux monétaire mais aussi de ne pas préserver le capital en entier. De même, on pourrait utiliser une rente et une assurance pour deux personnes. Par exemple, si on veut faire créditer le CDC de la société après le premier décès pour en faire bénéficier le conjoint survivant, cette option pourrait s'avérer ingénieuse. Il serait également possible d'augmenter le flux monétaire en souscrivant une rente et une assurance au deuxième décès.

Les fiscalistes et les planificateurs inventifs pourront adaptés l'arrangement selon les besoins de chaque client.

11. RÈGLE ANTIÉVITEMENT

La règle antiévitement est une règle générale très large. Toutefois, le contribuable a le droit de structurer ses affaires afin d'obtenir la meilleure efficacité fiscale possible. Il faudra, toutefois, démontrer un besoin d'assurance, une rentabilité de l'exercice et donner un certain sens à la structure qui sera proposée lors de l'arrangement. La nature même de la règle générale antiévitement ne permet jamais au contribuable d'être certain à 100 % que les planifications complexes seront acceptées dans leur totalité. Toutefois, lors d'une demande de décision anticipée en 2005[7], l'arrangement proposé pour une rente adossée corporative a donné raison au contribuable et permis la déductibilité partielle des intérêts ainsi que la déductibilité du CNAP.

---

7 AGENCE DE REVENU DU CANADA, interprétation technique 2005-014328.

CONCLUSION

Le client soucieux d'une planification financière efficace devra étudier attentivement les différentes structures envisageables. Il a été impossible pour nous de démontrer tous les types de montages qui peuvent être réalisés ni tous les aspects fiscaux, légaux, comptables ou humains en regard de ce type d'arrangement. Notre but était de faire comprendre les effets potentiels positifs de ce genre de planification tout en mettant le lecteur en garde du fait que l'arrangement doit être effectué selon les règles de l'art et en accord avec les volontés profondes de l'actionnaire qui veut entreprendre ce type de planification. Nous croyons qu'il est fort possible et souhaitable d'inclure ce genre d'arrangement dans la planification d'une société ou d'un groupe de sociétés bénéficiant d'importants revenus et capitaux. Bien entendu et nous le répétons, nous considérons que cela doit faire partie d'une planification globale. Nous croyons sincèrement que ceux qui utiliseraient la totalité de leurs fonds pour effectuer ce genre d'arrangement feraient certainement fausse route. Il est sans aucun doute primordial que tous les conseillers d'un même client travaillent de pair. Une bonne compréhension de tous les intervenants évitera les ambiguïtés et donnera les résultats attendus tant du vivant que lors du décès. Il faut aussi se rappeler que cet arrangement ne peut pas, normalement, être défait. Il est donc important de s'assurer que l'ensemble des éléments négatifs et positifs soient tous bien compris.

ANNEXE 1

MADAME LAFLEUR – RENTE ADOSSÉE CO-FIN

DDN 1 juillet 1936
Fumeur (F) ou non-fumeur (nf) nf
Risque standard
Souscription 27 septembre 2006
1er versement 27 octobre 2006

Paramètres	
Somme disponible:	1 000 000 $
Rente mensuelle :	6 843.99 $
Rente annuelle :	82 127.88 $
Taux d'impôt personnel:	48.22%
Taux impôt sur placement:	52.04%
Impôt Dividende	36.35%

Pourcentage d'emprunt
Déductibilité des intérêts
Déductibilité de l'assurance

Isolé (IS) ou Normal (N):

Âge	Année	Année fiscale	Rente ($)	Portion imposable de la rente ($)	Impôt Rente	Intérêt payable	Intérêt déductible
70	1	2007	82 127.88	13 284.47	6 913.24	60 000.00	60 000.00
71	2	2008	82 127.88	43 749.47	22 767.22	60 000.00	60 000.00
72	3	2009	82 127.88	42 258.42	21 991.28	60 000.00	60 000.00
73	4	2010	82 127.88	40 902.58	21 285.70	60 000.00	60 000.00
74	5	2011	82 127.88	39 574.82	20 594.74	60 000.00	60 000.00
75	6	2012	82 127.88	38 355.95	19 960.44	60 000.00	60 000.00
76	7	2013	82 127.88	36 921.77	19 214.09	60 000.00	60 000.00
77	8	2014	82 127.88	35 588.04	18 520.02	60 000.00	60 000.00
78	9	2015	82 127.88	34 256.19	17 826.92	60 000.00	60 000.00
79	10	2016	82 127.88	33 024.01	17 185.69	60 000.00	60 000.00
80	11	2017	82 127.88	31 620.01	16 455.05	60 000.00	60 000.00
81	12	2018	82 127.88	30 316.57	15 776.74	60 000.00	60 000.00
82	13	2019	82 127.88	29 030.57	15 107.51	60 000.00	60 000.00
83	14	2020	82 127.88	27 846.84	14 491.50	60 000.00	60 000.00
84	15	2021	82 127.88	26 537.42	13 810.07	60 000.00	60 000.00
85	16	2022	82 127.88	25 333.56	13 183.58	60 000.00	60 000.00
86	17	2023	82 127.88	24 168.17	12 577.12	60 000.00	60 000.00
87	18	2024	82 127.88	23 115.70	12 029.41	60 000.00	60 000.00
88	19	2025	82 127.88	21 988.58	11 442.86	60 000.00	60 000.00
89	20	2026	82 127.88	20 978.33	10 917.12	60 000.00	60 000.00
90	21	2027	82 127.88	20 026.93	10 422.01	60 000.00	60 000.00
91	22	2028	82 127.88	19 191.35	9 987.18	60 000.00	60 000.00
92	23	2029	82 127.88	18 306.62	9 526.77	60 000.00	60 000.00
93	24	2030	82 127.88	17 522.07	9 118.49	60 000.00	60 000.00
94	25	2031	82 127.88	16 781.77	8 733.23	60 000.00	60 000.00
95	26	2032	82 127.88	16 126.39	8 392.17	60 000.00	60 000.00

MADAME LAFLEUR – RENTE ADOSSÉE CO-FIN (suite)

	Assurance :	1 000 000 $	Taux d'emprunt année 1 à 5	6.00%	**Assurance :**	1
			Taux d'emprunt année 6 à 10	6.00%		
100.00%	**Prime mens. Ass.**	2 754.74 $	Taux d'emprunt année 11 à 15	6.00%	**Rente:**	1
100.00%	**Prime annuelle:**	33 056.88 $	Taux d'emprunt année 16 à 20	6.00%		
100.00%			Taux d'emprunt année 21 à 25	6.00%		
	Dépôt rente :	997 245.26 $	Taux d'emprunt année 26	6.00%	**Type de rente:**	Non-prescrite
n						

Récupération d'impôt sur prêt	Prime d'assurance ($)	Coût net de l'assurance pure (CNAP)	Coût d'assurance après récupération	Flux monétaire	Rendement Net	Rendement Brut	Rendement Brut annualisé
31 224.00	33 056.88	5 590.00	30 147.84	16 290.80	1.63%	3.40%	3.45%
31 224.00	33 056.88	6 720.00	29 559.79	1 024.86	0.10%	0.21%	0.21%
31 224.00	33 056.88	8 120.00	28 831.23	2 529.37	0.25%	0.53%	0.53%
31 224.00	33 056.88	10 360.00	27 665.54	4 400.64	0.44%	0.92%	0.92%
31 224.00	33 056.88	12 880.00	26 354.13	6 403.02	0.64%	1.34%	1.34%
31 224.00	33 056.88	16 350.00	24 548.34	8 843.10	0.88%	1.84%	1.86%
31 224.00	33 056.88	20 850.00	22 206.54	11 931.25	1.19%	2.49%	2.52%
31 224.00	33 056.88	25 830.00	19 614.95	15 216.92	1.52%	3.17%	3.22%
31 224.00	33 056.88	30 700.00	17 080.60	18 444.36	1.84%	3.85%	3.91%
31 224.00	33 056.88	33 056.88	15 854.08	20 312.11	2.03%	4.24%	4.32%
31 224.00	33 056.88	33 056.88	15 854.08	21 042.75	2.10%	4.39%	4.48%
31 224.00	33 056.88	33 056.88	15 854.08	21 721.06	2.17%	4.53%	4.62%
31 224.00	33 056.88	33 056.88	15 854.08	22 390.29	2.24%	4.67%	4.77%
31 224.00	33 056.88	33 056.88	15 854.08	23 006.30	2.30%	4.80%	4.90%
31 224.00	33 056.88	33 056.88	15 854.08	23 687.73	2.37%	4.94%	5.05%
31 224.00	33 056.88	33 056.88	15 854.08	24 314.22	2.43%	5.07%	5.19%
31 224.00	33 056.88	33 056.88	15 854.08	24 920.68	2.49%	5.20%	5.32%
31 224.00	33 056.88	33 056.88	15 854.08	25 468.39	2.55%	5.31%	5.44%
31 224.00	33 056.88	33 056.88	15 854.08	26 054.94	2.61%	5.43%	5.57%
31 224.00	33 056.88	33 056.88	15 854.08	26 580.68	2.66%	5.54%	5.69%
31 224.00	33 056.88	33 056.88	15 854.08	27 075.79	2.71%	5.65%	5.79%
31 224.00	33 056.88	33 056.88	15 854.08	27 510.62	2.75%	5.74%	5.89%
31 224.00	33 056.88	33 056.88	15 854.08	27 971.04	2.80%	5.83%	5.99%
31 224.00	33 056.88	33 056.88	15 854.08	28 379.32	2.84%	5.92%	6.08%
31 224.00	33 056.88	33 056.88	15 854.08	28 764.57	2.88%	6.00%	6.17%
31 224.00	33 056.88	33 056.88	15 854.08	29 105.63	2.91%	6.07%	6.24%

Monsieur X – Rente adossée corporative

Paramètres:

Âge de Monsieur client:		70	**Préparé par:**
Taux d'imposition marginal du particulier:	48.22%		
		Espérance de vie présumée (âge)	85
Capital engagé:	1 000 000.00 $		
Prime initiale d'assurance (coût mensuel)	2 754.74 $	**Taux du CPG (avant impôt, versé mensuellement):**	3.50 %
Somme disponible - pour souscrire une rente viagère	997 245.26 $		
Rente mensuelle:	6 843.99 $	**Assurance :**	1
Rente annuelle:	82 127.88 $		
Taux d'impôt corporatif sur les revenus de placement:	52.04%	**Rente:**	1
Taux d'impôt du dividende:	36.35%		
Type de rente:	**Non - Prescrite**		9 nov 2006

Rente adossée, revenus capitalisés | **CPG, revenus capitalisés**

Âge	Revenu annuel net	Somme assurée	Si revenus capitalisés	Valeur successorale nette	Année	Âge	Montant en début d'année	Montant en fin d'année	Valeur successorale nette
70	16 290.80 $	1 000 000.00 $	16 564.26 $	##########	1	70	1 000 000.00 $	1 016 786.00 $	647 184.29 $
71	1 024.86 $	1 000 000.00 $	17 884.37 $	##########	2	71	1 016 786.00 $	1 033 853.77 $	658 047.92 $
72	2 529.37 $	1 000 000.00 $	20 756.40 $	##########	3	72	1 033 853.77 $	1 051 208.04 $	669 093.92 $
73	4 400.64 $	1 000 000.00 $	25 579.33 $	##########	4	73	1 051 208.04 $	1 068 853.62 $	680 325.33 $
74	6 403.02 $	1 000 000.00 $	32 519.20 $	##########	5	74	1 068 853.62 $	1 086 795.39 $	691 745.27 $
75	8 843.10 $	1 000 000.00 $	42 056.61 $	##########	6	75	1 086 795.39 $	1 105 038.34 $	703 356.90 $
76	11 931.25 $	1 000 000.00 $	54 894.10 $	##########	7	76	1 105 038.34 $	1 123 587.52 $	715 163.45 $
77	15 216.92 $	1 000 000.00 $	71 287.90 $	##########	8	77	1 123 587.52 $	1 142 448.06 $	727 168.19 $
78	18 444.36 $	1 000 000.00 $	91 238.51 $	##########	9	78	1 142 448.06 $	1 161 625.19 $	739 374.43 $
79	20 312.11 $	1 000 000.00 $	113 423.10 $	##########	10	79	1 161 625.19 $	1 181 124.23 $	751 785.57 $
80	21 042.75 $	1 000 000.00 $	136 722.99 $	##########	11	80	1 181 124.23 $	1 200 950.58 $	764 405.04 $
81	21 721.06 $	1 000 000.00 $	161 103.69 $	##########	12	81	1 200 950.58 $	1 221 109.74 $	777 236.35 $
82	22 390.29 $	1 000 000.00 $	186 574.11 $	##########	13	82	1 221 109.74 $	1 241 607.28 $	790 283.04 $
83	23 006.30 $	1 000 000.00 $	213 098.43 $	##########	14	83	1 241 607.28 $	1 262 448.90 $	803 548.73 $
84	23 687.73 $	1 000 000.00 $	240 760.85 $	##########	15	84	1 262 448.90 $	1 283 640.37 $	817 037.10 $
85	24 314.22 $	1 000 000.00 $	269 524.62 $	##########	16	85	1 283 640.37 $	1 305 187.56 $	830 751.88 $
86	24 920.68 $	1 000 000.00 $	299 387.86 $	##########	17	86	1 305 187.56 $	1 327 096.44 $	844 696.88 $
87	25 468.39 $	1 000 000.00 $	330 309.29 $	##########	18	87	1 327 096.44 $	1 349 373.08 $	858 875.96 $
88	26 054.94 $	1 000 000.00 $	362 346.16 $	##########	19	88	1 349 373.08 $	1 372 023.65 $	873 293.06 $
89	26 580.68 $	1 000 000.00 $	395 455.37 $	##########	20	89	1 372 023.65 $	1 395 054.44 $	887 952.15 $

SFGD
Services Financiers
Guy Duhaime

Comparaison	***Rente adossée***	***CPG***	***Avantage***
Revenu annuel net initial	16 290.80 $	22 481.12 $	**-6 190.33 $**
Revenu net total acumulé jusqu'à l'âge de décès présumé*	344 583.46 $	427 141.34 $	**-82 557.88 $**
Avec capitalisation des revenus	***Rente adossée***	***CPG, revenus capitalisés***	***Avantage***
Valeur successorale nette à un âge de décès présumé*	1 235 500.69 $	887 952.15 $	**347 548.54 $**

Sans capitalisation des revenus	***Rente adossée***	***CPG, revenus non capitalisés***	***Avantage***
Valeur successorale nette à un âge de décès présumé*	1 000 000.00 $	636 500.00 $	**363 500.00 $**

* L'âge de décès présumé utilisé pour fins de calcul est de **77 ans**

Information importante

1. Le traitement fiscal du contrat est en fonction des dispositions de la Loi de l'impôt sur le revenu et ses règlements qui s'appliquaient le 1er janvier 1996, ainsi que des propositions contenues dans le Budget fédéral de 1995 concernant les particuliers. Ces dispositions pouvant être modifiées, le traitement fiscal appliqué dans le projet n'est pas garanti.

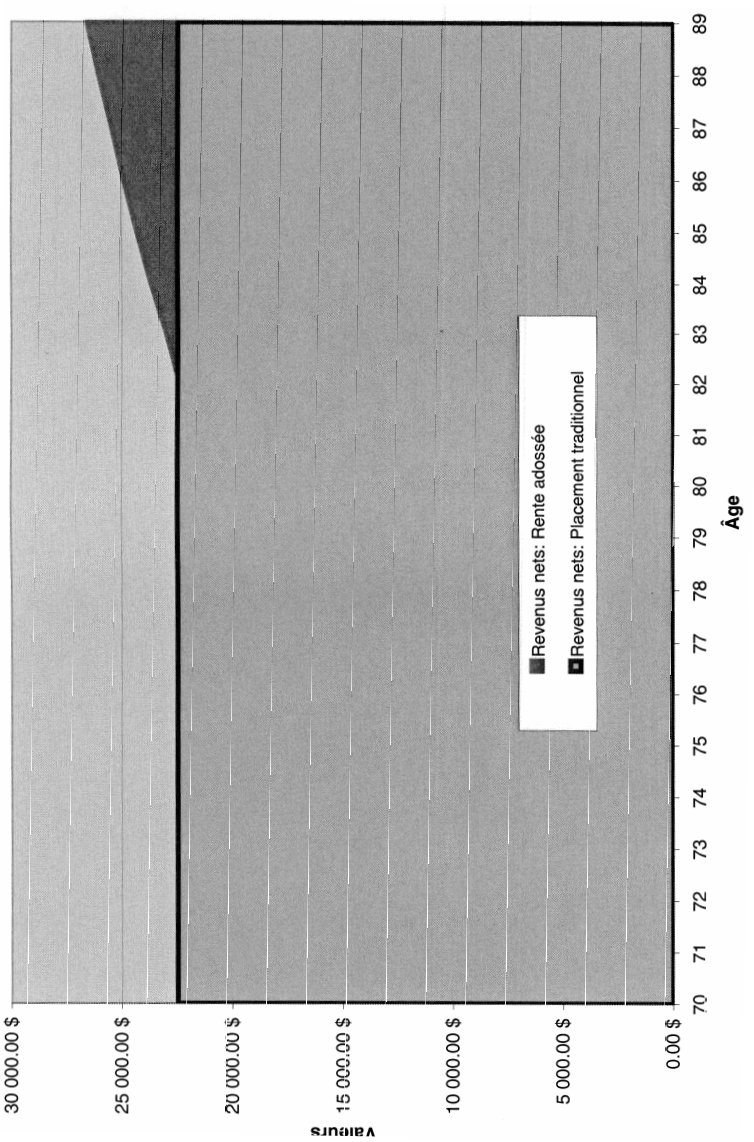
2. Pour créer la stratégie de la rente adossée, nous avons retenu une hypothèse de taux d'intérêt pour le CPG. Ce taux n'est pas garanti; il peut changer à tout moment. Nous pouvons sur demande vous préparer des projets additionnels montrant la sensibilité des valeurs reliée aux changements des taux d'intérêt.

3. Nous avons retenu une hypothèse en ce qui a trait à l'espérance de vie (EV)basée sur la table de mortalité IAM 1981.

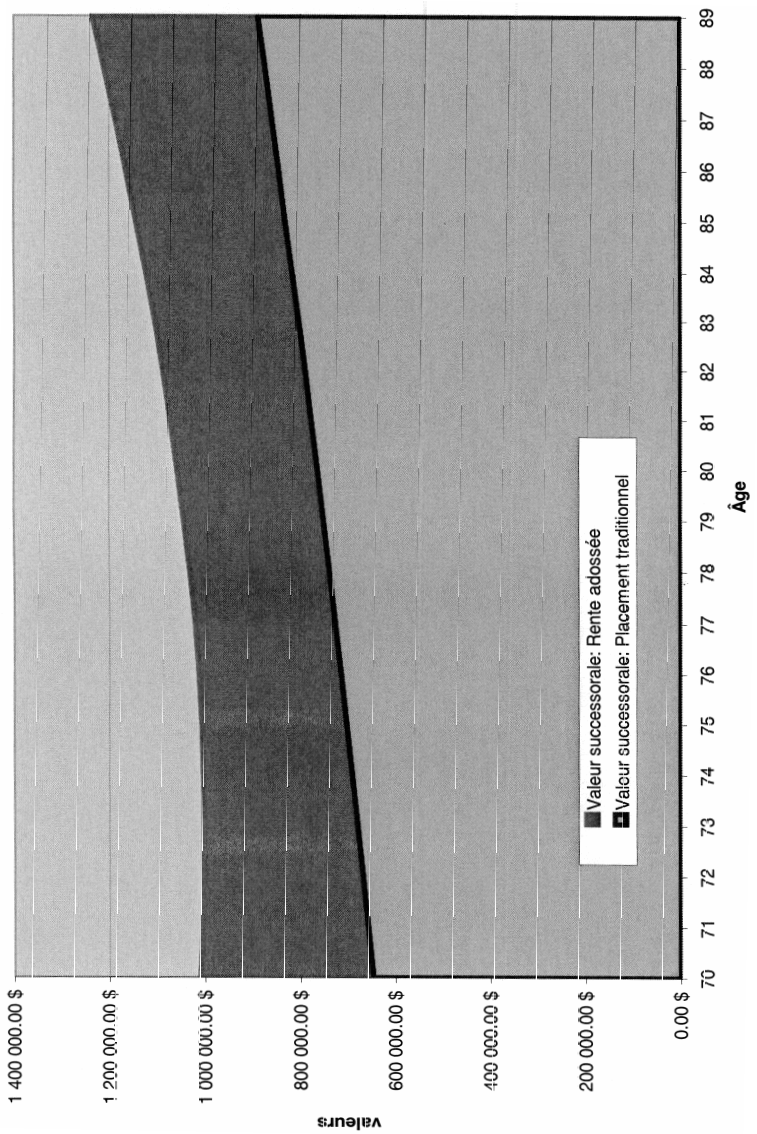
À noter que ce programme demeurera en vigueur si vous vivez au-delà de l'âge présumé de votre espérance de vie.

4. Dans le cas d'une rente non prescrite sans période garantie, le contrat de rente sera résilié et les versements de rente prendront fin immédiatement à la date du décès.

Évolution des revenus annuels nets, quand ceux-ci ne sont pas capitalisés



ÉVOLUTION DE LA VALEUR SUCCESSORALE NETTE (AVEC CAPITALISATION DES REVENUS)



ANNEXE 2

MONSIEUR LAFLEUR – RENTE ADOSSÉE CO-FIN

			Paramètres			
DDN	1 juillet 1938		Somme disponible:	1 000 000 $		
Fumeur (F) ou non-fumeur (nf)	nf		Rente mensuelle :	7 137.94 $	Pourcentage d'emprunt	
	Risque standard		Rente annuelle :	85 655.28 $	Déductibilité des intérêts	
Souscription	27 septembre 2006		Taux d'impôt personnel:	48.22%	Déductibilité de l'assurance	
1er versement	27 octobre 2006		Taux impôt sur placement:	52.04%		
						Isolé (IS) ou Normal (N):
			Impôt Dividende	36.35%		

Âge	Année	Année fiscale	Rente ($)	Portion imposable de la rente ($)	Impôt Rente	Intérêt payable	Intérêt déductible
68	1	2007	85 655.28	12 515.73	6 513.19	48 000.00	48 000.00
69	2	2008	85 655.28	43 129.26	22 444.47	48 000.00	48 000.00
70	3	2009	85 655.28	41 650.65	21 675.00	48 000.00	48 000.00
71	4	2010	85 655.28	40 339.34	20 992.59	48 000.00	48 000.00
72	5	2011	85 655.28	39 088.19	20 341.49	48 000.00	48 000.00
73	6	2012	85 655.28	37 958.95	19 753.84	48 000.00	48 000.00
74	7	2013	85 655.28	36 623.49	19 058.86	48 000.00	48 000.00
75	8	2014	85 655.28	35 392.48	18 418.25	48 000.00	48 000.00
76	9	2015	85 655.28	34 167.91	17 780.98	48 000.00	48 000.00
77	10	2016	85 655.28	33 047.56	17 197.95	48 000.00	48 000.00
78	11	2017	85 655.28	31 758.94	16 527.35	48 000.00	48 000.00
79	12	2018	85 655.28	30 573.98	15 910.70	48 000.00	48 000.00
80	13	2019	85 655.28	29 409.53	15 304.72	48 000.00	48 000.00
81	14	2020	85 655.28	28 352.08	14 754.42	48 000.00	48 000.00
82	15	2021	85 655.28	27 168.91	14 138.70	48 000.00	48 000.00
83	16	2022	85 655.28	26 094.08	13 579.96	48 000.00	48 000.00
84	17	2023	85 655.28	25 066.41	13 039.36	48 000.00	48 000.00
85	18	2024	85 655.28	24 127.77	12 556.09	48 000.00	48 000.00
86	19	2025	85 655.28	23 104.19	12 023.42	48 000.00	48 000.00
87	20	2026	85 655.28	22 177.32	11 541.00	48 000.00	48 000.00
88	21	2027	85 655.28	21 280.09	11 074.16	48 000.00	48 000.00
89	22	2028	85 655.28	20 469.16	10 652.15	48 000.00	48 000.00
90	23	2029	85 655.28	19 567.98	10 183.18	48 000.00	48 000.00
91	24	2030	85 655.28	18 738.46	9 751.49	48 000.00	48 000.00
92	25	2031	85 655.28	17 926.13	9 328.76	48 000.00	48 000.00
93	26	2032	85 655.28	17 181.91	8 941.47	48 000.00	48 000.00
94	27	2033	85 655.28	16 358.62	8 513.03	48 000.00	48 000.00
95	28	2034	85 655.28	15 592.45	8 114.31	48 000.00	48 000.00

MONSIEUR LAFLEUR – RENTE ADOSSÉE CO-FIN (suite)

	Assurance :	1 000 000 $	Taux d'emprunt année 1 à 5	6.00%	**Assurance :**	1
			Taux d'emprunt année 6 à 10	6.00%		
80.00%	**Prime mens. Ass.**	3 000.52 $	Taux d'emprunt année 11 à 15	6.00%	**Rente:**	1
100.00%	**Prime annuelle:**	36 006.24 $	Taux d'emprunt année 16 à 20	6.00%		
100.00%			Taux d'emprunt année 21 à 25	6.00%		
	Dépôt rente :	996 999.48 $	Taux d'emprunt année 26 à 28	6.00%	**Type de rente:**	Non-prescrite
n						

Récupération d'impôt sur prêt	Prime d'assurance ($)	Coût net de l'assurance pure (CNAP)	Coût d'assurance après récupération	Flux monétaire	Rendement Net	Rendement Brut	Rendement Brut annualisé
24 979.20	36 006.24	7 270.00	32 222.93	23 898.36	2.39%	4.98%	5.10%
24 979.20	36 006.24	9 600.00	31 010.40	9 179.61	0.92%	1.91%	1.93%
24 979.20	36 006.24	12 370.00	29 568.89	11 390.59	1.14%	2.38%	2.40%
24 979.20	36 006.24	15 550.00	27 914.02	13 727.87	1.37%	2.86%	2.90%
24 979.20	36 006.24	18 780.00	26 233.13	16 059.86	1.61%	3.35%	3.40%
24 979.20	36 006.24	21 900.00	24 609.48	18 271.16	1.83%	3.81%	3.88%
24 979.20	36 006.24	24 700.00	23 152.36	20 423.26	2.04%	4.26%	4.34%
24 979.20	36 006.24	27 640.00	21 622.38	22 593.85	2.26%	4.71%	4.81%
24 979.20	36 006.24	30 650.00	20 055.98	24 797.52	2.48%	5.17%	5.29%
24 979.20	36 006.24	24 270.00	23 376.13	22 060.40	2.21%	4.60%	4.70%
24 979.20	36 006.24	36 006.24	17 268.59	28 838.53	2.88%	6.01%	6.18%
24 979.20	36 006.24	36 006.24	17 268.59	29 455.19	2.95%	6.14%	6.32%
24 979.20	36 006.24	36 006.24	17 268.59	30 061.17	3.01%	6.27%	6.45%
24 979.20	36 006.24	36 006.24	17 268.59	30 611.46	3.06%	6.38%	6.57%
24 979.20	36 006.24	36 006.24	17 268.59	31 227.19	3.12%	6.51%	6.71%
24 979.20	36 006.24	36 006.24	17 268.59	31 786.53	3.18%	6.63%	6.83%
24 979.20	36 006.24	36 006.24	17 268.59	32 326.53	3.23%	6.74%	6.95%
24 979.20	36 006.24	36 006.24	17 268.59	32 809.80	3.28%	6.84%	7.06%
24 979.20	36 006.24	36 006.24	17 268.59	33 342.47	3.33%	6.95%	7.18%
24 979.20	36 006.24	36 006.24	17 268.59	33 824.81	3.38%	7.05%	7.29%
24 979.20	36 006.24	36 006.24	17 268.59	34 291.73	3.43%	7.15%	7.39%
24 979.20	36 006.24	36 006.24	17 268.59	34 713.74	3.47%	7.24%	7.48%
24 979.20	36 006.24	36 006.24	17 268.59	35 182.71	3.52%	7.34%	7.59%
24 979.20	36 006.24	36 006.24	17 268.59	35 614.39	3.56%	7.43%	7.68%
24 979.20	36 006.24	36 006.24	17 268.59	36 037.13	3.60%	7.51%	7.78%
24 979.20	36 006.24	36 006.24	17 268.59	36 424.42	3.64%	7.59%	7.86%
24 979.20	36 006.24	36 006.24	17 268.59	36 852.86	3.69%	7.68%	7.96%
24 979.20	36 006.24	36 006.24	17 268.59	37 251.58	3.73%	7.77%	8.05%

Paramètres:

Âge de Monsieur client:		68	Préparé par:
Taux d'imposition marginal du particulier:	48.22%		
		Espérance de vie présumée (âge)	84
Capital engagé:	1 000 000.00 $		
Prime initiale d'assurance (coût mensuel)	3 000.52 $	Taux du CPG (avant impôt, versé mensuellement):	3.50 %
Somme disponible - pour souscrire une rente viagère	996 999.48 $		
Rente mensuelle:	7 137.94 $	Assurance :	1
Rente annuelle:	85 655.28 $		
Taux d'impôt corporatif sur les revenus de placement:	52.04%	Rente:	1
Taux d'impôt du dividende:	36.35%		
Type de rente:	Non - Prescrite		9 nov 2006

Rente adossée, revenus capitalisés | **CPG, revenus capitalisés**

SFGD Services Financiers Guy Duhaime

Âge	Revenu annuel net	Somme assurée	Si revenus capitalisés	Valeur successorale nette	Année	Âge	Montant en début d'année	Montant en fin d'année	Valeur successorale nette
68	23 898.36 $	1 000 000.00 $	24 299.52 $	##########	1	68	1 000 000.00 $	1 016 786.00 $	647 184.29 $
69	9 179.61 $	1 000 000.00 $	34 041.11 $	##########	2	69	1 016 786.00 $	1 033 853.77 $	658 047.92 $
70	11 390.59 $	1 000 000.00 $	46 194.32 $	##########	3	70	1 033 853.77 $	1 051 208.04 $	669 093.92 $
71	13 727.87 $	1 000 000.00 $	60 928.04 $	##########	4	71	1 051 208.04 $	1 068 853.62 $	680 325.33 $
72	16 059.86 $	1 000 000.00 $	78 280.22 $	##########	5	72	1 068 853.62 $	1 086 795.39 $	691 745.27 $
73	18 271.16 $	1 000 000.00 $	98 172.09 $	##########	6	73	1 086 795.39 $	1 105 038.34 $	703 356.90 $
74	20 423.26 $	1 000 000.00 $	120 586.09 $	##########	7	74	1 105 038.34 $	1 123 587.52 $	715 163.45 $
75	22 593.85 $	1 000 000.00 $	145 583.36 $	##########	8	75	1 123 587.52 $	1 142 448.06 $	727 168.19 $
76	24 797.52 $	1 000 000.00 $	173 240.89 $	##########	9	76	1 142 448.06 $	1 161 625.19 $	739 374.43 $
77	22 060.40 $	1 000 000.00 $	198 579.62 $	##########	10	77	1 161 625.19 $	1 181 124.23 $	751 785.57 $
78	28 838.53 $	1 000 000.00 $	231 235.59 $	##########	11	78	1 181 124.23 $	1 200 950.58 $	764 405.04 $
79	29 455.19 $	1 000 000.00 $	265 066.74 $	##########	12	79	1 200 950.58 $	1 221 109.74 $	777 236.35 $
80	30 061.17 $	1 000 000.00 $	300 081.92 $	##########	13	80	1 221 109.74 $	1 241 607.28 $	790 283.04 $
81	30 611.46 $	1 000 000.00 $	336 244.40 $	##########	14	81	1 241 607.28 $	1 262 448.90 $	803 548.73 $
82	31 227.19 $	1 000 000.00 $	373 639.97 $	##########	15	82	1 262 448.90 $	1 283 640.37 $	817 037.10 $
83	31 786.53 $	1 000 000.00 $	412 231.99 $	##########	16	83	1 283 640.37 $	1 305 187.56 $	830 751.88 $
84	32 326.53 $	1 000 000.00 $	452 020.88 $	##########	17	84	1 305 187.56 $	1 327 096.44 $	844 696.88 $
85	32 809.80 $	1 000 000.00 $	492 969.04 $	##########	18	85	1 327 096.44 $	1 349 373.08 $	858 875.96 $
86	33 342.47 $	1 000 000.00 $	535 146.17 $	##########	19	86	1 349 373.08 $	1 372 023.65 $	873 293.06 $
87	33 824.81 $	1 000 000.00 $	578 521.73 $	##########	20	87	1 372 023.65 $	1 395 054.44 $	887 952.15 $

Comparaison	*Rente adossée*	*CPG*	*Avantage*
Revenu annuel net initial	23 898.36 $	22 481.12 $	**1 417.24 $**
Revenu net total acumulé jusqu'à l'âge de décès présumé*	496 686.15 $	427 141.34 $	**69 544.81 $**

Avec capitalisation des revenus	*Rente adossée*	*CPG, revenus capitalisés*	*Avantage*
Valeur successorale nette à un âge de décès présumé*	1 352 022.43 $	887 952.15 $	**464 070.28 $**

Sans capitalisation des revenus	*Rente adossée*	*CPG, revenus non capitalisés*	*Avantage*
Valeur successorale nette à un âge de décès présumé*	1 000 000.00 $	636 500.00 $	**363 500.00 $**

* L'âge de décès présumé utilisé pour fins de calcul est de **77 ans**

Information importante

1. Le traitement fiscal du contrat est en fonction des dispositions de la Loi de l'impôt sur le revenu et ses règlements qui s'appliquaient le 1er janvier 1996, ainsi que des propositions contenues dans le Budget fédéral de 1995 concernant les particuliers. Ces dispositions pouvant être modifiées, le traitement fiscal appliqué dans le projet n'est pas garanti.

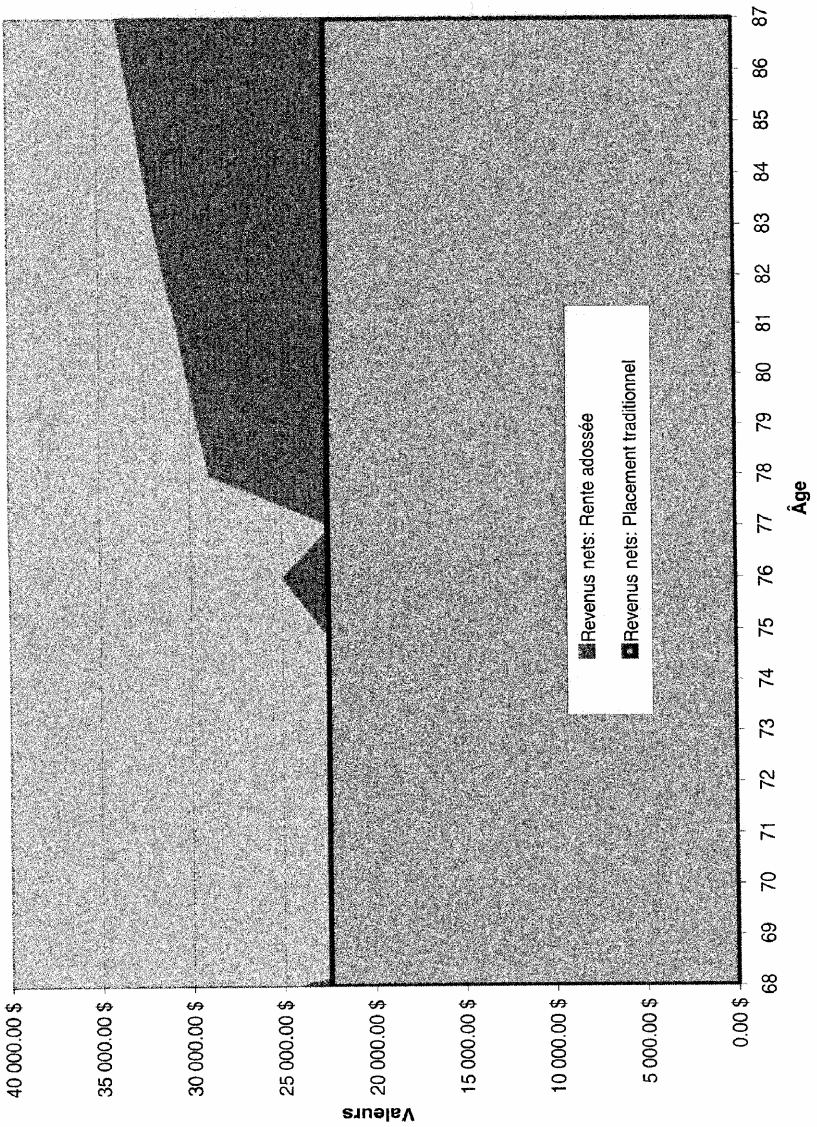
2. Pour créer la stratégie de la rente adossée, nous avons retenu une hypothèse de taux d'intérêt pour le CPG. Ce taux n'est pas garanti; il peut changer à tout moment. Nous pouvons sur demande vous préparer des projets additionnels montrant la sensibilité des valeurs reliée aux changements des taux d'intérêt.

3. Nous avons retenu une hypothèse en ce qui a trait à l'espérance de vie (EV)basée sur la table de mortalité IAM 1981.

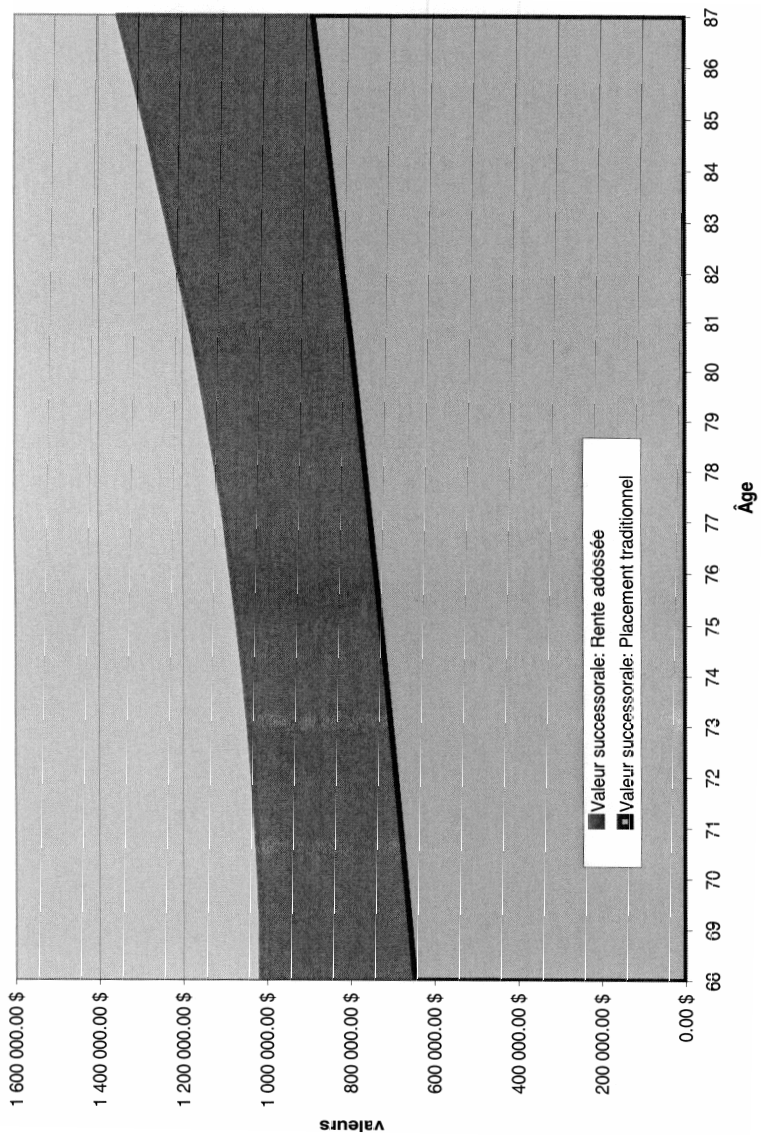
À noter que ce programme demeurera en vigueur si vous vivez au-delà de l'âge présumé de votre espérance de vie.

4. Dans le cas d'une rente non prescrite sans période garantie, le contrat de rente sera résilié et les versements de rente prendront fin immédiatement à la date du décès.

Évolution des revenus annuels nets, quand ceux-ci ne sont pas capitalisés



ÉVOLUTION DE LA VALEUR SUCCESSORALE NETTE (AVEC CAPITALISATION DES REVENUS)



DÉSIGNATION DE BÉNÉFICIAIRES : RIEN N'EST PLUS TROMPEUR QUE L'ÉVIDENCE

Hélène Marquis
Avocate, D. Fisc., Pl. Fin., TEP
Financière Sun Life

Bernard Larivière
BAA, Adm.A., Pl. Fin.
Planification financière
Banque Nationale inc.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 25:5

1. LES PRINCIPES GÉNÉRAUX 25:6

1.1. LE CONTRAT D'ASSURANCE VIE 25:7
1.2. LES PARTIES AUX CONTRATS D'ASSURANCE VIE 25:8
1.2.1. Le preneur ou titulaire 25:8
1.2.2. L'assuré 25:9
1.2.3. Le bénéficiaire 25:9
1.2.4. Le titulaire subrogé 25:10
1.3. LE CONTRAT DE RENTE 25:10
1.3.1. Le concept « d'aliénation du capital » 25:11
1.4. LES PARTIES AU CONTRAT DE RENTE 25:12
1.4.1. Le titulaire du contrat 25:13

1.4.2. Le rentier 25:13
1.4.3. Le débirentier 25:13
1.4.4. Le crédirentier 25:13
1.5. LES CATÉGORIES DE RENTES 25:14
1.6. LE CONTRAT D'ASSURANCE MALADIES GRAVES 25:15
1.6.1. La désignation de bénéficiaire et de titulaire subrogé 25:17

2. RÈGLES APPLICABLES À LA DÉSIGNATION D'UN BÉNÉFICIAIRE 25:18

2.1. LES RAISONS MOTIVANT LA DÉSIGNATION DE BÉNÉFICIAIRES 25:19
2.1.1. Les avantages d'une désignation de bénéficiaires au décès 25:19
2.1.2. Les avantages d'une désignation de bénéficiaires du vivant 25:20
2.2. TYPES DE DÉSIGNATION DE BÉNÉFICIAIRES 25:21
2.2.1. Les droits et obligations du bénéficiaire révocable 25:22
2.2.2. Les droits et obligations du bénéficiaire irrévocable 25:22
2.3. MODES DE DÉSIGNATION DE BÉNÉFICIAIRES 25:24
2.3.1. Désignation dans un écrit testamentaire 25:25
2.3.2. Désignation dans un écrit non testamentaire 25:25
2.4. MODES DE RÉVOCATION D'UN BÉNÉFICIAIRE 25:26
2.4.1. Révocation automatique 25:26
2.4.2. Révocation par un écrit testamentaire ou non testamentaire 25:28
2.4.3. Désignation de bénéficiaire invalide 25:29
2.4.4. Ordre de dévolution 25:30

3. LES SITUATIONS PARTICULIÈRES 25:32

3.1. LA FIDUCIE ET L'ASSURANCE VIE 25:32
3.1.1. Les contraintes de la désignation d'une fiducie comme bénéficiaire d'un contrat d'assurance vie 25:33
3.2. SOCIÉTÉ PAR ACTIONS 25:36
3.2.1. Détention croisée par les actionnaires 25:36
3.2.2. Détention par la société opérante 25:37
3.2.3. Détention par une société de portefeuille 25:37
3.2.4. Aspects fiscaux touchant les sociétés par actions 25:37
3.3. SOCIÉTÉ DE PERSONNES 25:39
3.3.1. Aspects fiscaux 25:39
3.4. CONTRATS D'ASSURANCE VIE MULTIPLE 25:40

3.5. CONTRAT D'ASSURANCE VIE CONJOINT PAYABLE AU PREMIER OU AU SECOND DÉCÈS 25:43
3.5.1. Transfert à une fiducie exclusive au conjoint 25:44
3.6. CONTRATS D'ASSURANCE EN QUOTE-PART 25:45
3.6.1. Contrats d'assurance en copropriété 25:46
3.6.2. Assurance en propriété partagée 25:48
3.6.3. Contrats d'assurance à primes et à bénéfices partagés 25:49

CONCLUSION 25:50

INTRODUCTION

Le titre de cette conférence peut paraître quelque peu loufoque à quiconque n'est pas régulièrement impliqué dans l'administration et la liquidation de successions. Pour la plupart d'entre nous, rien ne semble plus simple que d'indiquer sur un document que notre conjoint ou nos enfants seront les bénéficiaires du produit de certains biens composant notre succession ou encore, en cas de divorce, de tout laisser à notre frère bien-aimé, bon et généreux, qui va certainement s'occuper de nos enfants comme des siens propres. Malheureusement, cette vision simpliste de situations souvent très complexes entraîne souvent des coûts légaux et fiscaux importants lesquels auraient pu être évités avec une meilleure connaissance de la question et un peu de planification.

Pourquoi parle-t-on de plus en plus de désignation de bénéficiaires? Ce sujet peut paraître quelque peu épuisé. La réponse est simple. L'évolution de l'industrie et des produits d'assurance a fait en sorte que de plus en plus de produits aux caractéristiques complexes sont mis en marché. Ainsi, plusieurs protections peuvent être attachées à un seul produit. Par exemple, une police vie universelle peut prévoir plusieurs protections différentes avec des possibilités de nommer des titulaires subrogés et des ordres de bénéficiaires différents pour chacune d'entre elles. Quelle est la place de la désignation de bénéficiaires dans le processus de la planification successorale? Quels sont les biens qui peuvent faire l'objet d'une telle désignation? Quel rôle doit-on lui réserver? Quelles sont les erreurs à éviter? Comment rédiger efficacement une désignation de bénéficiaires? Existe-t-il des recettes toutes faites? Quels sont les pièges à éviter? Certaines de ces désignations comportent-elles des conséquences fiscales inadéquates? Certaines de ces désignations comportent-elles des conséquences légales négatives par rapport aux objectifs successoraux recherchés? En cas de doute, comment compenser les lacunes éventuelles? Ce sont ces éléments que nous tenterons de dégager tout au long du présent texte. Certaines de ces questions ont des réponses, d'autres non, mais plusieurs situations comportent des pièges qu'il faut savoir reconnaître particulièrement si des produits et stratégies financières complexes sont utilisés.

À cette fin, nous ferons un retour sur les règles de base applicables en droit civil et fiscal. Nous limiterons notre étude aux contrats d'assurance de personnes laissant le champ libre à nos savants collègues spécialisés en régime de retraite en ce qui concerne les autres considérations se rapportant à

des lois spécifiques comme la *Loi sur le régime des rentes du Québec*[1] ou *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*[2] et les autres lois se rapportant à ce domaine. De plus, vu l'ampleur de la tâche et le temps qui nous est alloué, les diverses considérations touchant les régimes enregistrés d'épargne-retraite (ci-après « REÉR »), les fonds enregistrés de revenu de retraite (ci-après « FERR »), et les fonds de revenu viager (ci-après « FRV ») ne seront pas abordés sauf dans le cadre général se rapportant aux produits de rentes servis par les assureurs. Enfin, la protection contre les créanciers constitue un accessoire et non une fin du présent texte. Ces considérations seront abordées dans l'optique de la finalité de la planification successorale.

1. LES PRINCIPES GÉNÉRAUX

La désignation de bénéficiaires et de titulaires subrogés dont il sera aussi question se fait dans la police ou dans tout autre écrit revêtu ou non de la forme testamentaire[3]. Déjà cette simple affirmation contient un certain nombre de règles. Dans un premier temps, une désignation de bénéficiaires peut être faite dans un testament ou dans tout autre écrit qu'il soit ou non testamentaire. Dans un deuxième temps, ce ne sont pas tous les biens qui peuvent faire l'objet d'une désignation de bénéficiaires au décès, mais certains biens déterminés par la loi. Cette prérogative est limitée aux produits d'assurance de personnes, soit l'assurance vie et l'assurance contre la maladie et les accidents, les rentes servies par les assureurs vie[4], les sociétés de fiducie et Placement Québec[5], à condition que ces produits satisfassent les exigences de la définition d'une rente au sens de l'article 2367 C.c.Q., le tout tel qu'il est précisé par la *Loi modifiant la* Loi sur les assurances *et la* Loi sur les sociétés de fiducie et d'épargne[6] (Projet de loi 136) dont il sera question plus loin. Tel qu'il a été mentionné en introduction, les régimes de retraite ne seront pas pris en considération dans le cadre du présent texte[7].

---

1 L.R.Q., c. R-9 et mod.

2 L.R.Q., c. R-15.1.

3 *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »), art. 2446.

4 Art. 2379 C.c.Q.

5 *Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne*, L.R.Q., c. S-29.01.

6 L.Q. 2005, c. 51.

7 Ces questions ont fait l'objet de nombreux textes publiés à l'occasion de diverses activités de l'Association de planification fiscale et financière dont les plus récents : Louis RABEAU, « L'insaisissabilité des mécanismes d'épargne-retraite : qu'est-ce qui est encore insaisissable et dans quelles circonstances », dans *Colloque* –

(à suivre…)

1.1. LE CONTRAT D'ASSURANCE VIE

Les règles régissant les contrats d'assurance de toute nature se retrouvent au *Code civil du Québec* et dans la *Loi sur les assurances*[8] et ses règlements. Le contrat d'assurance au Québec est soumis aux règles du *Code civil du Québec* édictées au livre *Des obligations* pour ce qui est des généralités lesquelles sont complétées par des dispositions spécifiques contenues au Titre deuxième portant sur les contrats nommés dont le contrat d'assurance et de rentes. Le contrat d'assurance est défini de façon générale sans tenir compte de la nature des risques couverts : « Le contrat d'assurance est celui par lequel l'assureur, moyennant une prime ou cotisation, s'oblige à verser au preneur ou à un tiers une prestation dans le cas où un risque couvert par l'assurance se réalise[9]. »

Les contrats d'assurance vie sont inclus dans la section du Code civil traitant spécifiquement de l'assurance de personnes qui regroupent les règles relatives à l'assurance individuelle et à l'assurance collective ainsi qu'à l'assurance contre la maladie et les accidents, l'invalidité et l'assurance vie. Ce sont ces dispositions qui établissent les droits et obligations que détiennent la personne du preneur, celle du titulaire du contrat ou du titulaire subrogé et du bénéficiaire. Le contrat d'assurance peut être « permanent », c'est-à-dire être structuré pour demeurer en vigueur la vie durant de la personne assurée, ou « temporaire », soit pour une période déterminée dans le temps.

Sur le plan fiscal, la *Loi de l'impôt sur le revenu*[10], son règlement[11] et la *Loi sur les impôts*[12] établissent les règles d'imposition applicables aux contrats d'assurance vie et aux rentes. Les polices d'assurance vie peuvent comporter ou non des valeurs de rachat. Elles sont catégorisées comme

---

(…suite)

Mécanismes de retraite au 21e siècle, 155, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2006, pp. 4:1-10 et Élyse LEMAY, « Testament et désignation de bénéficiaires *versus* produit d'assurance vie, rente et REÉR : où en sommes-nous? », dans *Colloque – La planification successorale : aspects juridiques et fiscaux*, 141, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2004, pp. 2:1-21.

8 L.R.Q., c. A-32 et mod.

9 Art. 2389 C.c.Q.

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

11 *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., 1978, c. 945 et mod. (ci-après « R.I.R. »).

12 L.R.Q., c. I-3 et mod.

exonérées et non exonérées selon que les revenus générés s'accumulent à l'abri de l'impôt et que le capital décès, incluant les valeurs de rachat, est versé libre d'impôt au décès[13] ou que la croissance est imposée annuellement[14].

Les contrats de rente et les fonds distincts des assureurs sont compris dans les contrats d'assurance vie à des fins fiscales[15]. Ces derniers peuvent être enregistrés ou non enregistrés s'ils se qualifient au titre des REÉR, des FERR, des FRV ou des régimes de retraite[16].

1.2. LES PARTIES AUX CONTRATS D'ASSURANCE VIE

1.2.1. Le preneur ou titulaire

La souscription d'un contrat d'assurance vie implique la présence d'un certain nombre d'acteurs. Le preneur est la personne qui souscrit le contrat d'assurance vie proposé par une compagnie d'assurances et qui s'engage à payer les primes. En contrepartie, la compagnie d'assurances s'engage à assumer un risque et à payer une prestation en cas de décès. Le preneur peut être la personne dont la vie est assurée mais le contrat peut aussi être souscrit sur la vie d'un tiers quand les conditions du *Code civil du Québec* sont remplies quant à l'intérêt assurable[17]. Lors de la réalisation du risque, la prestation peut être versée au titulaire du contrat, à un bénéficiaire désigné[18] ou, à défaut, à la succession du titulaire selon les circonstances. Suivant les modalités du contrat, par exemple si une garantie d'invalidité, de maladie grave ou de soins de longue durée a été souscrite, il pourra arriver que cette partie de la prestation soit payée au preneur et que le capital décès soit payé plus tard à un tiers, sans que les droits de chacun soient atteints. Selon les circonstances, les divers rôles peuvent être cumulés. Le preneur peut être à la fois le titulaire et le bénéficiaire du contrat ou il peut en être le titulaire et la personne dont la vie est assurée appelée « l'assuré ». Le titulaire est celui qui détient la propriété du contrat.

---

13 Art. 306 R.I.R.

14 Al. 12.2(1)a) L.I.R.

15 Par. 138(12) « police d'assurance vie » L.I.R.

16 Par. 146(1) et suiv. L.I.R.

17 Art. 2418 C.c.Q.

18 Art. 2445 C.c.Q.

Seul le preneur ou titulaire du contrat peut exercer ses droits sur ce dernier[19]. En fait, il est le seul habilité à nommer un bénéficiaire ou à modifier une désignation en ce sens et à exercer les droits prévus au contrat comme emprunter sur les valeurs de rachat, les encaisser, annuler le contrat, le céder à un tiers ou encore à consentir une hypothèque mobilière. Il a déjà été jugé que le droit de désigner un bénéficiaire ne peut revenir à personne d'autre, et ce, même s'il s'agit du mandataire du preneur[20] ou du titulaire. Cela est vrai même s'il agit dans le cadre d'un mandat en prévision de l'inaptitude et si la désignation envisagée s'effectuait selon les intérêts primordiaux de la personne inapte ou de sa succession, car il s'agit alors de l'exercice de droits personnels. Le preneur ou le titulaire peut aussi désigner un ou plusieurs titulaires subrogés pour lui succéder à son décès lorsque l'assuré est un tiers. La désignation d'un titulaire subrogé est toujours révocable. Cette opération doit être bien réfléchie pour éviter de déclencher une disposition fiscale imposable pour la personne décédée comme nous le verrons plus loin.

1.2.2. L'assuré

Il s'agit de la personne dont la vie est assurée. Celle-ci peut se confondre avec le titulaire, mais il peut aussi s'agir d'un tiers sur la vie duquel le preneur a un intérêt assurable, par exemple un enfant, un employé ou un associé. Dans ces circonstances, il arrive fréquemment qu'un titulaire subrogé ou une succession de titulaires subrogés soit nommé pour détenir le contrat en cas de prédécès de cette dernière. Chacun de ces éléments comportent des conséquences importantes des points de vue légal et fiscal que nous étudierons plus en profondeur plus loin dans le présent texte.

1.2.3. Le bénéficiaire

Le bénéficiaire est la personne qui recevra le capital décès au moment de la réalisation du risque, soit au décès de la personne assurée. Il n'est pas nécessaire que le bénéficiaire existe au moment où il est nommé, la loi exige seulement qu'il soit né vivant et viable au moment de l'ouverture de son droit. La désignation de bénéficiaire prend effet quand elle est reçue par l'assureur et ne lui est opposable qu'à partir de ce moment.

---

19 Art. 2454 C.c.Q.

20 *Bourgoin* c. *Clarica, cie d'assurance*, C.Q. Québec, n° 200-32-0027183-010, 7 juin 2002, j. Bond.

La désignation de bénéficiaires peut être en premier et en sous-ordre, et elle peut être révocable ou irrévocable. Contrairement aux autres provinces canadiennes, il faut garder en mémoire qu'au Québec, le Code civil actuellement en vigueur prévoit que la désignation de l'époux ou de la personne avec qui le titulaire du contrat est uni civilement comme bénéficiaire dans le contrat d'assurance est toujours irrévocable sauf si elle est expressément stipulée comme étant révocable[21]. Nous reviendrons sur les principes régissant la désignation de bénéficiaires un peu plus loin au cours du présent texte.

1.2.4. Le titulaire subrogé

Il s'agit de celui qui est nommé pour devenir titulaire du contrat en lieu et place du titulaire original advenant un décès de ce dernier, lorsque le contrat porte sur la vie d'un tiers et non sur celle du titulaire original.

1.3. LE CONTRAT DE RENTE

Par ailleurs, le contrat de rente qui inclut les contrats de fonds distincts des assureurs vie se retrouve spécifiquement au chapitre du *Code civil du Québec* traitant des contrats nommés et possède un régime légal qui lui est propre[22]. Les rentes sont assimilées à de l'assurance vie quand elles sont servies par les assureurs[23]. À ce titre, certaines dispositions de la loi incluses au chapitre traitant des assurances de personnes leur sont applicables. Toutefois, ce ne sont pas tous les contrats servis par les assureurs qui respectent les exigences du *Code civil du Québec* pour se qualifier à ce titre, comme nous le verrons plus loin dans la section traitant de l'aliénation du capital.

Au chapitre des rentes, le vocabulaire est quelque peu différent et peut porter à confusion pour le commun des mortels. En fait, la rente est définie comme suit :

> « Le contrat constitutif de rente est celui par lequel une personne, le débirentier, gratuitement ou moyennant l'aliénation à son profit d'un capital s'oblige à

---

21 Art. 2449 C.c.Q.

22 Art. 2367 et suiv. C.c.Q.

23 Art. 2393, al. 2 C.c.Q.

> servir périodiquement et pendant un certain temps des redevances à une autre personne, le crédirentier[24]. »

Il convient de noter qu'une rente peut exister sous la forme d'un contrat souscrit auprès d'un assureur. Ne pensons qu'à celles payables en vertu d'un régime de retraite, mais elle peut aussi être constituée par testament, par jugement ou par l'effet de la loi.

Avant de définir plus amplement les parties au contrat de rente, il convient de comprendre ce que signifie l'expression « aliénation d'un capital » qui a fait couler beaucoup d'encre et donné de sérieux maux de tête à nos juristes au cours des dernières années.

1.3.1. Le concept « d'aliénation du capital »

Les tribunaux ont jugé à plusieurs reprises que l'élément fondamental de la constitution d'un contrat de rente réside dans le concept « d'aliénation du capital en faveur du débirentier ». La nature et les paramètres de cette exigence ont été très bien analysés par la Cour suprême du Canada dans une décision rendue à l'unanimité telle qu'elle a été rédigée par la juge Marie Deschamps dans l'arrêt *Banque de Nouvelle-Écosse* c. *Thibault*[25]. Il en ressort que le critère d'aliénation requis par la définition de la rente du *Code civil du Québec* renvoie à un « transfert » de capital en faveur du débirentier. La juge Deschamps insiste particulièrement sur le fait que le contrôle du capital doit être complètement délaissé par le titulaire du contrat à la faveur du débirentier qui doit être seul à pouvoir décider de la façon dont il sera disposé de ce capital. La contrepartie de cette aliénation d'un capital en la faveur du débirentier est de lui servir la prestation convenue au contrat au moment où elle sera exigible par le crédirentier. Il est aussi réitéré que les principes énoncés dans la cause *Re Les Coopérants : Firstcliff Development inc.* c. *Raymond Chabot Fafard Gagnon inc.*[26] sont toujours applicables et que le fait que les termes du contrat permettent des retraits ou un rachat de ce dernier ne modifie en rien sa qualification à titre de contrat de rente. Ce n'est pas la possibilité de racheter le contrat qui compte pour disqualifier le contrat

---

[24] Art. 2367, al. 1 C.c.Q. Attention : l'utilisation du terme crédirentier est exclusive au *Code civil du Québec* et ce terme n'est pas employé dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui utilise le mot « rentier » indifféremment pour décrire la personne dont la vie sert de base à l'établissement de la rente et celle qui est habilitée à recevoir les versements.

[25] [2004] 1 R.C.S. 758 (ci-après « *Thibault* »).

[26] [1994] R.L. 268 (C.A.).

à titre de rente, mais bien le défaut d'aliénation du capital en faveur d'un tiers qui n'est ni le titulaire, ni le rentier, ni le crédirentier.

À la suite des jugements contradictoires portant sur la nature des contrats servis par les assureurs[27], des amendements ont été apportés à la *Loi sur les assurances*[28], lesquels ont été adoptés en décembre 2005. Ces modifications avaient pour objectif de bonifier les contrats émis par les assureurs et les sociétés de fiducie au Québec, afin que ces contrats puissent satisfaire les exigences requises pour se qualifier comme des rentes. Ces nouvelles dispositions permettent aux compagnies d'assurances d'offrir des choix de placements et une faculté de retrait dans leur contrat de rentes sans pour autant les disqualifier à ce titre. Le contrat doit toutefois inclure une disposition par laquelle « le montant de la rente qui sera servi périodiquement doit être, au moment de la conclusion du contrat, sinon déterminé, ou du moins déterminable en fonction de variables et selon un mode de calcul indiqué au contrat »[29].

Pour éviter les mauvaises surprises lorsque la protection à l'encontre des créanciers du vivant du titulaire ou le transfert direct de la valeur commuée ou des arrérages de la rente au décès constituent des éléments décisifs quant à la souscription d'un contrat se qualifiant pour recevoir une désignation de bénéficiaire, il est prudent de consulter un conseiller juridique pour s'assurer que le contrat satisfasse bien toutes les exigences de la loi pour revêtir ces attributs. Il convient de noter que la désignation de bénéficiaires doit être conforme aux exigences du *Code civil du Québec* en ce qui concerne la protection contre les créanciers.

1.4. LES PARTIES AU CONTRAT DE RENTE

Quant aux acteurs nécessaires à la conclusion du contrat de rente, ils sont qualifiés de façon distincte pour chacun des rôles, mais tous les rôles, sauf celui de débirentier, peuvent être cumulés par une seule et même personne. Même si les parties au contrat de rente peuvent porter un nom différent, les règles expliquées plus haut se rapportant à un contrat

---

[27] Pour l'historique détaillé de cette question, voir Geneviève FARIBAULT, *L'assurance de personnes au Québec*, Longueuil, Qué., Publications CCH, feuilles mobiles, par. 55-125.

[28] Précité, note 6.

[29] *Loi sur les assurances*, art. 33.4.

d'assurance vie s'appliquent à elles en apportant les adaptations qui sont nécessaires.

1.4.1. Le titulaire du contrat

Il s'agit du propriétaire du contrat, la personne qui fournit le capital nécessaire pour souscrire la rente et qui par la suite pourra exercer les droits tels que la désignation d'un bénéficiaire ou le rachat du contrat quand cette option est disponible.

1.4.2. Le rentier

Le *Code civil du Québec* définit le « rentier » comme la personne sur la vie de laquelle la rente a été souscrite, soit la personne dont la vie est assurée. Le rentier doit exister et être vivant au moment où le service de la rente doit commencer et il doit rester vivant dans les 30 jours qui suivent ou encore être conçu et naître vivant et viable. La rente viagère peut être souscrite sur la vie de plusieurs rentiers successifs mais le premier rentier désigné doit exister au moment où le service commence. La durée de service de toute rente ne peut toutefois pas excéder 100 ans.

Cette définition de rentier est quelque peu technique, il faudrait regarder en pratique comment les émetteurs de contrat traitent ces questions. De plus, il convient de noter qu'au plan fiscal et en common law, il y a souvent confusion sur le terme, le rentier étant à la fois la personne assurée et celle habilitée à recevoir les arrérages de rente. Cette terminologie est souvent une source d'imprécision, entre autres, dans la formulation des contrats par les émetteurs.

1.4.3. Le débirentier

Le débirentier est la personne qui garantit le paiement des versements de rente. Ainsi, dans le cas d'une rente servie par un assureur, ce sera la compagnie d'assurances qui s'engage à effectuer les paiements périodiques au crédirentier.

1.4.4. Le crédirentier

Le crédirentier est la personne qui reçoit les versements de la rente. C'est l'équivalent du bénéficiaire en assurance vie. De ce fait, les règles applicables à la désignation de bénéficiaires dans un contrat d'assurance vie sont applicables aux crédirentiers. La désignation ou la révocation d'un crédirentier au titre des rentes pratiquées par les assureurs est régie par les

règles du contrat d'assurance relatives aux bénéficiaires et aux titulaires subrogés[30]. Le service de la rente peut être réversible à plusieurs crédirentiers successifs au décès de l'un d'eux. Il en est ainsi des rentes souscrites pour être réversibles au conjoint.

1.5. LES CATÉGORIES DE RENTES

La rente peut être viagère ou à terme fixe. La rente viagère demeurera en service toute la durée de la vie du rentier ou des rentiers successifs et s'éteindra au moment du décès. La rente à terme fixe prend fin à l'arrivée d'un terme défini dans le temps, comme une période de 10 ou 15 ans selon les besoins. La rente peut être différée, c'est-à-dire que le capital s'accumule sans que des versements soient faits avant l'écoulement d'une certaine période de temps, ou immédiate, c'est-à-dire que les versements périodiques commencent au moment de la souscription selon les modalités prévues au contrat.

Au plan fiscal, la rente peut être prescrite[31] ou non prescrite[32]. Dans le cas d'une rente prescrite, le montant imposable sera égal tout au long de la durée du contrat. Par contre, pour se qualifier comme prescrit, le contrat de rente doit satisfaire des exigences plus sévères. Par exemple, le titulaire du contrat et le rentier doivent être la même personne, ce qui exclut d'office la souscription de ce type de contrat par une société par actions[33]. Toutes les rentes qui ne satisfont pas ce critère de base sont des rentes non prescrites.

Une rente viagère non prescrite fonctionne un peu comme une hypothèque, durant les premières années du contrat, le capital étant plus élevé, les revenus générés sont plus importants et la partie « revenu imposable » attribuée au contrat est plus élevée et diminue au fur et à mesure que les paiements provenant du capital augmentent. Le montant imposable, donc le niveau d'imposition, sera plus élevé dans les premières années du contrat et diminuera graduellement pour être minime à la fin.

Comme nous l'avons mentionné plus haut, la rente viagère pure disparaît au décès. Toutefois, la rente viagère peut aussi comporter une période de garantie où un reliquat du capital sera transféré au décès selon les

---

30 Art. 2379 C.c.Q.

31 Art. 304 R.I.R.

32 Al. 12.2(1)b) L.I.R.

33 Art. 304 R.I.R.

vœux du titulaire. Selon que le contrat est une rente en accumulation ou une rente en service ou un produit enregistré à titre de REÉR ou de FERR, ce transfert à un tiers pourra se concrétiser sous la forme d'une somme forfaitaire représentant la valeur commuée du contrat ou de versements étalés ou encore d'un remboursement de primes.

La désignation d'un bénéficiaire dans un contrat de rente peut être importante pour protéger le capital de cette dernière contre les créanciers éventuels du titulaire. Elle est aussi très importante à titre successoral car les sommes provenant du contrat seront maintenues à l'extérieur de la masse successorale formée par l'ensemble des biens du décédé. Elles seront dès lors à l'abri des créanciers de ce dernier et de ceux de la succession qui, par ailleurs, demeurera responsable du paiement des impôts dus sur ces sommes, sous réserve de la responsabilité solidaire établie par les dispositions des paragraphes 160(1), 160.2(1) et 160.2(2) L.I.R, lors du transfert de biens entre personnes ayant un lien de dépendance.

1.6. LE CONTRAT D'ASSURANCE MALADIES GRAVES

Les produits d'assurance maladies graves peuvent se retrouver sur le marché sous plusieurs formes distinctes dont, entre autres, un contrat individuel d'assurance maladies graves (ci-après « AMG »), un avenant joint à une police d'assurance vie ou un produit mixte combinant la protection contre la maladie grave, les soins de longue durée et vie. Ils peuvent aussi faire partie d'une couverture de groupe par le biais d'une série de contrats individuels « groupés » ou d'un contrat d'assurance collective. Enfin, la plupart des produits d'AMG ont une composante de « remboursement de primes » (ci-après « RDP ») encaissable soit au décès (RDPD), à l'expiration (RDPE) ou à la résiliation (RDPR) du contrat.

L'établissement d'un statut légal pour les AMG a fait l'objet d'un certain flottement dans l'industrie et des incertitudes subsistent encore, surtout relativement à certaines caractéristiques particulières du produit tel qu'il a été mis en marché. Une étape importante dans la détermination du régime fiscal applicable aux AMG réside dans la qualification légale du contrat. À cette fin, nous devons nous en remettre à l'usage habituel du terme dans l'industrie et aux notions du droit commun applicables dans chaque province canadienne telles qu'elles sont édictées par les diverses lois sur les assurances. La position actuelle de l'industrie et des autorités fiscales semble orientée vers le traitement de ces produits comme produit d'assurance contre les maladies et les accidents plus que comme un produit d'assurance vie. Cette conclusion semble faire l'unanimité lorsque le produit à l'étude est un contrat d'assurance maladie grave pure ne comportant pas de

clause de remboursement de primes[34]. Au Québec, le contrat d'assurance vie est défini à la fois dans le *Code civil du Québec*[35] et le *Règlement d'application de la Loi sur les assurances*[36]. L'assurance contre la maladie et les accidents est définie au *Règlement d'application de la Loi sur les assurances* seulement[37] mais elle fait aussi l'objet de certaines dispositions d'application générale au chapitre du Code civil portant sur l'assurance de personnes. Contrairement aux autres provinces canadiennes, les lois du Québec contiennent des dispositions visant à régler toute ambiguïté potentielle quant au sort des clauses accessoires, comme celles constituant le remboursement de primes, et leur effet sur le contrat principal. En effet, le caractère prédominant du contrat principal sur les clauses accessoires se rapportant à un autre type d'assurance est établi clairement dans le *Code civil du Québec* :

---

[34] *CRA Views*, dans *Taxnet pro*, (en ligne : www.taxnetpro.com), interprétation technique 2003-0004265, 18 juin 2003 :

> « Where a policy provides benefits only in the event of critical illness, we agree with your view that the policy should be viewed as a "sickness" policy, rather than a life insurance policy, for purposes of the Act, notwithstanding that such policies are primarily issued by life insurers. »

[35] Art. 2393 C.c.Q. :

> « L'assurance sur la vie garantit le paiement de la somme convenue au décès de l'assuré; elle peut aussi garantir cette somme du vivant de l'assuré, que celui-ci soit encore en vie à une époque déterminée ou qu'un événement touchant son existence arrive. […] »

[36] R.R.Q., 1981, c. A-32, r.1, art. 6 :

> « L'assurance sur la vie garantit le paiement de la somme convenue soit au décès de l'assuré, soit au cas où il serait encore en vie à une époque déterminée, soit encore en cas de réalisation d'un événement touchant à son existence; y sont assimilées les rentes viagères ou à terme fixe pratiquées par les assureurs ainsi que les clauses d'assurance contre la maladie ou les accidents qui sont accessoires à un contrat d'assurance sur la vie. »

[37] *Id.*, art. 5 :

> « L'assurance contre la maladie ou les accidents désigne toute assurance garantissant l'un ou l'autre de ces risques ou les deux à la fois.
>
> L'assurance contre les accidents garantit le paiement de l'indemnité convenue en cas d'accident corporel, à savoir toute atteinte corporelle occasionnée par un accident subi par une personne assurée.
>
> L'assurance contre la maladie garantit le paiement de l'indemnité convenue en cas de maladie atteignant une personne assurée. »

> « 2394. Les clauses d'assurance contre les maladies ou les accidents qui sont accessoires à un contrat d'assurance sur la vie, et les clauses d'assurance sur la vie qui sont accessoires à un contrat d'assurance contre la maladie ou les accidents, sont, les unes et les autres, régies par les dispositions relatives au contrat principal. »

Cette approche a aussi été confirmée par l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») dans une interprétation technique portant sur les contrats émis au Québec[38]. De ce fait, les clauses de remboursement de primes attachées à un contrat principal d'AMG devraient suivre les mêmes règles que celles applicables au contrat principal, soit celles se rapportant aux contrats d'assurance contre la maladie et les accidents. Il convient de noter que cette situation n'est pas nécessairement vraie dans toutes les provinces canadiennes où certaines définitions législatives provinciales pourraient nuire à ce statut.

1.6.1. La désignation de bénéficiaire et de titulaire subrogé

Dans plusieurs provinces de common law, la possibilité de désigner ou non un bénéficiaire dans un produit contre la maladie et les accidents constitue aussi un autre débat de fond ouvert particulièrement lorsqu'il est question du partage des primes et des bénéfices. Alors que la législation de la plupart des provinces permet une telle désignation dans les contrats assurant une protection en cas d'accident, il semble qu'elle ne soit pas toujours possible dans ceux concernant la maladie. Une fois encore, il convient de mentionner que ce débat n'existe pas au Québec puisque le Code civil permet de faire la désignation d'un bénéficiaire et d'un titulaire subrogé dans tous les contrats d'assurance de personnes sans faire de distinction à savoir s'il s'agit d'un contrat d'assurance vie ou contre la maladie et les accidents[39].

La possibilité de faire une désignation de bénéficiaire protégé, soit le conjoint, un ascendant, un descendant du titulaire ou un bénéficiaire irrévocable, permet aussi d'obtenir une certaine protection contre les créanciers du vivant et au décès. Cette situation est quelque peu théorique, parce que les produits d'AMG constituent une prestation payable du vivant et n'ont pas de valeur de rachat. La prestation pourrait éventuellement être protégée contre les créanciers de l'assuré après son versement si la personne qui l'encaisse fait partie des bénéficiaires protégés. Cette protection pourrait aussi s'appliquer au remboursement des primes au décès (ci-après

---

38 *CRA Views*, *op. cit.*, note 34, interprétation technique 2001-0113597, 23 mai 2002.

39 Art. 2445 C.c.Q.

« RDPD »)[40]. La désignation d'un bénéficiaire pour le RDPD aurait aussi pour effet que la prestation payée ne transiterait pas par la succession du décédé et serait donc à l'abri des créanciers de cette dernière[41].

Les mêmes dispositions du Code civil permettent aussi la désignation d'un titulaire subrogé lorsque l'assurance individuelle porte sur la tête d'une personne qui n'est pas le titulaire du contrat. Dans de telles circonstances, encore une fois, le contrat d'AMG serait transféré au titulaire subrogé sans faire partie de la succession du titulaire décédé.

Il convient de noter que les différences entre le régime légal applicable au Québec par rapport à ceux des autres provinces canadiennes sont assez importantes pour se méfier de la documentation provenant de ces autres provinces canadiennes tout autant qu'il est hasardeux d'exporter les produits et concepts qui viennent du Québec sans faire les nuances d'usage.

2. RÈGLES APPLICABLES À LA DÉSIGNATION D'UN BÉNÉFICIAIRE

L'évolution du droit applicable en matière de désignation de bénéficiaires en assurance de personnes tient de l'épopée historique. En fait, cette notion est née d'une exception au régime légal applicable jusqu'au 1er juillet 1970 au Québec interdisant aux époux de s'avantager entre vifs. Les dispositions de la *Loi de l'assurance des maris et des parents*[42], adoptées par ailleurs en 1865 et demeurées en vigueur jusqu'en 1976, permettaient au mari de désigner son épouse à titre de bénéficiaire d'un contrat d'assurance souscrit sur sa vie. Celle-ci était alors considérée comme un bénéficiaire privilégié. Fait cocasse, la loi faisait état d'une prohibition formelle pour l'épouse de faire de même pour le bénéfice de son mari[43]. Imaginons la réaction de ceux et celles d'entre vous qui avez moins de 40 ans! Nous sommes bien loin du partage du patrimoine familial et de l'atteinte des objectifs d'autonomie financière par les conjoints.

---

40 Art. 2457 et 2458 C.c.Q.

41 Art. 2455 C.c.Q.

42 S.R.Q. 1964, c. 296.

43 Pour plus de détails sur l'historique des dispositions touchant la désignation de bénéficiaire, voir G. FARIBAULT, *op. cit.*, note 27, par. 12-225.

Ces notions quoique archaïques exercent toujours une certaine influence sur le droit applicable en matière de désignations de bénéficiaires, entre autres, quant aux notions de bénéficiaires révocables et irrévocables.

2.1. LES RAISONS MOTIVANT LA DÉSIGNATION DE BÉNÉFICIAIRES

Il existe plusieurs raisons motivant la désignation d'un bénéficiaire, les principales que ce soit du vivant ou au décès, ayant souvent trait à la nécessité d'obtenir une protection contre les créanciers. Une désignation de bénéficiaire est aussi une clause successorale qui a un impact sur la dévolution de nos biens au décès et sur le paiement des dettes fiscales latentes déclenchées par le décès. Il convient de se questionner sur l'opportunité de recourir à une protection contre les créanciers du vivant si nos risques de déconfiture financière sont minces. Quel est le but de la souscription du contrat d'assurance? Est-ce pour payer nos impôts et nos dettes au décès ou pour assurer un capital à notre famille? La réponse à ces questions peut souvent nous diriger vers la bonne décision à prendre en matière de désignation de bénéficiaires. Tel que nous l'avons mentionné précédemment, ce n'est pas le but du présent texte de s'attarder sur les questions touchant à la protection contre les créanciers. De nombreuses conférences ont été faites et quantité d'écrits publiés sur ce sujet au cours des dernières années; nous référons donc le lecteur à ces derniers s'ils désirent plus de détails sur ces questions.

2.1.1. Les avantages d'une désignation de bénéficiaires au décès

Les principaux avantages à désigner un bénéficiaire dans le contrat d'assurance se résument comme suit :

- la prestation de décès ne fait pas partie de la succession du décédé. Elle est donc à l'abri des créanciers de cette dernière sous réserve de quelques exceptions reliées aux droits alimentaires et patrimoniaux d'un conjoint et à certains pouvoirs de l'ARC pour les impôts dus;

- la possibilité de mettre le contrat et les valeurs accumulées à l'abri des créanciers du titulaire du contrat de son vivant;

- la possibilité d'avantager un proche sans avoir à passer par tout le processus de règlement et de liquidation de la succession, incluant le temps requis pour faire les inventaires et obtenir les certificats de décharge des autorités fiscales.

Notons toutefois que la désignation de la succession ou des ayants droit, héritiers ou liquidateur ou autres représentants légaux fait partie de la succession du décédé[44].

2.1.2. Les avantages d'une désignation de bénéficiaires du vivant

L'insaisissabilité des valeurs accumulées dans un contrat d'assurance, du capital constituant une rente et dans certaines circonstances, des prestations versées, constitue certainement un des attributs intéressants que peuvent procurer les contrats d'assurance vie ou les contrats de rentes qui se qualifient à ce titre. La règle de droit réside dans le caractère saisissable de tous les biens faisant partie du patrimoine d'un débiteur, l'insaisissabilité étant l'exception. Comme il s'agit d'une exception à la règle générale, des limites sont imposées pour déterminer les circonstances où l'insaisissabilité sera permise. Toutefois, une fois que cette insaisissabilité sera établie, il n'y est dérogé que par d'autres dispositions tout aussi spécifiques, entre autres, quand il s'agit d'exécuter des créances relatives au partage des actifs familiaux ou aux aliments, ou encore certaines dettes fiscales.

Un contrat d'assurance vie ou de rente étant un bien meuble inclus dans le patrimoine du débiteur, il fait donc partie du gage commun de ses créanciers. Il doit donc y avoir une disposition spécifique de la loi pour qu'une protection à l'encontre des créanciers puisse être applicable. En l'espèce, ce sont les articles 2457, 2458, 2455 et 2393 C.c.Q. qui établissent les paramètres où une telle protection s'applique. Pour se qualifier à ce titre, plusieurs critères doivent être respectés. Dans un premier temps, le produit concerné doit se qualifier à titre de contrat d'assurance vie ou de rente viagère ou à terme fixe pratiquée par les assureurs. Par la suite, il doit y avoir une désignation de bénéficiaire conforme aux exigences de la loi. Le bénéficiaire désigné doit être l'époux ou le conjoint uni civilement du **titulaire** du contrat, un ascendant ou un descendant, ou il doit s'agir d'un bénéficiaire irrévocable. Il convient de noter que le droit civil diverge à ce chapitre du droit applicable dans les provinces de common law où la relation doit exister avec l'assuré et non avec le titulaire et où la définition des bénéficiaires protégés est beaucoup plus restrictive, se limitant aux parents et aux enfants et non aux ascendants et descendants.

Les tribunaux ont eu à se pencher sur la nature des contrats pouvant se qualifier à ce titre. Ainsi, les contrats d'assurance sur la vie purs et simples

---

[44] Art. 2456, al. 1 C.c.Q.

ne posent pas trop de difficulté. La jurisprudence établie par la Cour suprême du Canada a permis d'éclaircir plusieurs points de droit portant sur le statut applicable à certains contrats. Ainsi, dans l'affaire *Perron-Malenfant* c. *Malenfant (Syndic de)*[45], le juge Gonthier, après avoir fait une excellente révision historique de la législation et des préceptes touchant le droit des assurances et ceux de la protection du consommateur au Québec, a établi fermement qu'un contrat d'assurance vie fait partie des actifs du titulaire et qu'à ce titre, il fait partie des biens qui constituent le gage commun de ses créanciers. Pour qu'un tel contrat soit mis à l'abri de la revendication des créanciers, il doit satisfaire les exigences du Code civil, donc qu'une désignation de bénéficiaire admissible soit bel et bien en place! La même décision a aussi permis d'établir un autre élément important : la protection à l'encontre des créanciers ne peut s'appliquer à un contrat d'assurance dont le bénéfice peut être retourné au titulaire. Ainsi, si le titulaire du contrat est aussi le bénéficiaire désigné, la protection à l'encontre des créanciers ne pourra s'appliquer même si la personne dont la vie est assurée est le conjoint, un ascendant ou un descendant du titulaire bénéficiaire.

2.2. TYPES DE DÉSIGNATION DE BÉNÉFICIAIRES

En droit, la désignation de bénéficiaire s'apparente à une stipulation pour autrui comportant toutefois des règles spécifiques qui sont prévues au chapitre des assurances de personnes dans le *Code civil du Québec*. Le bénéficiaire peut être révocable ou irrévocable. La détermination des limites relatives aux droits et obligations d'un bénéficiaire révocable et d'un bénéficiaire irrévocable donne ouverture à de nombreux questionnements souvent laissés sans réponse ferme. Il semble que les parties doivent s'en remettre aux termes du contrat et aux pratiques des compagnies d'assurances pour circonscrire les règles applicables, celles-ci pouvant varier d'une compagnie à l'autre. En cas de doute sur les droits du bénéficiaire irrévocable, il est donc préférable de procéder à une vérification diligente auprès de l'émetteur du contrat.

Le *Code civil du Québec* étant peu loquace sur ces questions, il contribue certainement à maintenir les incertitudes. Toutefois, il est possible de dégager certains éléments permettant d'établir quelques distinctions entre le statut de bénéficiaire révocable de celui d'un bénéficiaire irrévocable.

---

[45] [1999] 3 R.C.S. 375.

2.2.1. Les droits et obligations du bénéficiaire révocable

Cette partie du contrat est particulièrement simple : le bénéficiaire révocable n'a aucun droit du vivant de l'assuré même s'il remet le contrat en vigueur et qu'il en paye les primes au lieu du titulaire en titre. Son statut est précaire. La désignation d'un bénéficiaire révocable peut être modifiée en tout temps par le preneur ou le titulaire sans avis, sauf à la compagnie d'assurances dans les cas opportuns, que le bénéficiaire ait ou non été au courant de sa qualité de bénéficiaire. Le titulaire de la police conserve tous ses droits dont celui de participer aux bénéfices et aux autres avantages qui lui sont conférés par le contrat[46]. Les droits du bénéficiaire révocable prennent naissance au décès de l'assuré. Il devient alors le créancier de l'assureur qui peut lui opposer les causes de nullité ou de déchéance susceptibles d'être invoquées contre le titulaire[47].

2.2.2. Les droits et obligations du bénéficiaire irrévocable

Même si le Code civil n'est pas très éloquent à son égard, nous savons de façon certaine qu'il a des droits que le législateur exprime en ces termes :

> « 2454. Le titulaire de la police a le droit de participer aux bénéfices et autres avantages qui lui sont conférés par le contrat, même si le bénéficiaire a été désigné irrévocablement.
>
> Les participations et avantages doivent être imputés par l'assureur à toute prime échue afin de maintenir l'assurance en vigueur.
>
> Dans les deux cas, le contrat peut en disposer autrement.
>
> […]
>
> 2460. Même si le bénéficiaire a été désigné à titre irrévocable, le titulaire de la police ou l'adhérent peuvent disposer de leurs droits, sous réserve des droits du bénéficiaire. »

Nous avons pris le temps de citer intégralement ces deux articles car ce sont les seuls indicateurs que nous avons de la nature et de l'étendue des droits d'un bénéficiaire irrévocable. Le problème consiste dans le fait que le titulaire semble conserver les mêmes droits du vivant de l'assuré, que le bénéficiaire désigné soit révocable ou irrévocable. Les droits du bénéficiaire

---

46 Art. 2454 C.c.Q.

47 Art. 2453 C.c.Q.

ne sont pas définis autrement que comme un droit de créance contre l'assureur à la réalisation du risque, soit au moment du décès de l'assuré dans le cas de l'assurance vie.

Si nous commençons par les certitudes, disons qu'en matière d'hypothèque mobilière, les droits d'un bénéficiaire irrévocable ne sont pas touchés. De plus, selon l'article 2668 C.c.Q., les biens insaisissables ne peuvent pas faire l'objet d'une hypothèque. Cela signifie donc qu'il faut obtenir son consentement explicite pour que l'hypothèque ait une valeur pour le créancier et qu'il puisse encaisser le capital décès pour se rembourser au décès de l'assuré.

En ce qui concerne la cession de contrat toutefois, les règles sont différentes. Il n'est pas nécessaire d'obtenir le consentement du bénéficiaire irrévocable pour procéder au transfert de la propriété du contrat à un tiers. La désignation du bénéficiaire révocable et du titulaire subrogé sera annulée d'office. Par contre, la désignation du bénéficiaire irrévocable sera maintenue par la suite sauf si dernier consent à ce qu'elle soit révoquée.

Enfin, il semble clair que dans toutes les circonstances, sauf pour certaines exceptions de révocation automatique prévues par la loi, le titulaire du contrat ne peut révoquer ou modifier une désignation de bénéficiaire irrévocable sans avoir au préalable obtenu le consentement écrit du bénéficiaire en titre.

Les autres questions fréquentes sont les suivantes :

- Le consentement du bénéficiaire irrévocable est-il nécessaire pour effectuer un retrait dans le contrat?

- Le consentement du bénéficiaire irrévocable est-il nécessaire pour effectuer un emprunt dans le contrat?

- La compagnie d'assurances a-t-elle l'obligation de prévenir le bénéficiaire irrévocable si de telles transactions interviennent au contrat?

- La compagnie d'assurances a-t-elle l'obligation de demander la permission au bénéficiaire irrévocable avant de consentir à ces transactions?

- La compagnie d'assurances a-t-elle l'obligation de prévenir le bénéficiaire irrévocable si le contrat tombe en déchéance?

Toutes ces questions sont des énigmes car les droits du bénéficiaire irrévocable ne sont pas définis dans la loi non plus que les obligations de l'assureur face à ce dernier. De plus, les tribunaux ne se sont pas prononcés directement sur ces questions, leurs interventions s'étant limitées à déterminer si le bénéficiaire était révocable ou irrévocable et de ce fait s'il était ou non maintenu dans son droit de créance contre l'assureur.

En conséquence, il ne nous reste plus qu'à nous rabattre sur le troisième alinéa de l'article 2454 C.c.Q. cité plus haut et de voir si le contrat en lui-même contient des clauses relatives aux droits du bénéficiaire irrévocable. Ces questions peuvent devenir très importantes, particulièrement dans des situations où le bénéficiaire irrévocable peut difficilement présumer des agissements du titulaire du contrat à son égard. Ainsi de nombreuses conventions de divorce ou de séparation de corps prévoient l'obligation pour une des parties de maintenir un contrat d'assurance en vigueur et de désigner son ex-conjoint comme bénéficiaire irrévocable de ce contrat. Il arrive fréquemment que les parties se sentent protégées par ce type de convention alors qu'en réalité celle-ci peut être aléatoire, car la compagnie d'assurances peut n'avoir que très peu d'obligations à ce titre prévues au contrat. Il est donc prudent de prévoir d'autres mesures coercitives auxquelles les parties devront se conformer, comme fournir sur une base régulière la preuve selon laquelle le contrat est maintenu en vigueur ainsi que le statut des retraits et avances sur police ou autres transactions ayant pu se produire comme l'octroi d'une hypothèque mobilière. Si le contrat ne contient pas de clauses particulières aux droits du bénéficiaire, il y a lieu de vérifier les procédures en vigueur chez la compagnie d'assurances émettrice du contrat.

2.3. MODES DE DÉSIGNATION DE BÉNÉFICIAIRES

Comme nous l'avons vu précédemment, la désignation d'un bénéficiaire peut se faire directement dans le contrat d'assurance ou de rente, dans un écrit ou par testament. Toutefois, les parties sont quelque peu tributaires des pratiques des compagnies d'assurances au moment de la réclamation, certaines n'ayant pas comme pratique de demander la copie du dernier testament avant de payer. Il convient de noter que lors d'une réclamation, l'assureur est libéré de son obligation par le paiement de la prestation au dernier bénéficiaire désigné non révoqué apparaissant dans ses livres. Dans le cas de plusieurs désignations de bénéficiaires successives, c'est la date où l'assureur reçoit la désignation de bénéficiaire qui fait état de la priorité et non la date que porte le document lui-même, que le bénéficiaire soit

révocable ou irrévocable[48], s'il n'est pas précisé que le bénéficiaire révocable antérieur est révoqué. Les avantages procurés par la désignation peuvent donc varier selon la forme du document qui sert à l'établir. Elle ne prend effet qu'au moment où elle a été reçue par l'assureur[49]. En conséquence, pour qu'une désignation de bénéficiaire puisse emporter la protection contre les créanciers, elle doit être faite dans un écrit non testamentaire.

2.3.1. Désignation dans un écrit testamentaire

La désignation d'un bénéficiaire par testament procure les mêmes avantages successoraux que celle faite directement dans la police sauf que le bénéficiaire est toujours révocable et qu'elle ne prend effet qu'au moment du décès de l'assuré. Le capital décès ne transite pas par la succession et est donc à l'abri des créanciers de cette dernière, sous réserve des exceptions ayant trait à certaines dettes fiscales ou à la survie de l'obligation alimentaire. Contrairement à une croyance populaire, la désignation d'un bénéficiaire privilégié dans un testament ne procure pas la protection à l'encontre des créanciers du titulaire de son vivant. Vu qu'un testament se veut un acte de disposition à cause de mort, il n'a d'effet qu'au moment du décès du testateur. La désignation de bénéficiaire contenue dans le testament est toujours révocable, incluant la désignation de l'époux ou du conjoint uni civilement. Elle peut donc être validement révoquée en tout temps avant le décès de l'assuré.

Le régime applicable à la désignation et à la révocation de bénéficiaires par testament n'est pas simple et ajoute à la complexité des contestations légales qui peuvent en découler. Ce sont d'ailleurs très souvent ces dossiers qui se retrouvent devant les tribunaux. Le testament nul pour vice de forme ne fait pas en sorte que la désignation de bénéficiaire qu'elle contient soit automatiquement nulle.

2.3.2. Désignation dans un écrit non testamentaire

La désignation de bénéficiaire faite dans un écrit non testamentaire ou dans la police d'assurance peut paraître plus simple *a priori*, mais comporte aussi des écueils de rédaction. Quoique la plupart des compagnies d'assurances fournissent des formulaires à cette fin, ceux-ci ne sont pas toujours remplis avec le soin qu'ils méritent, donnant ainsi ouverture à des

---

48 Art. 2452 C.c.Q.

49 Art. 2449 et 2452 C.c.Q.

conséquences légales quant à la dévolution de la somme assurée ou fiscales inadéquates et souvent coûteuses. Nous analyserons plus loin quelques situations relatives aux fiducies et à des produits ou stratégies d'assurance complexes lesquelles peuvent comporter des difficultés particulières.

2.4. MODES DE RÉVOCATION D'UN BÉNÉFICIAIRE

Au même titre que la désignation, la révocation d'un bénéficiaire doit se faire par écrit, être transmise et reçue par l'assureur pour prendre effet. La révocation peut aussi se faire par testament. Il existe certaines situations particulières où la révocation est automatique parce qu'elle découle de la loi.

2.4.1. Révocation automatique

Le prononcé d'un jugement de divorce ou la dissolution d'une union civile rendent caduque toute désignation du conjoint comme titulaire subrogé ou bénéficiaire, que cette désignation soit révocable ou irrévocable[50]. Les conjoints bénéficiaires d'un contrat d'assurance ne peuvent plus revendiquer de droits dans les cas suivants :

- un jugement de divorce est prononcé;
- un jugement d'annulation de mariage;
- un jugement d'annulation de l'union civile;
- un jugement de dissolution de l'union civile;
- une déclaration commune notariée reconnaissant la dissolution de l'union civile.

Dans ces cas précis, sauf si un bénéficiaire en sous-ordre qui se qualifie est nommé, le contrat perd alors automatiquement certains avantages comme la protection contre les créanciers du titulaire de son vivant et de sa succession au décès, et le capital décès sera payé à la succession avec ou sans testament.

D'autre part, un jugement qui prononce la séparation de corps uniquement n'a pas le même effet. Au contraire, il n'atteint pas les droits du

[50] Art. 2459, al. 2 C.c.Q.

conjoint comme titulaire subrogé ou bénéficiaire sauf si le tribunal les déclare révocables ou caducs[51]. Il faut donc faire une vérification soignée des termes du jugement avant de faire des modifications à une désignation de bénéficiaire au contrat. Les effets d'un jugement de divorce ou de séparation de corps décrits plus haut valent pour les contrats souscrits et les désignations de bénéficiaire survenues après le 1er décembre 1982.

La situation est loin d'être aussi simple si le divorce est survenu avant le 1er décembre 1982 et si la désignation de l'ex-époux à titre de bénéficiaire a été faite avant le 1er juillet 1970, suivant les règles de la *Loi de l'assurance des maris et des parents*, ou encore entre le 1er juillet 1970 et le 20 octobre 1976, date d'entrée en vigueur de la *Loi sur les assurances*. Ne vous méprenez pas; de nombreux contrats d'assurance datant de cette époque dont l'époux peut être ou ne pas être bénéficiaire irrévocable sont toujours en vigueur. Si l'époux est stipulé comme bénéficiaire irrévocable ou s'il l'était d'office selon les règles de la *Loi de l'assurance des maris et des parents*, cela signifie qu'il est toujours la personne en droit de recevoir le capital assuré s'il n'a pas formellement renoncé au bénéfice d'irrévocabilité[52].

Un autre motif de révocation automatique de la désignation de bénéficiaire révocable ou irrévocable consiste en l'annulation du contrat pour cause de déchéance ou dans le cas d'un contrat collectif, lors d'un changement de compagnie d'assurances, donc à l'émission d'un nouveau contrat.

---

51 Art. 2459, al. 1 C.c.Q.

52 Au Québec, le régime légal applicable aux époux est resté le même pendant plus de 100 ans, soit à partir de 1865, date de l'adoption de la première loi sur les assurances, la *Loi de l'assurance des maris et des parents*. À cette époque, il était interdit aux époux de s'avantager entre vifs pendant le mariage. Le fait de permettre aux maris de désigner leurs épouses comme bénéficiaires d'un contrat d'assurance était donc une exception aux principes généraux du *Code civil du Bas-Canada*. Ce n'est que le 1er juillet 1970 que le *Code civil du Bas-Canada* a été modifié pour lever cette interdiction. Le régime légal applicable aux désignations de bénéficiaires durant la période s'échelonnant entre le 1er juillet 1970 et le 20 octobre 1976, date d'adoption de la *Loi sur les assurances*, est compliqué car la désignation de bénéficiaire pouvait se faire en vertu de la *Loi de l'assurance des maris et des parents*, elle était alors irrévocable, ou selon le *Code civil du Bas-Canada* en utilisant les dispositions de la stipulation pour autrui, et elle était alors révocable. Le statut applicable au conjoint bénéficiaire durant cette période a été longuement discuté par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Lalonde* c. *Sun Life du Canada, Cie d'assurance vie*, [1992] 3 R.C.S. 261. Il convient d'y faire référence pour déterminer le statut de bénéficiaire révocable du conjoint avant 1976.

En d'autres circonstances, que le bénéficiaire révocable ait ou non le statut de bénéficiaire privilégié, il est automatiquement révoqué si le contrat d'assurance fait l'objet :

- d'une hypothèque mobilière jusqu'à concurrence du solde de la créance, des intérêts et de ses accessoires;

- d'une cession d'un contrat d'assurance à un tiers.

Il convient de noter qu'à défaut de nommer un nouveau bénéficiaire, le capital décès sera alors dévolu au titulaire du contrat, s'il diffère de la personne dont la vie est assurée ou à la succession de ce dernier s'il y a confusion des rôles.

2.4.2. Révocation par un écrit testamentaire ou non testamentaire

La désignation de bénéficiaire ne confère aucun droit au bénéficiaire autre que celui de recevoir le produit du contrat d'assurance au moment de la réalisation du risque, et ce, même si le bénéficiaire acquitte les primes du contrat ou s'il est désigné de façon irrévocable sous réserve de ce que nous avons discuté plus haut. Le bénéficiaire irrévocable doit signer le document qui le révoque à ce titre avec le preneur ou le titulaire du contrat[53]. Il ne peut pas être révoqué par testament mais il peut renoncer au bénéfice de la désignation après l'ouverture de son droit. Par contre, le bénéficiaire révocable peut être révoqué par testament, la nouvelle désignation entrant en vigueur au moment du décès, ou être remplacé en tout temps sans autre formalité que celle d'un avis à cet effet reçu par l'assureur.

Une désignation de bénéficiaire contenue dans un testament révoqué est aussi automatiquement révoquée. Si une désignation ou une révocation est faite dans un testament et qu'une nouvelle désignation ou révocation intervient postérieurement à ce testament, c'est celle survenue après la signature du testament qui est valable. Pour révoquer valablement par testament une désignation de bénéficiaire antérieure à la signature du testament, ce dernier doit indiquer la police d'assurance en cause ou démontrer clairement son intention à cet effet[54]. Pour reprendre les propos d'un auteur dans une publication récente : « Il n'est pas toujours facile de

---

[53] Art. 2460 C.c.Q.

[54] Art. 2450 C.c.Q.

tuer la désignation d'un bénéficiaire. » Raison de plus pour accorder toute l'attention nécessaire à ces questions au moment opportun.

Enfin, il convient de noter que c'est aussi la prérogative du preneur ou du titulaire de changer ou de révoquer une désignation de bénéficiaire et que cela doit toujours se faire au moyen d'un écrit. Il existe toutefois une exception à ce principe qui incite à la prudence, particulièrement dans le contexte d'assurance collective, car les tribunaux ont établi que les désignations de bénéficiaires, qu'elles soient révocables ou irrévocables, tombent automatiquement lors d'un changement d'assureur[55]. Faut-il comprendre que ce raisonnement s'appliquerait aussi dans le cas des fusions et(ou) acquisitions de compagnies d'assurances où de nouveaux numéros de contrats sont assignés?

2.4.3. Désignation de bénéficiaire invalide

Pour porter ses effets, la désignation de bénéficiaire doit être valide, c'est-à-dire que tous les bénéficiaires irrévocables au contrat doivent avoir été révoqués validement, et qu'aucune transaction intervenue dans ce dernier empêcherait une nouvelle désignation. Un autre élément fondamental réside dans le fait que seuls les produits d'assurance vie et ceux qui s'assimilent aux rentes pratiquées par les assureurs peuvent faire objet d'une désignation de bénéficiaire en bonne et due forme. Cela annule d'office toute désignation de bénéficiaire qui aurait été faite dans les certificats de placement garantis (CPG) émis par les banques ou autres institutions financières, même s'il s'agit d'un produit enregistré au titre d'un REÉR, si ce produit ne respecte pas les critères de la définition d'une rente telle que nous l'avons précisé plus haut. C'est ce qui est arrivé dans l'arrêt *Thibault*. Les conséquences pour ces produits comme les REÉR autogérés de ne pas se qualifier pour être assimilés à la rente viagère et à terme fixe pratiquée par les assureurs sont énormes. Comme nous l'avons vu, la désignation de bénéficiaire ne sert pas seulement à obtenir une protection à l'encontre les créanciers, c'est aussi un puissant outil de planification successorale.

Ainsi, une telle désignation de bénéficiaire ne produira pas d'effet et la personne en faveur de laquelle elle aurait été faite ne recevra rien. La somme sera versée au résidu de la succession si un testament existe; sinon, ce seront les règles de dévolution des successions sans testament qui s'appliqueront avec les conséquences que cela implique.

---

[55] *Daviault* c. *SSQ, société d'assurance vie*, J.E. 2004-102 (C.S.).

Cette bévue pourrait ruiner une planification successorale autant du point de vue légal que fiscal. Les sommes feront automatiquement partie de la succession du décédé et constitueront la masse commune à laquelle ses créanciers pourront accéder. Du point de vue fiscal, il pourrait par la suite être plus difficile voire impossible pour le décédé de profiter du transfert en franchise d'impôt qui peut être disponible quand le bénéficiaire du contrat de REÉR ou de FERR est son conjoint, un enfant âgé de moins de 18 ans à charge ou un enfant majeur à charge qui souffre d'une déficience physique ou mentale. Les coûts fiscaux de cette erreur peuvent être énormes. Il est donc conseillé de toujours prévoir au testament un legs particulier pour prendre la relève si la désignation de bénéficiaire s'avérait nulle. Notons que la désignation de bénéficiaire faite dans un testament qui par ailleurs serait nul pour vice de forme ne serait pas nulle pour autant, tant et aussi longtemps qu'elle porte sur un bien qui se qualifie à cette fin.

2.4.4. Ordre de dévolution

L'ordre de décès à survenir est important car la désignation de bénéficiaire en matière d'assurance vie ne permet pas la représentation successorale[56]. Voici une des situations qui mérite une attention particulière lors de la désignation d'un bénéficiaire dans le contrat d'assurance ou dans un écrit non testamentaire. Il s'agit là d'une question importante à laquelle le titulaire doit apporter attention. Malheureusement, les désastres communs où plusieurs membres d'une même famille décèdent en même temps sont plus fréquents qu'on ne le croit.

Prenons la situation où un père, Philippe, nomme ses deux enfants Paul et Marie comme bénéficiaires de son contrat d'assurance vie dont le capital décès est de 500 000 $. Paul décède dans un accident et Philippe décède quelques jours plus tard. La totalité du capital décès va échoir à Marie au décès de Philippe. Dans l'hypothèse où Paul avait lui-même une fille, Amélie, il aurait fallu que Philippe l'indique comme bénéficiaire du contrat en sous-ordre à la place de Paul ou encore qu'il permette la représentation en faveur des enfants survivants de Paul. Ainsi, le bénéficiaire doit être vivant au moment de l'ouverture de son droit sinon sa part accroît celle des cobénéficiaires. Si Philippe a la capacité de changer la désignation des bénéficiaires subséquemment, il pourrait alors ajouter Amélie et les enfants à naître de Marie à la liste de ses bénéficiaires.

---

[56] Art. 2456 C.c.Q.

Il existe une exception à ce principe si des quotes-parts inégales ont été assignées à chacun des bénéficiaires; celle qui aurait dû échoir au bénéficiaire prédécédé sera dévolue à la succession de l'assuré dans la mesure où l'assuré et le titulaire sont les mêmes personnes, sinon elles seront remises au titulaire de la police[57]. Par exemple, Michelle désigne les personnes suivantes comme bénéficiaires de sa police d'assurance : Pauline pour 20 %, Steve pour 30 % et Charlène pour 50 %. Si Steve est déjà décédé au moment où le capital décès devient payable, sa quote-part de 30 % ira aux héritiers de Michelle suivant son testament ou selon les règles des successions *ab intestat*, à moins de préciser un bénéficiaire en sous-ordre ou d'indiquer la représentation.

En cas de décès simultanés, alors qu'il serait impossible de déterminer lequel de l'assuré ou du bénéficiaire du contrat est décédé en premier, la loi établit une présomption de survie de la personne assurée[58]. Par contre, il existe une exception intéressante à ce principe si l'assuré décède sans testament et qu'il ne laisse aucun héritier successible[59]. La présomption de survie est renversée en faveur du bénéficiaire qui est présumé avoir survécu à l'assuré. La prestation d'assurance exigible sera alors payée aux héritiers ou successibles du bénéficiaire. Prenons pour exemple la situation où Philippe, père de Marie, est veuf, qu'il n'a pas d'autres enfants vivants et qu'il est sans famille alors que Marie est mariée à Frédéric et qu'ils n'ont pas encore d'enfant. Philippe a désigné Marie comme bénéficiaire de son contrat d'assurance dont le capital décès est de 500 000 $. Philippe et Marie périssent dans un accident d'avion et il est impossible de déterminer qui est décédé le premier. La présomption du Code civil voudrait que Philippe ait survécu à Marie et que les héritiers de Philippe reçoivent le capital décès d'assurance. Comme Philippe n'a plus d'héritiers vivants, c'est Marie qui sera présumée avoir survécu à Philippe. Le capital décès sera alors versé à Frédéric son conjoint et l'unique héritier de Marie.

---

[57] Art. 2456, 755 et 756 C.c.Q. Il convient de noter que la rédaction du *Code civil du Québec* mentionne que la part sera remise à la succession de l'assuré. Cela ne semble pas être une solution plausible dans le contexte où le titulaire aurait survécu à l'assuré étant donné que c'est ce dernier qui détient tous les droits dans le contrat, dont celui de désigner les bénéficiaires et à défaut de bénéficiaire désigné, de recevoir le produit de l'assurance.

[58] Art. 2448 C.c.Q.

[59] La liste des héritiers successibles dans une succession sans testament est très longue et s'échelonne jusqu'au huitième degré en ligne directe et collatérale (art. 683 C.c.Q.).

Ces solutions sont celles offertes par le *Code civil du Québec* lorsque de telles circonstances se présentent. Elles ne pèchent pas par excès de clarté, donnant ouverture à des débats entre les savants juristes. Il est important de vérifier les termes du contrat et les formulaires des assureurs car ceux-ci peuvent contenir des dispositions différentes de celles offertes par le *Code civil du Québec*, lesquelles sont de nature supplétive. En pratique, les compagnies d'assurances émettront les chèques en fonction des directives écrites qu'elles reçoivent. Elles ne se mêleront pas des débats familiaux ou autres, et certaines émettront un seul chèque payable conjointement à tous les bénéficiaires apparaissant dans leurs livres et éventuellement au titulaire du contrat. Il est donc nécessaire d'être très clair et précis quant à l'expression de nos volontés lors de la rédaction de la désignation.

3. LES SITUATIONS PARTICULIÈRES

Les propos qui ont précédé étant d'ordre général, ils ne répondent pas nécessairement à certaines questions bien précises auxquelles nous sommes souvent confrontés. De plus, l'industrie de l'assurance vie a développé des types de contrats et des stratégies complexes dont les artifices nous laissent parfois perplexes quant aux aspects légaux et fiscaux des conséquences qu'ils génèrent. Il en est ainsi, entre autres, des contrats d'assurance vie multiple, de ceux consentis conjointement sur la vie de deux personnes payables au premier ou au deuxième décès, et des contrats d'assurance en quote-part. Cette partie du présent texte se veut donc un pot-pourri de questions et de réponses concernant des situations particulières qui ont été portées à notre attention. Nous passerons en revue certains aspects de la désignation d'une fiducie à titre de bénéficiaire, du transfert de contrat à un titulaire subrogé ou de la désignation de bénéficiaire subrogé.

Malheureusement ces questions n'ont parfois pas de réponse ou comportent des aspects tellement complexes qu'il est préférable de ne pas donner suite à la stratégie plutôt que d'espérer économiser quelques dollars de frais de contrat.

3.1. LA FIDUCIE ET L'ASSURANCE VIE

En termes de droit civil, la fiducie constitue un patrimoine distinct de celui du constituant et des bénéficiaires[60]. Elle existe donc par la création d'un « patrimoine d'affectation » auquel le constituant transfère des biens qui sont affectés à une fin particulière qu'un fiduciaire s'oblige à

[60] Jacques BEAULNE, *Droit des fiducies*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998, pp. 92-93.

administrer. Le fiduciaire ne possède aucun droit de propriété sur les biens, il n'est donc qu'administrateur. La création de la fiducie de droit civil doit se faire en termes exprès et ne peut en aucun cas être implicite ou présumée. Une fiducie personnelle doit être constituée par un acte de donation ou un testament.

Le fiduciaire a la pleine administration des biens d'autrui[61]. Selon les objets de la fiducie, il est non seulement responsable de la conservation des biens mais aussi de leur accroissement, le tout dans un esprit de protection des droits des bénéficiaires.

La détention des polices d'assurance vie par une fiducie devient de plus en plus populaire particulièrement à cause des avantages qu'elle procure tels que la protection contre les créanciers des divers intervenants et la souplesse dont elle peut jouir pour transférer des revenus ou du capital à des bénéficiaires.

3.1.1. Les contraintes de la désignation d'une fiducie comme bénéficiaire d'un contrat d'assurance vie

La fiducie en elle-même existe de par la volonté d'un constituant et est censée être une institution qui reflète parfaitement cette volonté, soit la mise à part d'un actif administré par un tiers choisi par le constituant ou selon un modèle qu'il détermine, pour le bénéfice d'une personne déterminée ou déterminable, son bénéficiaire. Il est donc intéressant de constater que les buts recherchés par le constituant d'une fiducie ressemblent étrangement à ceux recherchés par la désignation d'un bénéficiaire d'un contrat d'assurance vie.

Selon que son existence commence du vivant ou au décès du constituant, la fiducie sera qualifiée de « testamentaire » ou de « non testamentaire ». Un régime fiscal différent s'appliquera selon le cas. Beaucoup prétendent qu'une fiducie de droit civil ne peut être valablement désignée au contrat d'assurance comme bénéficiaire parce qu'elle n'a pas d'existence réelle avant le décès du testateur et que de toute façon, le capital d'assurance devrait transiter par la succession car la fiducie n'a pas d'existence réelle tant aussi longtemps qu'un patrimoine ne lui est pas transféré.

---

[61] Art. 1299 C.c.Q.

Quel serait le sort d'une désignation de bénéficiaire consignée dans un contrat d'assurance et qui se lierait comme suit : « Mon frère Z en fidéicommis pour mes enfants A et B » ou pire encore, « mes enfants A et B en fidéicommis »?

Selon plusieurs auteurs, une telle désignation ne mènerait pas à la création d'une fiducie parce qu'il y manque un élément essentiel : le transfert d'un bien dans un patrimoine d'affectation. En effet, la somme assurée ne fait partie ni du patrimoine de l'assuré, ni de celui du titulaire du contrat, ni du bénéficiaire, tant et aussi longtemps que le risque, soit le décès de l'assuré, n'est pas réalisé. Il n'y a donc pas de patrimoine ni d'acceptation fiduciaire; il devient donc impossible de dire qu'une fiducie a été constituée du vivant. Au pire, le capital décès serait payé directement aux enfants et il serait administré par leur tuteur d'office, soit le parent survivant. Il est fort possible que cela ne soit pas le but ultime recherché. Au mieux, le frère Z pourrait être considéré comme un administrateur au sens de l'article 210 C.c.Q. Il aurait donc l'administration du capital décès pour le bénéfice des enfants jusqu'à ce qu'ils aient atteint l'âge de 18 ans, sans plus. Il aurait alors les mêmes pouvoirs qu'un tuteur aux biens, soit la simple administration des biens d'autrui avec les contraintes concernant la reddition annuelle des comptes et l'obligation de fournir un cautionnement pour garantir son administration.

Heureusement, les tribunaux ont démontré beaucoup de souplesse dans l'interprétation de ce genre de désignation de bénéficiaires et ont beaucoup insisté sur la recherche de l'intention du titulaire du contrat, particulièrement lorsque des enfants mineurs étaient en cause[62]. Cela ne signifie pas pour autant que ce genre de « fiducie » subirait avec succès les tests légaux et fiscaux s'il s'avérait nécessaire d'y procéder. Toutefois, l'ordonnance du tribunal peut « combler les vices », car une fiducie peut être valablement constituée par un jugement.

Une désignation acceptable pourrait se lire comme suit : « À mon frère Z, en sa qualité de fiduciaire pour le bénéfice de mes enfants A et B et suivant les termes de mon testament. »

Cela aurait pour effet de créer un patrimoine d'affectation. Si les prescriptions du *Code civil du Québec* sont suivies à la lettre, il semble que cette désignation ne respecte pas les critères de constitution de la fiducie car

---

[62] *Mario Allard* c. *AXA Assurances inc. et Karina Boutin*, C.S. Québec, n° 200-17-005554-050, 11 juillet 2005, j. Bélanger.

il n'y a pas de transfert effectif d'actifs ni d'acceptation de la charge par un fiduciaire. Que vaut donc la référence au testament? Comme nous l'avons expliqué antérieurement, le patrimoine commence à exister au décès de l'assuré. Si la désignation de bénéficiaire est reprise dans le testament, le capital décès sera donc payable et le fiduciaire pourra le recevoir et accepter la charge. Nous croyons qu'il y aurait alors création bonne et valable d'une fiducie testamentaire au sens fiscal du terme, même si certains auteurs prétendent que la fiducie doit être créée avec un autre actif nominal de la succession pour être habilitée à recevoir le capital décès. À notre avis, une telle désignation de bénéficiaire ne procurerait pas de protection à l'encontre des créanciers du vivant du titulaire, même si les ultimes bénéficiaires sont ses enfants et le capital décès pourrait être inclus dans la masse de la succession au lieu d'être payé directement à la fiducie. Cela met donc cet argent à risque par rapport aux créanciers de la succession. Il n'y a pas de décisions de nos tribunaux sur ces questions qui demeurent ouvertes. En ce qui concerne le traitement fiscal de ce genre de fiducie, l'ARC a accepté le fait, lors d'une table ronde récente, qu'une fiducie par ailleurs constituée par testament avec le legs particulier d'une somme d'argent puisse recevoir le produit d'une police d'assurance vie dont elle est bénéficiaire et maintenir son statut de fiducie testamentaire[63].

Une autre technique consiste à créer une fiducie du vivant du constituant en y transférant une somme nominale et à désigner cette fiducie comme bénéficiaire de la police d'assurance. Dans ces circonstances, il n'y a pas de problème de création de la fiducie, mais il s'agira toujours d'une fiducie non testamentaire avec les désavantages fiscaux que cela comporte. La désignation de la fiducie comme bénéficiaire dans le contrat d'assurance n'apporterait aucune protection contre les créanciers du titulaire du vivant de l'assuré sauf si la désignation est irrévocable. Par contre, le capital décès ne transiterait pas par la masse successorale, il serait alors protégé des créanciers de cette dernière. Une autre façon de protéger le contrat contre les créanciers du titulaire du vivant serait de transférer le contrat d'assurance dans la fiducie immédiatement ou de faire souscrire la police par cette dernière. Il convient de noter que le transfert du contrat d'assurance à la fiducie constitue une disposition imposable au sens de la définition de disposition du paragraphe 148(9) L.I.R. Même si la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit la possibilité de transférer un contrat d'assurance au coût

---

[63] *CRA Views*, *op. cit.*, note 34, interprétation technique 2005-0132271C6, 7 octobre 2005; « Table ronde sur les produits financiers », dans *Congrès 2005*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2006, pp. 57:1-39, question 5., aux pages 57:15-16.

lorsque le bénéficiaire du transfert est l'enfant dont la vie est assurée et que cet enfant est l'unique assuré dans le contrat[64], cet avantage n'existerait pas dans le cas d'un transfert à une fiducie même si cette dernière est créée exclusivement pour le bénéfice de l'enfant dont la vie est assurée[65]. Seule la désignation de l'enfant à titre de titulaire subrogé du contrat au décès du parent titulaire pourrait donner ce résultat.

3.2. SOCIÉTÉ PAR ACTIONS

Les sociétés par actions peuvent détenir les produits d'assurance acquis pour financer les conventions d'achat ou de rachat d'actions suivant plusieurs modes, compte tenu des méthodes de rachat prévues dans la convention. Des polices d'assurance pourront aussi être souscrites pour couvrir les besoins de remplacement en cas de décès prématuré d'un collaborateur essentiel ou d'un actionnaire dirigeant. De plus, certaines sociétés de portefeuille détiennent ces produits pour couvrir les impôts payables au décès de leurs actionnaires.

3.2.1. Détention croisée par les actionnaires

Cette méthode prévoit que chacun des actionnaires est titulaire ou cotitulaire d'un contrat sur la vie d'un ou de plusieurs coactionnaires et qu'il est aussi bénéficiaire ou cobénéficiaire du produit d'assurance dans les proportions prévues par la convention. Dans un tel contexte, seule une désignation de bénéficiaire irrévocable pourrait constituer une certaine protection en cas de faillite ou à l'égard des créanciers ordinaires des individus. Ce mode de détention rend ce type de protection encore plus important, car le contrat d'assurance fait partie du patrimoine du titulaire. Il constitue le gage commun de tous ses créanciers. Cela signifie donc qu'un revers de fortune personnel n'influant nullement sur les affaires de la société par actions pourrait mettre en danger la survie du contrat d'assurance dont les valeurs pourraient éventuellement être englouties dans la faillite ou les dettes d'un individu.

---

[64] Par. 148(8) L.I.R.; *CRA Views*, *op. cit*., note 34, interprétations techniques 2005-0125391E5, 29 août 2005 et 2005-0136701C6, 7 octobre 2005; « Table ronde sur les produits financiers », *loc. cit*., note 63, question 10., 57:21-22.

[65] *CRA Views*, *op. cit*., note 34, interprétation technique 9826715, 9 janvier 1999.

3.2.2. Détention par la société opérante

Ce mode de détention a l'avantage de mettre les polices d'assurance à l'abri des créanciers personnels des actionnaires. Toutefois, s'il s'agit d'un contrat avec des valeurs de rachat, celles-ci feront partie des actifs de la société et en situation de difficultés financières, elles pourront faire l'objet d'une saisie ou être englouties dans la faillite. Comme la société doit être à la fois titulaire et bénéficiaire du contrat d'assurance pour respecter les critères du paragraphe 89(1) L.I.R., et ainsi profiter de la disponibilité du compte de dividendes en capital (ci-après « CDC ») pour payer un dividende libre d'impôt, une désignation de bénéficiaire privilégié ne sera pas possible. De plus, le fait de nommer un bénéficiaire autre que la société qui paie les primes pourra constituer un avantage pour l'actionnaire imposable en vertu du paragraphe 15(1) L.I.R.

3.2.3. Détention par une société de portefeuille

Beaucoup de gens d'affaires sont intéressés à détenir leur contrat d'assurance vie dans une société de portefeuille. L'une des raisons le plus souvent invoquées est la protection à l'encontre des créanciers des actionnaires et de ceux de la compagnie opérante. Cela est vrai pourvu que la société de portefeuille ne garantisse pas les emprunts ou autres transactions de la société opérante et qu'elle n'effectue pas elle-même des transactions pouvant mettre en danger sa santé économique. Il reste que ces probabilités sont minces si les investissements sont prudents et diversifiés ou si la société de portefeuille ne détient aucun autre bien que les actions de la société opérante et le contrat d'assurance vie. Les autres commentaires concernant la société opérante peuvent aussi trouver application à ce niveau.

Une pratique courante consiste à faire détenir la police d'assurance vie par la société de portefeuille et à désigner la société en exploitation ou une autre société membre du groupe comme bénéficiaire du contrat. À ce chapitre, l'ARC a indiqué à quelques reprises que cette stratégie pourrait être acceptable et qu'elle ne causerait pas de conséquences fiscales négatives si elle était mise au point pour des raisons d'affaires véritables. La question de la détention par des compagnies sœurs qui se désignent bénéficiaires entre elles restent toujours en suspens.

3.2.4. Aspects fiscaux touchant les sociétés par actions

Une prestation décès provenant d'une police d'assurance vie, reçue par une société, accroîtra le CDC de la société. Le montant à inclure dans le CDC sera calculé comme suit :

- produits nets reçus d'une police pour laquelle la société était bénéficiaire

moins :

- coût de base rajusté (ci-après « CBR ») de la police pour la société

La société peut verser aux actionnaires un dividende en capital jusqu'à concurrence du solde du CDC. Les dividendes en capital sont non imposables lorsqu'ils sont reçus par des actionnaires canadiens.

La logique justifiant la déduction du CBR dans le calcul du CDC est de s'assurer que seul le gain de mortalité (la protection pure) d'une police est inclus dans le CDC. Le CBR d'une police tend à représenter le coût de la portion investissement, soit la prime payée pour acquérir la police. Par contre, le calcul du CDC fait état du CBR de la police **pour la société**. Lorsqu'une société n'est que bénéficiaire d'une police, elle n'a aucun CBR relativement à cette police. Le montant crédité au CDC est donc plus élevé que si la société avait été bénéficiaire, propriétaire et aurait payé les primes. Cette question a été adressée à l'ARC lors d'une table ronde de la CALU de mai 1996. La réponse a été la suivante : « […] l'intention du législateur était clairement de faire réduire le CDC du CBR de la police, même si ce résultat n'était pas atteint lorsque la société n'était pas propriétaire de la police ». Cet élément a été porté à l'attention du ministère des Finances pour qu'il le prenne en considération et est revenu sur le sujet à la Table ronde au Congrès de la CALU tenu en mai 1999. La position de l'ARC veut qu'une telle situation pourra être prise en compte si elle était motivée par des raisons d'affaires véritables et non uniquement pour épargner de l'impôt.

Dans une planification très usitée où une société de portefeuille est propriétaire de la police alors que la filiale opérante en est bénéficiaire, l'élément reposant sur la maximisation du CDC ne semble pas très certain. N'oublions pas que souvent cette planification est envisagée principalement pour des raisons de protection contre les créanciers, et de simplification du rachat au décès, et est donc toujours appropriée. Si un changement de bénéficiaire était fait uniquement dans le but de maximiser le CDC, l'ARC a mentionné dans une interprétation technique qu'il pourrait avoir un argument raisonnable pour invoquer la règle antiévitement[66].

---

[66] *Revenue Canada Views*, dans *Tax Partner* (CD-ROM), Scarborough, Ont., Carswell, interprétation technique 9916175, 13 juillet 1999.

3.3. SOCIÉTÉ DE PERSONNES

Certaines entreprises sont constituées sous forme de sociétés de personnes. Le plus souvent, il s'agit de cabinets de comptables, d'avocats, de médecins, de notaires ou de vétérinaires constitués en sociétés en nom collectif. Le besoin d'assurance pour le rachat au décès du partenaire ou comme personne clé est le même que dans le cas d'une société par actions.

Les biens détenus par une société de personnes font partie de la juste valeur marchande de la part sociale elle-même détenue par chacun des associés. Une situation d'insolvabilité dans de telles circonstances ne mettrait pas nécessairement en danger la survie de la police d'assurance pourvu que la société de personnes continue d'être elle-même économiquement saine. Il est évident que la participation de l'associé insolvable serait toutefois l'objet de la saisine du syndic de faillite et que les termes de la convention entre associés pourront dès lors déterminer le sort des actifs sur lesquels il détient des droits.

3.3.1. Aspects fiscaux

Les règles fiscales s'appliquant à l'assurance vie diffèrent de celles s'appliquant aux sociétés par actions. Il n'y a pas le mécanisme du CDC permettant d'acheminer, libre d'impôt, une portion importante des fonds de la prestation décès à l'actionnaire des actions rachetées. Par contre, le produit net d'une police d'assurance vie reçu par une société de personnes augmente le CBR de la participation de chaque associé dans la société de personnes[67]. L'augmentation du CBR d'une participation dans une société se fait à la date à laquelle le produit est reçu, et non à la date où on a le droit de le recevoir[68]. De cette façon, un associé survivant pourra bénéficier de ce mécanisme parce qu'il peut recevoir de la société une somme libre d'impôt, jusqu'à concurrence du produit de base rajusté (ci-après « PBR ») de la participation de l'associé dans la société. Cette disposition n'est pas toujours utile pour l'associé décédé, puisqu'il est présumé avoir disposé de sa participation immédiatement avant son décès, et qu'il est habituellement racheté pour ce prix. La disposition présumée accroît le PBR de la participation à la valeur marchande avant le décès, qui est habituellement le prix auquel la participation est rachetée.

---

67 S.-al. 53(1)e)(iii) L.I.R.

68 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-430R3 (consolidé), « Produit d'une police d'assurance vie que reçoit société privée ou une société de personnes par suite d'un décès », 10 février 1997, par. 8.

Lorsqu'une société de personnes reçoit une prestation décès nette du CBR, et que cette somme est attribuée à un associé qui est une société privée, cette dernière peut ajouter la somme ainsi attribuée à son CDC. Lorsque la convention entre associés prévoit que les produits d'assurance vie seront alloués et payés à un associé incorporé en paiement complet et final de la participation dans la société, seul le PBR de cet associé corporatif sera touché. Il en résulte donc une disposition de la participation au moment où l'assurance vie est payée, et cette disposition entraînera généralement une perte en capital[69].

3.4. CONTRATS D'ASSURANCE VIE MULTIPLE

Voici un exemple de contrat d'assurance vie multiple souvent proposé dans un contexte familial. Monsieur est assuré individuellement pour 500 000 $ de même que Madame. Chacun des trois enfants a aussi une couverture de 150 000 $. En plus, ce contrat comporte une couverture conjointe sur la vie de Monsieur et de Madame payable au deuxième décès de 300 000 $ pour couvrir les impôts latents. Ce contrat comporte une couverture conjointe au premier décès sur la vie de Monsieur et de Madame de 250 000 $ pour couvrir l'hypothèque de la maison. Ce contrat comporte donc sept couvertures ou garanties selon les compagnies, pour un total de 2 M$. Heureusement pour notre cas, ils ont refusé la couverture d'assurance maladies graves. Il y a autant de contrats de ce type que de compagnies d'assurances et la liste s'agrandit régulièrement, la limite étant la capacité des systèmes informatiques de gérer ces contrats et l'imagination des spécialistes en marketing.

Un contrat d'assurance vie multiple se définit comme un contrat unique grâce auquel au moins deux personnes peuvent bénéficier d'une couverture d'assurance. Ces contrats complexes comportent donc plusieurs difficultés.

Désignations de bénéficiaires

Chacune des sept couvertures peut-elle comporter une désignation de bénéficiaires qui lui est propre? Y a-t-il des bénéficiaires en sous-ordre? À quel bénéficiaire sera payable chacun des capitaux assurés? Les bénéficiaires doivent-ils être révocables ou irrévocables? Qu'arrive-t-il si un ou plusieurs bénéficiaires sont mineurs… irrévocables? Au moins sept combinaisons sont

---

[69] *Revenue Canada Views*, *op. cit.*, note 66, interprétation technique 1991-275, décembre 1991.

possibles, à vous de faire le décompte. Comme professionnels, nous ne voudrions pas avoir à régler ces questions.

Fonds accumulé

En plus du capital assuré, à qui sera payable le fonds accumulé? Et quand? Une des options que comporte ce type de police est le paiement du fonds accumulé au premier décès à survenir suivant les principes que nous analyserons plus loin. Si cette possibilité n'est pas choisie, les autres options disponibles pourraient être, par exemple, le versement au dernier décès à survenir ou au prorata du capital assuré.

Les droits du titulaire

Y a-t-il un seul titulaire à ce contrat ou plusieurs? Y a-t-il des titulaires subrogés? Advenant qu'il y ait cinq titulaires, il pourrait aussi y avoir autant de titulaires subrogés. Les questions qui reviennent le plus souvent sont celles qui touchent aux droits et obligations des parties comme de payer la prime ou de désigner un bénéficiaire. Pour répondre à ces questions, on doit porter une attention particulièrement à la façon dont le contrat a été structuré. Il est certain que seul le titulaire du contrat ou le preneur, comme nous l'avons vu précédemment, est habilité à exercer les droits relatifs au contrat comme la désignation d'un bénéficiaire ou d'un titulaire subrogé, l'accès aux valeurs de rachat, la décision de consentir une hypothèque mobilière ou tout simplement de mettre fin au contrat. C'est aussi lui qui a l'obligation de payer la prime nécessaire pour maintenir le contrat en vigueur.

La protection contre les créanciers

En considérant la relation entre le ou les titulaires et les bénéficiaires, ce contrat aurait-il des chances d'être à l'abri des créanciers? Nous n'avons pas de réponse ferme à cette question car trop de combinaisons sont possibles. Nous nous contenterons d'une déclaration laconique à savoir que si tous les bénéficiaires désignés sont des bénéficiaires privilégiés par rapport au titulaire du contrat ou encore que tous les bénéficiaires sont des bénéficiaires irrévocables, cette conclusion pourrait être possible.

Titulaires subrogés

Certaines conséquences d'ordre fiscal peuvent toutefois survenir au cours de ces opérations. Par exemple, le titulaire du contrat est la personne qui est responsable de payer les impôts applicables sur le gain sur police au moment où survient une disposition de ce dernier au sens de la *Loi de*

l'impôt sur le revenu[70]. Ainsi, la désignation d'un titulaire subrogé en cas de décès du titulaire initial qui ne serait pas lui-même un des assurés au contrat pourrait déclencher une imposition si le titulaire subrogé n'est pas le conjoint du titulaire initial[71]. En fait, le transfert à une autre personne dont la vie est assurée qui n'est pas le conjoint du titulaire, que ce soit du vivant ou à son décès, déclencherait automatiquement l'imposition du gain sur police[72], parce qu'il serait dès lors impossible de respecter les autres exigences de l'exception au paragraphe 148(7) L.I.R. prévues au paragraphe 148(8) L.I.R.[73] En fait, comme il s'agit d'un transfert entre personnes ne transigeant pas à distance au sens du paragraphe 148(7) L.I.R., un tel transfert doit s'effectuer à la valeur de l'intérêt à ce moment, qui est égale à la valeur de rachat[74]. Sur une base d'exception, seul l'enfant ou les parents de l'enfant dont la vie est assurée peuvent se voir transférer le contrat au coût. Comme plusieurs personnes sont assurées selon le même contrat, et même si le récipiendaire était un des enfants dont la vie est assurée, cela ne serait pas suffisant pour assurer le roulement, les termes du paragraphe 148(8) L.I.R. restreignant son application à une seule personne. Il est donc important de faire attention à ces considérations lorsque de tels contrats sont souscrits ou que des modifications y sont apportées.

Dans le contexte de l'assurance corporative, ce genre de contrat peut aussi mener à des problèmes fiscaux importants. Les mécanismes d'intégration fiscale permettent que l'excédent du capital décès sur le CBR du contrat reçu par une société par actions provenant d'une police d'assurance vie exonérée puisse être versé aux actionnaires de la société sous la forme d'un dividende en capital lorsque la société est bénéficiaire désignée du contrat et qu'un choix fiscal est exercé en conséquence dans les délais prescrits[75].

Deux problèmes importants surgissent alors dans le cas d'un contrat d'assurance vie multiple. Les rajustements prévus au CBR du contrat par le

---

70 Par. 148(9) « disposition » L.I.R.

71 Par. 148(8.2) L.I.R.

72 Le gain sur police réalisé lors de la disposition d'un intérêt dans une police d'assurance vie se calcule comme étant l'excédent des valeurs de rachat sur le CBR du contrat; par. 148(1) et 148(9) « coût de base rajusté » L.I.R.

73 « The CRA Responds: Tax Policy Roundtable 2004 », dans *CALU Report*, Conference for Advanced Life Underwriting, juin 2004, question 3.

74 Par. 148(9) « valeur » L.I.R.

75 Al. 89(1)d) « compte de dividendes en capital » et par. 83(2) L.I.R.

jeu du paragraphe 148(9) « coût de base rajusté » L.I.R. ne permettront pas de réduire ce dernier de sorte que le crédit admissible au CDC sera limité de façon significative pour l'avenir. Le deuxième problème important réside dans les questions touchant l'évaluation des actions de la société. Selon les principes édictés par le paragraphe 70(5.3) L.I.R., la valeur des actions détenues par un actionnaire immédiatement avant son décès inclut la valeur de rachat mais non le capital décès dont le paiement devient exigible après le décès. Dans le cas de contrats d'assurance payables au deuxième décès, des modifications ont été apportées au paragraphe 70(5.3) L.I.R. pour que la valeur des actions restent limitée à la valeur de rachat du contrat lorsque l'un des particuliers dont la vie est assurée décède ou dispose du contrat pourvu que le successeur soit une personne avec qui il ne transige pas à distance[76]. Cet amendement ne règle toutefois pas la question de l'évaluation des actions lorsque les personnes assurées dans le contrat d'assurance vie multiple sont les actionnaires d'une même société qui transigent à distance.

3.5. CONTRAT D'ASSURANCE VIE CONJOINT PAYABLE AU PREMIER OU AU SECOND DÉCÈS

Il arrive fréquemment que des conjoints souscrivent un contrat d'assurance unique payable au premier ou au second décès à survenir. Ces contrats sont avantageux car ils permettent d'établir un âge commun pour les conjoints, réduisant ainsi les risques de mortalité et du fait même, les coûts d'assurance. Ils sont particulièrement populaires dans un contexte de planification successorale quand les impôts latents sur les biens susceptibles d'une forte accumulation deviendront exigibles au décès du dernier des conjoints. Encore une fois, les compagnies d'assurances ont fait preuve de beaucoup de créativité dans l'élaboration de ces contrats, car certains peuvent avoir des attributs très particuliers comme la possibilité de payer les fonds accumulés au contrat ou les valeurs de rachat au premier décès, ce qui implique autant de bénéficiaires en premier et en sous-ordre. L'ARC a indiqué de façon claire et sans équivoque que dans l'état actuel du droit, si cette somme est payée en raison du décès d'une personne dont la vie est assurée au contrat, elle sera considérée comme un capital décès et de ce fait, ne déclenchera pas de disposition imposable en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[77].

---

[76] « The CCRA Responds: Tax Policy Roundtable CALU 2000 », dans *CALU Report*, Conference for Advanced Life Underwriting, 1er juillet 2000, question 1; *CRA Views*, *op. cit.*, note 34, interprétation technique 2000-0014245, 28 mars 2000.

[77] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2000-003388, 11 septembre 2000.

Encore une fois dans ce contexte précis, l'exercice des droits rattachés au contrat revient à la personne qui en est titulaire. C'est cette dernière qui peut nommer un ou des bénéficiaires ou titulaires subrogés. C'est aussi elle qui assumera les impôts payables si une des opérations qui déclenche une disposition imposable est effectuée de son vivant ou à son décès.

Ici encore, la planification du transfert d'un tel contrat directement entre les mains d'un conjoint survivant ne posera pas de problème vu la disponibilité du transfert au conjoint en franchise d'impôt. Toutefois, si les conjoints sont tous deux copropriétaires du contrat, il faut garder en mémoire que leur quote-part du contrat sera transmise à leur succession suivant leurs dispositions testamentaires ou les dispositions du *Code civil du Québec* applicables aux successions sans testament à défaut. Il serait alors possible que le transfert de la propriété du contrat s'effectue en faveur de personnes qui ne sont pas admissibles au transfert direct en franchise d'impôt, par exemple un tiers au conjoint et les deux tiers aux enfants successibles. De ce fait, l'imposition du gain sur police pourrait être déclenchée dans la proportion qui s'applique au décédé. Il est donc nécessaire de prévoir que le conjoint soit le titulaire subrogé de la part de l'autre en cas de prédécès, ce qui peut mener à des situations assez compliquées.

3.5.1. Transfert à une fiducie exclusive au conjoint

La fiducie exclusive au conjoint est souvent proposée comme outil pour transférer des actifs d'une succession dont l'objectif ultime est de favoriser les enfants du couple ou ceux nés d'une précédente union. Le transfert d'un contrat d'assurance payable au second décès dont l'un des assurés est titulaire comporte certains problèmes non négligeables, tant sur le plan du transfert qu'en matière des désignations de bénéficiaires.

Le paragraphe 148(8.2) L.I.R. permet le transfert du contrat au coût du vivant ou au décès, uniquement dans le cas où il serait réalisé en faveur du conjoint lui-même qui est un résident du Canada à ce moment précis. Aucune autre entité n'y est mentionnée, ce qui exclut d'emblée le transfert à une fiducie exclusive en faveur du conjoint. Un transfert à une telle fiducie déclencherait donc l'imposition du gain sur police accumulé, soit l'excédent de la valeur de rachat sur le CBR du contrat.

En plus de représenter une difficulté fiscale sur le plan du transfert comme tel de ce genre de contrat à une fiducie exclusive au conjoint, deux interprétations techniques récentes sont venus jeter de l'ombre sur la détention d'un tel contrat par une fiducie exclusive au conjoint en établissant que la paiement de la prime du contrat que ce soit à même le capital ou le

revenu de la fiducie constituerait un élément d'appropriation par un tiers autre que le conjoint survivant des biens de la fiducies, ce qui a pour conséquence de contaminer la fiducie à tous les égards[78]. Cela règle donc la question du transfert d'un contrat d'assurance payable au deuxième décès à la fiducie exclusive en faveur du conjoint survivant. Il est donc nécessaire de créer une autre fiducie à ce titre si le transfert ne peut pas se faire directement à l'individu concerné. Dans une interprétation technique subséquente, l'ARC est venue préciser la question de la police d'assurance vie détenue par une fiducie exclusive au conjoint par ailleurs contaminée en indiquant que le fait pour la fiducie de payer la prime du contrat d'assurance à partir du capital ou du revenu de la fiducie entraînerait un avantage imposable pour le bénéficiaire de la police suivant les dispositions du paragraphe 105(1) L.I.R.[79] Ces conclusions peuvent nous paraître discutables en soi, particulièrement en ce qui concerne l'avantage imposable si le bénéficiaire du contrat est aussi la fiducie. Il serait nécessaire de revoir ces dispositions à la lumière des nouvelles données de notre société moderne où les besoins en planification successorale efficace pour les familles reconstituées se font de plus en plus pressants.

3.6. CONTRATS D'ASSURANCE EN QUOTE-PART

Les concepts d'assurance en quote-part se divisent en trois grandes catégories :

- l'assurance vie en copropriété;
- l'assurance vie à propriété partagée;
- l'assurance vie à primes et bénéfices partagés.

La distinction est ténue entre l'assurance en copropriété et l'assurance à propriété partagée, car les deux notions se regroupent dans les règles du *Code civil du Québec* touchant la copropriété indivise. Toutefois, les nuances doivent se faire sur le plan de l'allocation des bénéfices et du partage des

---

78 « The CRA Responds: Tax Round Table 2006 », dans *CALU Report*, Conference for Advanced Life Underwriting, juin 2006, question 3.

79 « Practitioner/CRA Round Table », dans *2006 STEP Canada National Conference*, Society of Trust and Estate Practitioners, 13 juin 2006, question 2.

coûts. Malheureusement, ces concepts sont plus connus sous leur vocable anglais *shared ownership insurance* et *split-dollar insurance*[80].

Du point de vue pratique, le concept est constitué d'abord et avant tout par la conclusion d'une entente écrite visant à circonscrire le cadre des relations entre les parties, les besoins en assurance vie pour chacune d'elles et accessoirement en épargne, à des fins particulières propres à chaque circonstance. Elle servira à définir les droits et obligations de chacune des parties. Il serait aussi judicieux d'y établir la période où elle sera applicable et les modalités de renouvellement, s'il en est. Cela fait appel à des notions légales, donc à la rédaction de contrats en bonne et due forme, qui serviront d'assise à toutes les actions postérieures qui seront prises pour définir ou pour exécuter les termes de l'entente. Le contrat d'assurance vie est utilisé comme un outil de financement pour provisionner les obligations créées par la convention.

Les règles ordinaires quant aux droits du preneur ou du titulaire du contrat continuent à s'appliquer quand ce type d'arrangement intervient. Toutefois, les parties comme telles pourront voir leurs droits ou obligations limités ou cédés à un tiers mandataire ou autre par les effets de la convention privée à laquelle elles ont adhéré. Il est donc nécessaire de consulter la convention pour s'assurer des droits et obligations de chacun.

3.6.1. Contrats d'assurance en copropriété

Dans ce type d'arrangement, plusieurs personnes sont titulaires d'un contrat d'assurance dans sa totalité. Elles sont copropriétaires indivis du bien. La convention d'assurance en quote-part doit prévoir les modalités d'exercice et la répartition de leurs droits et obligations sur le bien, à défaut de quoi elles sont présumées le posséder en parts égales.

Les règles touchant l'administration de la police entre les cotitulaires doivent faire l'objet d'une attention spéciale lors de la rédaction de la convention d'assurance en quote-part, car ce sont les règles du *Code civil du Québec* concernant la copropriété qui s'appliqueront de manière supplétive. Il y aura donc lieu de déterminer à l'avance comment et par qui se prendront les décisions. Les règles du mandat prévu aux articles 2130 et suivants C.c.Q. pourront aussi s'appliquer en l'espèce. Il convient alors de noter que

---

[80] Pour plus de détails sur le sujet, voir Hélène MARQUIS, « L'assurance vie en quote-part, à propriété partagée et à primes partagées », dans *Congrès 2000*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2001, pp. 18:1-26.

les termes de la convention devront prévoir l'étendue des pouvoirs du mandataire, car tout comme pour le gérant désigné de la copropriété, il pourrait n'avoir que les pouvoirs de simple administration des biens d'autrui.

Ces règles sont d'autant plus importantes que chacun des titulaires peut désigner un bénéficiaire, exercer les droits relatifs au contrat comme accéder aux valeurs de rachat ou hypothéquer le contrat. Les droits des bénéficiaires sont aussi relatifs à leur relation avec le cotitulaire. Il est donc fondamental que les règles à suivre par les parties soient soigneusement prévues dans la convention de copropriété à laquelle les parties devront s'en remettre. Voici un exemple d'une situation familiale simple par ailleurs qui peut se compliquer sérieusement pour exaucer les vœux de toutes les parties impliquées.

Paul et Paulette sont tous deux veufs d'un premier mariage et remariés ensemble depuis plusieurs années. Paul a deux enfants nés de son premier mariage et Paulette en a trois. Ils n'ont aucun enfant ensemble. Paul détient 70 % des intérêts dans un contrat d'assurance sur sa vie de type T-100 et Paulette est titulaire des 30 % restants. Chacun acquitte les primes en proportion de sa détention. En cas de décès, Paul désigne Paulette comme bénéficiaire de sa portion de la police d'assurance soit 70 %. Paulette a par ailleurs désigné ses enfants nés de son premier mariage comme bénéficiaires de sa portion du capital décès soit 30 %. Paul veut toutefois indiquer une condition pour que Paulette reçoive les 70 %. Cette dernière devra lui survivre au moins 60 jours à défaut de quoi ce sont ses propres enfants nés de son premier mariage qui recevront les 70 % du capital décès dont il est titulaire. Enfin, Paulette veut bien en cas de prédécès que Paul soit indiqué à titre de titulaire subrogé des 30 % qu'elle détient dans le contrat. Par contre, elle veut elle aussi mettre une condition à ce transfert à savoir que Paul doit lui survivre au moins 60 jours, sinon le bénéfice du contrat devra être maintenu en faveur de ses enfants. Voici à quoi peut ressembler une désignation de bénéficiaire et de titulaire subrogé en de telles circonstances.

Déclaration de Paul relativement aux 70 % de la police d'assurance qu'il détient :

> « Je désigne mon épouse Paulette comme ma bénéficiaire en premier ordre pour la proportion du contrat que je détiens à condition qu'elle me survive pour une période d'au moins 60 jours. Dans le cas où elle ne me survivrait pas pour au moins 60 jours, je désigne mes enfants comme bénéficiaires du contrat en parts égales avec droit de représentation pour leurs propres descendants. »

Déclaration de Paulette relativement aux 30 % de la police d'assurance qu'elle détient :

> « Je désigne mon époux Paul comme titulaire subrogé du 30 % que je détiens dans le contrat d'assurance plus haut décrit à condition que Paul me survive au moins 60 jours. Je maintiens la désignation de bénéficiaire en faveur de mes trois enfants en parts égales avec droit de représentation en faveur de leurs propres descendants si Paul ne me survit pas pour la période indiquée. »

Il ne s'agit bien sûr que d'un exemple pour illustrer la complexité de certaines de ces situations en apparence claires. Il n'y a pas de formule consacrée. Il est toutefois recommandé de communiquer avec la compagnie d'assurances émettrice du contrat pour discuter de la formulation acceptable où l'intention du titulaire sera clairement interprétée. Les conseils d'un expert dans le domaine sont incontournables.

3.6.2. Assurance en propriété partagée

Cette variante du concept fait que plusieurs personnes sont titulaires d'un même contrat d'assurance vie, mais que contrairement à l'assurance vie en copropriété, leurs droits et obligations sont répartis sur des intérêts prédéterminés du contrat comme la partie représentée par le capital décès ou la valeur de rachat. Chacune des composantes du contrat d'assurance fait alors l'objet d'une allocation précise relativement à la convention d'assurance vie en quote-part et détermine en conséquence les coûts rattachés à chacune d'elles.

Par exemple, suivant les termes de la convention, les parties s'engagent à souscrire un contrat d'assurance vie, l'une étant titulaire de la partie du contrat représentée par le capital décès nominal dont elle est aussi bénéficiaire, paie une prime calculée en fonction de la valeur de ce bénéfice, l'autre est titulaire de la partie du contrat constituant la valeur de rachat et en détermine les bénéficiaires. De ce fait, elle doit assumer à même ses propres revenus le montant de la prime ainsi investie. Les règles du *Code civil du Québec* portant sur la copropriété s'appliquent. Les règles touchant l'administration de la police entre les cotitulaires doivent faire l'objet d'une attention spéciale lors de la rédaction de la convention d'assurance en quote-part, car tel qu'il est mentionné au paragraphe précédent, ce sont les règles du *Code civil du Québec* concernant la copropriété qui s'appliqueront de manière supplétive. Il y aura donc lieu de déterminer à l'avance comment et par qui se prendront les décisions, entre autres, quant au choix des placements au contrat d'assurance vie universelle. Les règles du mandat prévues aux articles 2130 et suivants C.c.Q. pourront aussi s'appliquer en

l'espèce. Il convient alors de noter que les termes de la convention devront prévoir l'étendue des pouvoirs du mandataire.

La convention d'assurance en quote-part est une entente particulièrement complexe à laquelle les parties doivent porter une attention particulière. Il y a lieu de déterminer qui aura le droit de désigner les bénéficiaires du contrat, qui pourra exercer les droits d'encaisser les valeurs de rachat ou de donner le contrat ou une quote-part de ce dernier en garantie et suivant quelles modalités.

3.6.3. Contrats d'assurance à primes et à bénéfices partagés

Dans ce cas, le titulaire du contrat d'assurance cède à un tiers certains intérêts qu'il détient dans la police, sans pour autant concéder un titre de propriété dans le bien. Par exemple, un employé souscrit un contrat d'assurance vie dont il est titulaire. Suivant la convention signée avec son employeur, il peut lui céder le bénéfice du capital décès nominal, moyennant une contrepartie et pour une période déterminée, renouvelable ou non. Il demeure titulaire de tous les droits rattachés à la valeur de rachat en plus de conserver tous les attributs du droit de propriété sur le bien. Le régime légal applicable à ce type d'entente sera différent de celui applicable à la copropriété, car le droit de propriété reste en entier entre les mains d'un seul et unique titulaire. Ce dernier peut donc exercer sur le bien tous les attributs du droit de propriété, soit le droit de l'utiliser, de jouir des revenus et d'en disposer pourvu qu'il ne déroge pas au cadre prévu par la convention d'assurance en quote-part.

Pour sa part, l'employeur n'est que bénéficiaire désigné soit révocable, soit irrévocable. Il ne peut exercer aucun des attributs du droit de propriété sur le bien. Il n'a donc pas de droit de regard sur les diverses opérations pouvant le viser telles que les emprunts sur police ou l'hypothèque en faveur d'un créancier, non plus que sur son administration. Le titulaire du contrat d'assurance n'est aucunement soumis aux règles limitatives *du Code civil du Québec* touchant l'administration des biens d'autrui; il peut donc faire tous les placements disponibles sans aucune limite quant à leur nature.

Cela ne signifie par pour autant que le titulaire du contrat partie à une entente de cette nature puisse exercer ses droits sans aucune restriction. En effet, la convention privée intervenue entre le bénéficiaire du capital décès et le titulaire du contrat pourra contenir des limitations. Ainsi, il pourrait y être indiqué que seul un bénéficiaire dont la désignation a pour effet de protéger le contrat d'assurance contre les créanciers du titulaire puisse être nommé

pour la quote-part représentée par le fonds d'accumulation d'une police d'assurance vie universelle.

CONCLUSION

Notre texte mérite-t-il son titre : « Désignation de bénéficiaires : rien n'est plus trompeur que l'évidence »? À vous d'en juger. Même si elles semblent simples en soi, les situations permettant les désignations de bénéficiaires peuvent mener à des situations complexes dans leurs conséquences légales et fiscales. Il s'agit aussi d'une source de conflits importants et coûteux dans le processus de liquidation des successions. Nous n'avons exploré qu'une partie des questions qui peuvent être soulevées et cela pour un nombre très restreint de produits financiers pouvant les susciter. Nous ne le répéterons jamais assez : la prudence et la clarté s'imposent dans la rédaction d'une désignation de bénéficiaires. Il est nécessaire pour le rédacteur de bien connaître tous les dessous de ces questions dans les domaines légal et fiscal de façon à assurer une transmission harmonieuse et peu coûteuse des biens. En cas de doute, n'hésitez pas à consulter un expert et à vérifier avec la compagnie d'assurances émettrice du contrat comment ces questions seront traitées au moment de la réclamation.

SUCCESSIONS ET FIDUCIES
SI J'AVAIS SU... PIÈGES ET ATTRAPES EN PLANIFICATION SUCCESSORALE, LIQUIDATIONS DE SUCCESSION ET FIDUCIES TESTAMENTAIRES

Marc-André Lamontagne
Notaire, Pl. Fin.
Trust Banque Nationale Inc.

Geneviève Coupal
Notaire, Pl. Fin.
Trust Banque Nationale Inc.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 26:3

1. EFFETS JURIDIQUES RELIÉS AUX RELATIONS DE COUPLE 26:3

1.1. ÉTAT CIVIL DE LA PERSONNE 26:3
1.2. LÉGISLATION PERTINENTE 26:7
1.2.1. Notion de vie commune 26:8
1.3. LOIS PROVINCIALES 26:10
1.3.1. Le *Code civil du Québec* 26:10
1.3.2. La *Loi sur le régime de rentes du Québec* et la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite* 26:11

1.4. LOIS FÉDÉRALES 26:12
1.4.1. La *Loi sur la modernisation de certains régimes d'avantages et d'obligations* et la *Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension* 26:12

2. DES DROITS MATRIMONIAUX DANS LE CADRE DE LA PLANIFICATION SUCCESSORALE OU DU RÈGLEMENT D'UNE SUCCESSION 26:12

3. DE LA DÉVOLUTION LÉGALE DES BIENS 26:17

4. DE CERTAINES ADMINISTRATIONS HYBRIDES ET DE LA RÉDACTION DE CERTAINES CLAUSES TESTAMENTAIRES 26:21

4.1. LA RÉDACTION TESTAMENTAIRE 26:21

5. DE L'EXERCICE DES POUVOIRS AYANT TRAIT AUX PLACEMENTS PAR LES LIQUIDATEURS, FIDUCIAIRES ET AUTRES ADMINISTRATEURS DU BIEN D'AUTRUI 26:27

CONCLUSION 26:31

INTRODUCTION

Sören Kierkegaard, philosophe danois, auteur de plusieurs traités aussi profonds qu'obscurs, avait intitulé l'un d'eux, particulièrement ardu d'ailleurs, « Riens philosophiques[1] ».

Alors, à notre tour, à l'instar de ce dernier, de vous présenter en guise d'entrée à la matière, nos quelques « riens juridiques ».

Dans le présent texte, nous examinerons, plus particulièrement, les sujets suivants en soulignant leur incidence sur la planification successorale :

i) de certains effets juridiques reliés aux relations de couples;

ii) des droits matrimoniaux dans le cadre de la planification successorale ou de la liquidation d'une succession;

iii) de la dévolution légale des biens;

iv) de certaines questions relatives aux administrations successorales hybrides et de la rédaction de certaines clauses testamentaires;

v) de l'exercice des pouvoirs ayant trait aux placements par les liquidateurs et les fiduciaires.

1. EFFETS JURIDIQUES RELIÉS AUX RELATIONS DE COUPLE

1.1. ÉTAT CIVIL DE LA PERSONNE

Dans le cadre d'une planification successorale, il est d'usage de s'assurer de l'état civil de la personne puisque cet état déterminera la capacité de la personne[2] et, par voie de conséquence, dans bien des cas, la quotité des biens dont la personne peut disposer. Ainsi, à titre d'exemple, une personne mariée sous le régime de la communauté de biens ne disposera

---

1 Sören KIERKEGAARD, *Riens philosophiques*, coll. Idées, Paris, Gallimard, 1969.

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

pas de la même latitude quant à la disposition de ses biens, du vivant ou au décès, qu'une personne mariée sous le régime de la séparation de biens[3].

Jusqu'à ces dernières années, le statut civil de la personne se résumait aux choix suivants qu'on retrouve, d'ailleurs, dans la plupart des formulaires utilisés au cours d'une liquidation de succession :

« Êtes-vous (ou le "défunt" était-il) :

a) Célibataire

b) Marié

c) Séparé de corps

d) Divorcé

e) Veuf? »

Ces choix étaient simples, clairs et limités. Il arrivait, en pratique, que le « divorcé » se présente à nous comme un « nouveau » célibataire mais nous avions tôt fait de lui faire remarquer que le célibat (comme la « chasteté ») ne se présente qu'une fois! Notez qu'il nous a déjà été également affirmé par un client qu'il était marié sous le régime légal… d'Élizabeth II d'Angleterre! Nous partions de loin, n'est-ce pas?

Or, depuis ces dernières années, deux catégories se sont ajoutées à cette nomenclature d'états civils

Et donc, demanderons-nous, dorénavant, également au client :

« Êtes-vous (ou le "défunt" était-il) :

a) Célibataire

b) Marié

c) Séparé de corps

---

[3] Par exemple, la communauté de biens confère un droit de propriété indivis sur chacun des biens la composant lors de sa dissolution selon le *Code civil du Bas-Canada*, art. 1270 et suiv.

d) Divorcé

e) Veuf

f) Uni civilement

g) Conjoint de fait? »

« Ou bien…Ou bien » (pour reprendre le titre d'un traité de notre philosophe préféré), ajouterons-nous, « toute combinaison de ceux-ci »! Vous en doutez?

Nous vous présentons quelques cas tirés de notre pratique.

Exemple 1

M. X, est un employé de banque et un ancien employé de Fiducie Desjardins (de 1982 à 1988). Il a rencontré M^me^ Y avec laquelle il vit depuis deux ans. M. X était propriétaire des biens suivants : un compte de retraite immobilisé (ci-après « CRI »), accumulé pendant la période Desjardins; un fonds de pension d'une banque; un immeuble servant de résidence aux conjoints; un régime enregistré d'épargne-retraite (ci-après « REÉR ») et des rentes gouvernementales.

Lors d'une vérification à la suite du décès de M. X, il s'est avéré que ce dernier, décédé sans testament, était marié à M^me^ X dont il était cependant séparé de corps par jugement rendu au cours de l'année 1995. M. X a laissé un enfant né de cette union.

La dévolution des biens énumérés ci-dessus sera la suivante :

- le CRI (substitut au fonds de pension) : sera versé à la succession légale, en l'occurrence, M^me^ X et l'enfant de X (et non pas en totalité à M^me^ X bien qu'elle soit sa conjointe « légale » ou encore à M^me^ Y, qui n'est pas son « conjoint de fait » aux fins du CRI);

- le fonds de pension de la banque sera versé : à M^me^ Y puisqu'elle se qualifie comme « conjoint de fait » aux termes de la *Loi de 1985 sur les*

normes de prestation de pension[4] au Canada, et ce, au détriment de M^me^ X, la conjointe « légale » et de l'enfant du défunt;

- l'immeuble et le REÉR, tous deux régis par le *Code civil du Québec*[5], iront à la succession légale et seront distribués ainsi : soit un tiers pour M^me^ X, (conjointe légale) et deux-tiers pour l'enfant X;

- et surprise!, la rente de conjoint survivant (R.R.Q.) ne sera versée à aucune des deux conjointes car elles ne se qualifient ni l'une ni l'autre aux termes de la *Loi sur le régime des rentes du Québec*[6].

En résumé, M. X est à la fois considéré comme conjoint légal (succession) et conjoint de fait (fonds de pension de la banque), à certains égards, mais célibataire ou divorcé à d'autres (rentes du Québec et CRI). Par ailleurs, et vous le savez déjà, les deux conjointes pourront être prises en compte sur le plan « fiscal »!

Afin d'éviter les mauvaises surprises résultant d'une planification erronée, il est donc nécessaire, au cours d'une planification successorale, de clarifier le(s) statut(s) du client, en regard des diverses lois applicables et d'obtenir les informations d'usage relativement à la nature des biens que laissera le client à son décès, en vue d'en ordonner la dévolution, telle qu'elle est planifiée et voulue.

Dans l'exemple décrit ci-dessus, aurait-il été possible pour M^me^ Y de renoncer à l'avance, soit avant le décès de M. X, aux bénéfices que lui procure le fonds de pension de la banque, si telle avait été la volonté des parties? La réponse est « oui », dans certains cas.

Ou bien, au contraire, aurait-il été permis au participant du fonds de pension, en l'occurrence, le défunt, de désigner un bénéficiaire du fonds de pension, autre que la conjointe, par exemple, son enfant. Dans l'affirmative, quel aurait été l'effet juridique rattaché à une telle désignation?

La réponse est qu'une telle désignation ne serait pas opposable au conjoint survivant à moins que ce dernier ne refuse, au décès, de se prévaloir des avantages qui lui sont dévolus par le fonds de pension! Selon notre

---

4 L.R.C. 1985, c. 32 (2^e^ suppl.) (ci-après « L.N.P.P. »).

5 Art. 666 C.c.Q.

6 L.R.Q., c. R-9 et mod. (ci-après « L.R.R.Q. »).

expérience, il ne faut pas compter là-dessus comme « outil » de planification testamentaire.

Exemple 2

Récemment, il nous a été donné de lire dans l'arrêt *Parent* c. *Graveley*[7], que les conjoints, dans le cadre d'une entente relative à un divorce, avaient convenu de la dévolution du fonds de pension et de la rente de conjoint survivant de la Régie des rentes du Québec, lors du décès du mari, et ce, semble-t-il, indépendamment des règles applicables aux termes des lois concernées. Il était convenu que le bénéficiaire de ces régimes devait être l'ex-épouse, au décès de l'ex-mari. Il arriva ce qui devait arriver, c'est-à-dire, que l'ex-mari se trouva « pourvu » d'un nouveau conjoint « marié » lors de son décès, « nouveau » conjoint qui présenta une demande réclamant les bénéfices décrits ci-dessus. La Cour a reconnu la décision rendue par le Tribunal administratif du Québec concluant que la première épouse ne pouvait être reconnue à titre de conjointe survivante aux termes de la *Loi sur le régime des rentes du Québec*.

Quant au fonds de pension, le Tribunal n'a pas voulu se prononcer sur la question au stade de cette requête en irrecevabilité mais nous croyons que le même raisonnement devrait prévaloir. La seconde conjointe, si elle se qualifie en tant que telle aux termes des règlements afférents au fonds de pension, devra en être la bénéficiaire, et ce, indépendamment des recours d'ordre civil que pourra faire valoir la première épouse à l'égard de la succession de son ex-mari.

Une fois que les contraintes légales ont été déterminées et les possibilités de planification identifiées, il y a donc lieu de s'interroger sur la volonté des parties et, par la suite, de poser les gestes permis : soit la désignation de bénéficiaire ou la renonciation du conjoint aux avantages, lorsque cela est possible, soit la mise en place d'un legs de substitution en faveur des « bénéficiaires » lésés, lequel pourra prendre la forme d'une assurance vie, par exemple, avec désignation de bénéficiaire(s).

1.2. LÉGISLATION PERTINENTE

Notre intention n'est pas de revoir en détail chacune des législations pertinentes mais de sensibiliser le lecteur aux problématiques existantes.

---

7 J.E. 2006-1563 (C.S.).

Nous nous bornerons donc à dresser, dans le présent texte, les grandes lignes des législations pertinentes.

La première remarque à ce sujet est que la *Loi d'interprétation*[8], laquelle est en quelque sorte notre lexique juridique, contient une disposition intéressante à cet égard. Son article 61.1 se lit comme suit :

> « Sont des conjoints les personnes liées par un mariage ou une union civile. Sont assimilés à des conjoints, à moins que le contexte ne s'y oppose, les conjoints de fait. Sont des conjoints de fait, deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui font vie commune et se présentent publiquement comme un couple, sans égard, sauf disposition contraire, à la durée de leur vie commune. Si, en l'absence de critère légal de reconnaissance de l'union de fait, une controverse survient relativement à l'existence de communauté de vie, celle-ci est présumée dès lors que les personnes cohabitent depuis au moins un an ou dès le moment où elles deviennent parents d'un même enfant. »

Nous devons donc retenir, qu'à défaut de disposition particulière dans un texte de loi ou encore dans une convention – pensons, par exemple, à une fiducie au profit du conjoint ou encore à un testament–, cette définition devra prévaloir. Est-il nécessaire d'insister sur le danger que peut présenter cette définition, compte tenu qu'aucun facteur de temps n'est requis afin de « cristalliser » juridiquement l'union?

Ainsi, dans les cas où la loi ou la convention n'aura pas fixé de façon péremptoire le facteur « durée de la vie commune », on comprend qu'il s'agira d'établir, avec l'aide des faits, l'intention des parties de faire vie commune.

1.2.1. Notion de vie commune

La doctrine et les tribunaux se sont abondamment penchés au cours des dernières années sur toutes ces questions, en particulier, sur la notion de « vie commune », pierre angulaire, semble-t-il, du couple. Les enjeux financiers sont souvent importants comme nous pouvons nous en douter.

Exemple

Deux *yuppies* installés confortablement dans leur duplex situé sur le Plateau-Mont-Royal ou « adjacent au Plateau-Mont-Royal », ayant chacun

---

[8] L.R.Q., c. I-16 et mod.

leur propre logement et leur adresse personnelle mais l'un faisant « régulièrement » la navette chez l'autre et vice-versa, sont-ils :

a) Mariés?

b) Unis civilement?

c) Vivent-ils maritalement?

d) Vivent-ils dans une relation conjugale?

e) Cohabitent-ils?

f) Vivent-ils une relation assimilable à une union conjugale?

g) Font-ils vie commune?

Si la question, ou plutôt la réponse à la question vous intéresse, nous vous invitons à consulter les ouvrages et les décisions cités en référence, notamment l'article remarquable de Brigitte Lefebvre[9], et également l'arrêt *Auger* c. *Comité de retraite de l'Université de Montréal*[10]. Vous vous demanderez, tout comme nous, à la lecture de cette cause, au demeurant juridiquement très intéressante, si notre cinéaste Denys Arcand n'a pas trouvé l'essentiel de son inspiration du « Déclin de l'empire américain » dans les propos qui y sont rapportés et … nous ne blaguons pas!

Quels sont les critères essentiels à la vie « maritale »? Les tribunaux en retiennent principalement trois qui, s'ils convergent, feront conclure à une intention réelle de vie commune de la part des conjoints : la cohabitation, le secours mutuel et la commune renommée.

Retenons donc que, si la cohabitation ne constitue pas en elle-même un critère de reconnaissance suffisant, on ne pourra pas, non plus, conclure de la non-cohabitation, l'absence de vie maritale sauf dans le cas où le texte de loi en fera un critère essentiel, et encore là, à notre avis, nous y verrons place à interprétation. En effet, les tribunaux se montrent très pragmatiques à cet égard et chaque situation doit s'apprécier « en fonction des obligations et des

---

[9] Brigitte LEFEBVRE, « Le traitement juridique des conjoints de fait : deux poids, deux mesures », (2001), *Cours de perfectionnement du Notariat*, 223.

[10] [2001] R.J.Q. 1223 (C.S.).

contingences de la vie moderne et particulière du couple ». Il s'agira, pour chacun des cas, de cerner chez le couple « l'intention de faire vie commune » et le type particulier de « cohabitation ». De la même façon devra-t-on parfois distinguer la cessation de la cohabitation ou de la vie commune, de la rupture!

Le secours mutuel que se donneront les conjoints, c'est-à-dire, le soutien affectif et financier et le partage des tâches et des responsabilités, pourra être plus significatif. Enfin, la « commune renommée » s'infère du comportement des conjoints de rendre publique leur union, que ce soit auprès de leur entourage ou au moyen de gestes, telles certaines déclarations officielles ou statutaires, notamment auprès de leur employeur ou des autorités fiscales.

En ce qui concerne la reconnaissance du conjoint de fait, notons que pour le législateur fédéral, le critère généralement retenu est de vivre en union conjugale depuis un an.

Dans tous les cas, il y a donc lieu de consulter d'abord la loi concernée et les règlements y afférents pour y cerner la notion de « conjoint ». À cet effet, voyons maintenant les principales lois (générales et civiles) applicables en matière de planification successorale et les critères qu'elles mettent de l'avant.

1.3. LOIS PROVINCIALES

1.3.1. Le *Code civil du Québec*

Sauf en cas d'exception, les dispositions du *Code civil du Québec* ne s'adressent généralement qu'aux époux légalement mariés ou unis aux termes d'une union civile. L'acte de mariage ou d'union civile, suffit, à lui seul, à prouver cet état, sans aucun autre élément de preuve[11].

En principe, il importe peu que les personnes ne vivent plus ensemble ou ne fassent plus vie commune depuis longtemps pourvu qu'elles puissent faire la preuve du mariage ou de l'union civile pour réclamer leurs droits.

Les dispositions relatives au patrimoine familial, au régime matrimonial, à la contribution alimentaire, à la protection des biens familiaux (résidence familiale et biens meubles), à la prestation compensatoire et à la vocation successorale, entre autres, ne s'appliquent qu'aux personnes légalement

[11] Art. 378 et 521.5 C.c.Q.

mariées ou unies par une union civile. Notons qu'une personne légalement séparée de corps de son conjoint conserve sa qualité de conjoint alors que le divorce rompt le lien conjugal[12].

1.3.2. La *Loi sur le régime de rentes du Québec* et la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*[13]

Voyons la définition de conjoint aux termes de ces lois.

Surprise! On y définit le conjoint survivant non seulement comme la personne mariée avec le cotisant mais en plus, et ce, à l'encontre des règles du *Code civil du Québec*, celle qui n'en est pas, judiciairement, séparée de corps.

Le conjoint marié mais séparé de fait sera protégé mais non pas celui qui sera séparé de corps.

À défaut d'un tel conjoint marié, non séparé de corps, la personne qui vit maritalement avec le cotisant depuis au moins trois ans (ou un an avec un enfant commun) se qualifiera de « conjoint ».

Notons que le conjoint du cotisant aux termes d'un régime de pension soumis à la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite* peut renoncer à l'avance à son droit mais il pourra également, en tout temps, avant le décès du cotisant, révoquer une telle renonciation[14]!

Signalons, enfin, que le CRI est assujetti à l'ensemble des dispositions applicables aux régimes de pension[15]. Ainsi, en présence d'un conjoint qualifié lors du décès du détenteur du compte, ce dernier devra être retenu comme le seul bénéficiaire du solde du compte, indépendamment de toute autre dévolution prévue par le détenteur.

---

12 Art. 507 C.c.Q.

13 L.R.Q., c. R-15.1 (ci-après « L.R.C.R. »).

14 Art. 88.1. L.R.C.R.

15 *Règlement sur les régimes complémentaires de retraite*, c. R-15.1, r.1, art. 29.

1.4. LOIS FÉDÉRALES

1.4.1. La *Loi sur la modernisation de certains régimes d'avantages et d'obligations*[16] et la *Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension*

Le législateur fédéral retient principalement comme critère que les conjoints vivent en union conjugale, et ce, depuis au moins un an. Certaines lois exigent une cohabitation comme reconnaissance de l'union conjugale.

Il faut également signaler que les conjoins mariés et les conjoints de fait reçoivent, à cet égard, un même traitement. Ainsi, le conjoint de fait qui faisait vie commune depuis au moins un an avec le participant primera le conjoint marié qui ne cohabitait plus avec ce dernier.

Le législateur provincial, exige, quant à lui, qu'il y ait eu jugement de séparation de corps formel, ce qui n'est pas le cas au fédéral.

Le législateur fédéral prévoit également le droit pour le conjoint de céder par avance et par écrit, les droits qui lui sont reconnus mais au profit strictement de personne à charge du participant ou de son conjoint[17]. Encore faut-il que le texte du régime de pension le prévoit!

Enfin, il est à retenir que le REÉR immobilisé, le « pendant » du CRI provincial, sera également assujetti à ces règles. En présence d'un conjoint « qualifié », il s'agira donc d'un bien sur lequel on ne peut tester valablement, tel qu'il a été vu précédemment.

2. DES DROITS MATRIMONIAUX DANS LE CADRE DE LA PLANIFICATION SUCCESSORALE OU DU RÈGLEMENT D'UNE SUCCESSION

Nous avons vu l'importance de déterminer de façon bien précise l'état matrimonial du client au moment de la planification successorale ou encore, au moment de son décès, pour établir de façon juste les droits de chacun. Nous avons également démontré que certaines lois peuvent être une entrave à la libre disposition des biens au moment du décès. En fait, la libre

---

16 L.C. 2000, c. 12.

17 Par. 23(5) L.N.P.P.

disposition de ses biens demeure un principe bien établi mais il arrive parfois que nous établissions erronément les droits dans les biens.

Outre les lois traitant des relations de couple et les diverses définitions de l'expression « conjoint », d'autres principes de droit doivent être considérés.

Dans le cadre d'une planification successorale, les droits matrimoniaux, sans être une entrave à la libre disposition des biens, peuvent occasionner des créances souvent inconnues ou encore mal interprétées.

Le partage du patrimoine familial et du régime matrimonial sont toujours des sujets d'actualité. Nous tenons donc à rappeler certaines règles qui occasionnent parfois des situations malencontreuses sans toutefois les analyser de façon exhaustive.

Le *Code civil du Québec*[18], accorde certains droits aux conjoints légalement mariés ou unis civilement. Ces droits résultent en une créance qui pourra être réclamée par, ou à un, des conjoints.

Tout d'abord, rappelons qu'il s'agit de créances et non de droits réels dans les biens, c'est-à-dire, que la libre disposition des biens est possible mais qu'une créance peut être présentée au moment du décès, du divorce ou encore de la séparation de corps.

Un principe maintenant bien établi relativement aux règles régissant les droits matrimoniaux est la question du cumul des droits[19]. Un conjoint, en plus des créances qu'il pourrait réclamer à la succession, peut également hériter des mêmes biens aux termes du testament.

Il est fréquent de transmettre les régimes enregistrés, et tous les régimes similaires, ou encore la résidence principale au moyen d'un legs à titre particulier au conjoint survivant. Une simple clause testamentaire dans le but de transmettre ces biens, sans autre mention spécifique, accorde le droit au conjoint survivant de recevoir les biens et également de réclamer la créance résultant du partage du patrimoine familial. La valeur de ces mêmes biens

---

18 C.c.Q., Livre Deuxième, De la Famille.

19 *Roy* c. *Bédard*, [2001] R.J.Q. 644 (C.S.).

serait prise en considération, lors de l'établissement de la créance, malgré le fait que ceux-ci aient déjà été transmis en totalité au conjoint[20].

Pour éviter cette situation, une rédaction fort simple et judicieuse d'un legs conditionnel est souhaitable. La condition à respecter est que le conjoint devra, pour recevoir son legs, renoncer à ce que les mêmes biens soient inclus lors de l'établissement de la créance résultant du patrimoine familial. Ainsi, les droits du conjoint dans la créance sont préservés, puisqu'ils sont d'ordre public[21], mais ce dernier devra opter entre le legs ou la portion de créances sur ces biens.

Encore une fois, ces précisions sont primordiales dans les situations où le conjoint survivant n'est pas le seul légataire universel. Par contre, si tel était le cas, il ne serait pas nécessaire de traiter cette question mais nous constatons que les situations matrimoniales et familiales sont de plus en plus complexes et que l'attention devra être mise sur ces questions parfois bien délicates.

Le conjoint recevant des biens faisant partie du patrimoine familial ou du régime matrimonial par le biais d'une disposition spécifique au testament, pourra également en réclamer la moitié en valeur lors de l'établissement de ces créances. Il faut donc être vigilant et s'assurer de la volonté du testateur à cet égard puis rédiger adéquatement les clauses testamentaires. Si le testateur désire avantager son conjoint et lui permettre également de réclamer toutes les créances auxquelles il a droit, malgré le fait que ce soit le principe retenu par la loi et par la jurisprudence, il peut également être approprié de mentionner que telle est sa volonté pour éviter que quelque doute subsiste quant à ses intentions réelles.

Toujours dans le même ordre d'idées, une autre règle de droit doit être prise en considération lors de la planification successorale et de la rédaction testamentaire. Le *Code civil du Québec* prévoit qu'un legs à titre particulier est toujours sans charge[22], sauf en cas de disposition spécifique au testament à l'effet contraire.

On retrouve fréquemment des legs à titre particulier des régimes enregistrés ou tout régime similaire, de la résidence principale ou secondaire

---

[20] Art. 415 C.c.Q.

[21] Art. 391 C.c.Q.

[22] Art. 739 C.c.Q.

ou encore du véhicule automobile. Comme le principe selon lequel ces legs sont toujours sans charge, à moins de mention spécifique à l'effet contraire, l'incidence fiscale sur ces biens ou encore les dettes rattachées à ces biens demeurent à la charge de la succession et non du légataire à titre particulier qui les reçoit.

En droit, le conjoint survivant pourrait recevoir les régimes enregistrés sans être légalement tenu à la charge fiscale s'y rattachant qui serait alors assumée par les légataires universels résiduaires.

Il est donc toujours important de préciser, au moment de la rédaction testamentaire, les volontés du testateur qui peut désirer ou non que le légataire ait la responsabilité d'assumer la charge fiscale.

Le même commentaire se ferait pour l'hypothèque sur la propriété ou encore sur un emprunt pour l'acquisition du véhicule automobile. Cette précision s'avère des plus importantes lorsque le conjoint n'est pas légataire universel ou encore s'il n'est pas le seul légataire universel de la succession. Si tel était le cas, toutes ces charges lui incomberaient, de toute manière.

Exemple 1

Pour illustrer une telle situation, prenons un cas qui s'est présenté aux auteurs du présent texte au cours de leur pratique.

La personne décédée était, au moment de son décès, copropriétaire, avec son conjoint de fait de même sexe, de deux résidences. Elle laissait deux enfants majeurs issus d'une union précédente.

La planification prévoyait la remise des fonds enregistrés de revenus de retraite (ci-après « FERR ») aux enfants et le résidu des biens au conjoint. Cette planification venait du fait, entre autres, que les fonds enregistrés ne pouvaient être transférés, du point de vue fiscal, entre conjoints de même sexe. Le testament ne contenait aucune mention spécifique relativement à la charge fiscale.

Le résultat a donc été que le conjoint, légataire universel a reçu la part de la personne décédée dans les deux résidences qui constituaient les seuls autres actifs de la succession. Les enfants, eux, ont reçu les FERR et refusé d'en assumer la charge fiscale.

Principalement en raison d'un manque de liquidités lui permettant d'assumer l'importante charge fiscale, le conjoint a été dans l'obligation de vendre les résidences.

Selon le conjoint, telle n'était pas l'intention du testateur qui était convaincu que la charge fiscale sur les FERR devait nécessairement être assumée par les légataires à titre particulier des régimes. Qu'est-ce qui l'avait induit en erreur? Tous les documents explicatifs des institutions financières sur les FERR précisaient que, lors des retraits faits dans les régimes, il devait y avoir une retenue automatique d'impôts. Mais le problème est qu'une telle retenue ne se fait pas au moment du décès. Une planification ordonnée aurait permis, par l'ajout d'une simple disposition, de répondre précisément aux désirs du testateur.

Nous constatons donc l'importance de ne rien prendre pour acquis et d'analyser toutes les incidences selon la nature des biens pour établir les conséquences légales possibles. Par ailleurs, il faut préciser clairement les volontés du testateur pour adapter les clauses testamentaires à celles-ci afin qu'elles répondent à ses volontés et que la dévolution des biens se fasse en conformité avec elles.

Exemple 2

Illustrons ces situations par un petit exemple assez simple. Un testament prévoit les legs à titre particulier des REÉR d'une valeur de 100 000 $ et de la résidence principale d'une valeur de 250 000 $ au conjoint survivant. Ce dernier reçoit des biens d'une valeur totale de 350 000 $. Le résidu de la succession de l'ordre de 250 000 $ est transmis aux enfants, issus d'une union précédente.

Sans aucune autre mention spécifique au testament, le conjoint survivant recevra les régimes enregistrés et la résidence principale et pourra également présenter une réclamation à la succession pour la valeur de la créance résultant du partage du patrimoine familial. En supposant que le patrimoine est constitué uniquement des deux mêmes biens, la valeur de la créance serait de 175 000 $ et le résidu serait dès lors réduit d'autant et se chiffrerait maintenant à 75 000 $.

Continuons en imaginant le pire. Le conjoint survivant refuse le roulement fiscal du REÉR et aucune disposition dans le testament ne l'oblige à l'accepter. La dette fiscale, par exemple, serait de 50 % de la valeur du REÉR, de l'ordre de 50 000 $, serait à la charge du résidu de la succession. Que resterait-il alors aux enfants? Une somme de 25 000 $!

Il s'agit, bien sûr, dans cet exemple, d'une présentation simplifiée des modalités de partage des biens et d'établissement de la créance résultant du partage du patrimoine familial. En principe, lors de l'établissement de la créance nous aurions à tenir compte de l'incidence fiscale mais nous avons voulu simplement illustrer, de manière quelque peu excessive, avouons-le, les conséquences de certaines règles et l'importance de les prendre en considération au moment de la planification successorale.

Ce genre de situation doit être expliquée au cours de la planification. Une rédaction adéquate relatant précisément les intentions réelles du testateur évite de laisser planer quelque doute quant à la qualité de la planification.

Pour comble de malheur, toujours dans ce même exemple, le défunt, divorcé de sa première épouse, versait à cette dernière une pension alimentaire. Celle-ci était clairement établie aux termes du jugement de divorce.

La mère des enfants, (ceux-ci légataires universels), présente alors à la succession une réclamation en vertu des règles sur la survie des créances alimentaires[23]. Ces règles lui permettent de réclamer un montant, qui est plafonné, dans le cas de l'ex-conjoint, à une somme équivalant à 12 mois de pension alimentaire.

Pour terminer, rappelons que la question de la transmissibilité des droits au partage du patrimoine familial est maintenant bien établie[24]. Il ne faut donc pas perdre de vue, lors de la planification, que, si le défunt est en droit d'exiger une créance au conjoint survivant, ses héritiers ont le droit d'en réclamer le paiement au conjoint survivant. Il peut donc être judicieux de faire un legs à titre particulier de tous les droits résultant du partage du patrimoine familial au conjoint survivant si ce dernier n'est pas légataire universel de la succession.

3. DE LA DÉVOLUTION LÉGALE DES BIENS

Nous venons de voir l'importance d'établir précisément l'état matrimonial de la personne lors de la planification successorale, ou encore, au moment du décès pour établir les droits de chacun. Les définitions des

---

[23] Art. 684 à 695 C.c.Q.; pour les créanciers alimentaires, voir les articles 585 à 596 C.c.Q.

[24] *Lamarche* c. *Olé-Widholm*, [2002] R.D.F. 219 (C.A.).

lois en cause viennent parfois faire échec à la volonté de la personne, qui ne peut pas toujours choisir librement à qui les biens seront dévolus, notamment en regard des régimes de retraite et des régimes similaires.

Pour y parvenir, les lois peuvent avoir certaines exigences, par exemple, comme nous l'avons vu tantôt, la renonciation du conjoint de fait aux droits qui lui reviendraient. On comprend bien qu'il faudra un bon souper, une bonne bouteille de vin et une atmosphère idéale pour entreprendre une telle démarche et présenter sa demande au conjoint!

En matière de dévolution légale, les conjoints de fait ne disposent d'aucun droit puisque le *Code civil du Québec* ne reconnaît que les conjoints légalement mariés ou encore unis civilement, et ce, peu importe la durée de vie commune ou encore la présence d'enfants communs.

Si cet état de fait rejoint le désir de la personne, qui pourrait ne pas vouloir avantager le nouveau conjoint de fait, nous venons de voir que celui-ci pourrait, de toute façon, avoir des droits en vertu d'un régime de retraite, par exemple.

Il est donc primordial, dans le cadre d'une planification successorale d'établir les droits en regard de chacun des actifs de la personne pour lui présenter une situation claire des droits de chacune des personnes de son entourage et surtout pour éviter de rédiger des legs qui pourraient être sans effet. Ceci pourrait venir modifier de façon significative la dévolution des biens et par voie de conséquence, empêcher l'atteinte des objectifs recherchés. Malheureusement, il est souvent trop tard pour corriger une telle situation.

Une autre vérification importante est de s'assurer de l'harmonisation de la planification successorale des deux conjoints. Du fait de l'augmentation du nombre de familles reconstituées (enfants issus de premières unions et enfants communs), il faut que les dispositions du couple soient examinées conjointement.

Les liens de filiation peuvent également venir compliquer les planifications successorales.

Exemple

Citons, un exemple de cas malheureux vu récemment, dans le cadre d'un règlement de succession :

M. et M^me^ X, légalement mariés, adoptent un enfant. M^me^ X décède et M. X se remarie légalement avec M^me^ Y lorsque l'enfant est âgé d'à peine cinq ans. M^me^ Y devient inapte et l'enfant, âgé maintenant d'une cinquantaine d'années, prend grand soin d'elle et de M. X vieillissant. Ce dernier décide de revoir sa planification testamentaire pour s'assurer de protéger à la fois M^me^ Y et l'enfant. Son testament prévoyait que tous ses biens seraient transmis à M^me^ Y et en cas de prédécès, à l'enfant. M^me^ Y ne peut plus tester en raison de son inaptitude

Tout concordait avec les volontés de M. X puisque ses biens devaient être transmis à M^me^ Y et, au décès de celle-ci, à l'enfant.

Son interprétation venait du fait que les liens de l'adoption donnent les mêmes droits à l'enfant adoptif qu'à l'enfant naturel[25].

Mais le problème de cette succession est que M^me^ Y n'est pas la mère adoptive puisque l'enfant a été adopté par M^me^ X. L'union légale de M. X avec M^me^ Y n'a pas créé de lien juridique entre l'enfant et M^me^ Y.

Lors du décès de M. X, tous ses biens sont transmis à M^me^ Y. L'enfant continue de prendre grand soin d'elle pendant plusieurs années et est même nommé curateur à la personne.

Ce n'est que lors du décès de M^me^ Y que l'enfant apprend que tous les biens de celle-ci, qui comprennent maintenant tous ceux de M. X, sont transmis aux neveux et nièces de M^me^ Y. L'enfant quant à lui, ne reçoit rien en vertu des règles de dévolution légale.

La solution qui aurait pu être retenue pour protéger M^me^ Y et l'enfant aurait été la création d'une fiducie au profit de M^me^ Y, d'un usufruit, d'une substitution. Ces modes de transmission des biens permettent de prévoir la remise des biens à l'enfant au moment du décès de M^me^ Y.

La leçon à retenir est qu'il ne faut jamais rien prendre pour acquis et les termes utilisés ne sont pas toujours juridiquement judicieux. Lorsqu'un client affirme avoir un conjoint de fait ou encore se dit séparé ou divorcé, il vaut toujours mieux prendre connaissance des documents légaux officialisant les liens juridiques. Dans notre exemple, le jugement d'adoption aurait pu démontrer que l'adoption n'avait pas été faite par M^me^ Y et une vérification

---

[25] Art. 577, 578 et 655 C.c.Q.

aurait permis à M. X de revoir ses dispositions testamentaires à temps pour protéger les droits de l'enfant.

En matière de dévolution légale, il importe également de bien l'établir. Le piège sur lequel on tombe fréquemment est dû à l'établissement erroné de la situation matrimoniale et des liens de filiation. Il faudra, de plus en plus, faire des tableaux de distribution élaborés pour tenir compte des multiples liens pouvant exister.

À maintes reprises, il a été vu une dévolution erronée des biens principalement dans l'ordre des collatéraux privilégiés[26].

La représentation a toujours lieu en matière de dévolution légale[27], c'est-à-dire, que, dès qu'un des légataires reconnus est prédécédé, ses descendants sont appelés à recevoir leur part.

La seule exception prévue par la loi a lieu dans l'ordre des collatéraux privilégiés[28]. Dans cet ordre, la représentation est limitée à un seul degré, soit celui des descendants au premier degré des frères et sœurs de la personne décédée. À plusieurs reprises, nous avons vu des distributions erronées où des droits avaient été accordés à des petits-neveux et petites-nièces. Ceux-ci n'ont aucun droit de représentation dans cet ordre. Imaginez devoir annoncer à des personnes que, bien que tous les documents officiels établissent qu'ils sont des légataires, qu'à cause d'une malencontreuse erreur, leurs droits sont inexistants. Il s'agit d'une situation à laquelle nous avons été confrontés à plusieurs reprises.

Ou encore, une succession légale où le patrimoine de la personne décédée était constitué de ses droits dans la communauté de biens. Le conjoint de la personne décédée a dû débourser une certaine somme pour acquitter la valeur de la part des neveux et nièces qui héritaient conjointement avec lui. Par conséquent, il a dû racheter leur part dans la résidence, les meubles, la voiture, etc., qui étaient tous des biens communs. Dans ce cas-ci, la personne décédée avait été parfaitement informée de ses droits et avait prétendu à plusieurs membres de son entourage qu'elle réservait une surprise à son conjoint au moment de son décès. Quelle surprise! Malheureusement, il peut arriver le même genre de situations mais

---

[26] Art. 670 à 676 C.c.Q.

[27] Art. 660 à 665 C.c.Q.

[28] Art. 663 C.c.Q.

pour lesquelles les personnes ne connaissent pas toujours les conséquences de leur situation familiale.

4. DE CERTAINES ADMINISTRATIONS HYBRIDES ET DE LA RÉDACTION DE CERTAINES CLAUSES TESTAMENTAIRES

Administration successorale prolongée, usufruit testamentaire, substitution, fiducie, rentes, assurance vie fiduciaire, sont autant de modes d'administration et de contrôle *post mortem* que les testateurs et leurs conseillers devront planifier par souci bien légitime de protéger leurs successibles et de profiter de certains allègements fiscaux.

Nous ne nous étendrons pas, dans le présent texte, sur les avantages et les inconvénients, du point de vue purement juridique, soit civil ou fiscal, de l'un ou l'autre de ces modes d'administration. D'autres l'ont fait avant nous et nous n'avons rien à y ajouter. Chacun de ces modes d'administration présente, à notre avis, sa série d'avantages et d'inconvénients, et il revient au client et à son conseiller d'identifier le mode approprié à la situation analysée, compte tenu des objectifs recherchés, sans idée préconçue.

4.1. LA RÉDACTION TESTAMENTAIRE

En ce qui a trait à la rédaction nous constaterons que certains testaments peuvent, encore une fois, laisser planer des incertitudes et des difficultés d'interprétation.

Le fait de voir de plus en plus de familles reconstituées fait en sorte que certaines planifications seront, de plus en plus, fréquemment utilisées. Imaginons la situation de deux personnes qui s'unissent, chacune d'elle étant déjà parent lors d'une union antérieure, De cette nouvelle union peuvent naître un ou des enfants issus des mêmes parents contrairement à ceux des unions précédentes. Il peut être parfois ardu de s'occuper de la protection de toutes ces personnes, en l'occurrence, le nouveau conjoint et tous les enfants. Nous verrons donc apparaître des formes d'administration des biens ou de démembrements de droits de propriété pour parvenir à la protection des intérêts de chacun.

Pensons, par exemple, à un legs en usufruit au profit du conjoint alors que la nue-propriété des biens est remise aux enfants. Sommes-nous parvenus à un partage équitable et à la protection parfaite des personnes concernées? Il peut, en effet, s'agir d'une planification qui rejoint les intentions du testateur. Pensons également à un legs en substitution aux termes duquel le conjoint sera le grevé qui profitera sa vie durant, ou pendant

la durée prévue par le testateur, des biens de la succession, les administrera et rendra le résidu lors de son propre décès ou à tout autre moment prévu. Une autre possibilité, bien entendu, est la fiducie au profit du conjoint avec les enfants comme bénéficiaires éventuels du capital.

La présence d'un tiers, soit le fiduciaire neutre[29], est-il un argument suffisant pour rejeter *a priori* la fiducie au profit de la substitution ou, au contraire, l'absence de mesure de contrôle de l'administration du grevé de substitution constitue-t-elle toujours un type de disposition approprié et sécurisant, surtout pour les appelés? Seule, l'analyse de la situation à « couvrir » nous permettra de juger de la justesse de la solution retenue.

De la même façon, il y a lieu de s'interroger sur la pertinence de certaines fiducies-conjoint « songées » à des fins fiscales et de protection alors que le conjoint survivant est de la même génération que les enfants du constituant!

Nous voudrions donc attirer votre attention sur quelques situations complexes auxquelles nous avons été confrontés durant notre pratique relativement à l'un ou l'autre de modes d'administration.

Exemple 1

Récemment, il nous a été donné de lire ceci dans un testament :

> « Je lègue le résidu de mes biens comme suit : 80 % à mes filles Annie, Nicole, Monique et Micheline.
>
> Mes liquidateurs auront l'administration de tous les biens légués à Annie et ils lui remettront sa part sous forme de rente annuelle de 2 000 $, avec le droit pour ceux-ci, à leur seul jugement, d'utiliser tout revenu additionnel ou le capital pour ses besoins. Au moment de décès de ma fille, le résidu non versé sera réparti entre mes autres filles. »

Dans ce cas-ci, nous sommes confrontés à un legs en pleine propriété dès l'instant du décès, à terme, il est vrai, mais cependant conditionnel à la survie de la bénéficiaire jusqu'à l'épuisement du capital, et également face à un legs sous forme de rente. Sommes-nous en présence d'une fiducie?

Aussi, il est fréquent que vis-à-vis certains legs en usufruit, nous nous posons la question de savoir s'il ne s'agit pas plutôt d'une fiducie. L'arrêt

---

[29] Art. 1275 C.c.Q.

Magnan c. *Compagnie Trust Royal*[30] constitue un exemple récent de ce type de problématique. L'intérêt de la distinction dans cette cause consistait en la possibilité, si on était en présence d'une fiducie, de se prévaloir des dispositions de la loi afin de demander au Tribunal d'y mettre fin[31].

Une situation récente prévoit que l'usufruit des biens[32] est remis aux frères et sœurs du défunt, et ensuite aux neveux et nièces pour une période de dix ans au terme de laquelle ces derniers recevront le capital. Si l'un ou l'autre des neveux et nièces décèdent avant le terme prévu, il y aura alors accroissement au profit des autres neveux et nièces, excluant ainsi la représentation.

L'usufruit donne un droit immédiat dans les biens aux nus-propriétaires. En principe, les neveux et nièces sont usufruitiers et nus-propriétaires, dès l'instant du décès, et peuvent donc disposer librement de leur droit. Advenant un décès avant la fin de l'usufruit, leur droit sera transmis à leur propre succession selon les règles de l'usufruit mais non selon les termes du testament.

Une telle rédaction porte donc à confusion. Le défunt, selon les conditions établies semble plutôt avoir voulu créer une substitution dont les grevés sont d'abord ses frères et sœurs et ensuite ses neveux et nièces qui deviennent, dès lors, les nouveaux grevés[33]. et dont les appelés sont également ses neveux et nièces vivants lors de l'ouverture de la substitution. Toutefois, les clauses subséquentes viennent faire échec aux dispositions légales relatives à la substitution et, plus particulièrement, à son administration.

Doit-on plutôt présumer que le défunt, a, de préférence, désiré la création d'une fiducie au profit d'abord de ses frères et sœurs qui bénéficient des revenus, et ensuite des neveux et nièces qui sont les bénéficiaires éventuels du capital. Le testateur pouvait, dès lors, prévoir le prédécès d'un des bénéficiaires.

Cette interprétation est également la plus plausible puisqu'en plus, le testateur désigne un liquidateur à qui il donne les indications quant à

---

30 J.E. 2006-1087.

31 Art. 1294 C.c.Q.

32 Art. 1120 et suiv. C.c.Q.

33 Art. 1219 C.c.Q.

l'administration dudit usufruit. Or, l'administration des biens est sous la responsabilité de l'usufruitier[34] tout comme pour la substitution dont l'administration est confiée au grevé[35]. Dans ce cas-ci , nous constatons donc qu'une autre clause du testament en cause est en contradiction avec le legs en usufruit.

Leçon à tirer : tout comme en littérature, il faut éviter de mélanger les genres, il faut éviter à tout prix les administrations hybrides. Elles donnent souvent lieu à des conflits majeurs entre les parties intervenantes et sont la source d'interprétations contradictoires en ce qui concerne des questions d'importance : la propriété des biens et la faculté d'en disposer, les mesures de surveillance, la responsabilité des placements, la reddition de comptes, la fin de l'administration, l'étendue des droits d'empiètement, la dévolution successorale, etc.

En matière d'usufruit, il faut aussi se poser la question à savoir quelle est la personne responsable des placements? La réponse n'est pas aussi simple qu'on peut le penser de prime abord. D'une part, le *Code civil du Québec* prévoit que l'usufruitier a l'administration du bien soumis à l'usufruit[36]. Il en tire les fruits civils, c'est-à-dire les revenus (intérêts et dividendes). Le capital est la propriété des nus-propriétaires qui bénéficieront de sa croissance ou en subiront les pertes l'affectant. Les nus-propriétaires ont, seuls, en cette qualité, le droit d'aliéner le capital. D'autre part, il est fréquent de retrouver dans un testament, une administration concurrente des biens soumis à l'usufruit confiée au liquidateur « durant tout le temps de l'usufruit », bien qu'une telle disposition soit carrément en contradiction et incompatible avec la présence d'un usufruit, comme l'ont répété à maintes et maintes reprises les tribunaux.

L'usufruit comporte un portefeuille de placements et l'usufruitier, par souci d'assurer une saine gestion des placements, entend en confier le mandat à un conseiller en placements ou un gestionnaire professionnel. Le peut-il?

La réponse est non puisque le gestionnaire de placement devra certainement procéder à la vente de certaines valeurs au cours de sa gestion et non pas seulement les renouveler au fur et à mesure de leurs échéances.

---

[34] Art. 1142 C.c.Q.

[35] Art. 1223 et suiv. C.c.Q.

[36] Art. 1142 et suiv. C.c.Q.

Comme il a été mentionné précédemment, dans le présent texte, le pouvoir d'aliénation n'appartient pas à l'usufruitier. De la même façon peut-on se poser la question de déterminer qui établira la politique de placements? Visera-t-elle une croissance du capital ou, au contraire, la maximisation des revenus, et ce, au détriment des nus-propriétaires! La liquidation de succession terminée et le liquidateur ayant produit son avis de reddition de comptes[37], ce dernier pourra-t-il légitimement continuer l'administration successorale des biens assujettis à l'usufruit « par-dessus la tête des usufruitiers et nus-propriétaires » même dans le cas où le liquidateur serait également l'usufruitier? Quelle sera la situation si l'usufruitier désire lui-même effectuer les transactions au moyen d'un compte de courtage « direct »? Enfin, à quel nom seront immatriculés les placements? Au nom de la succession ou au nom de l'usufruitier? Quelle sera la protection dont bénéficieront les nus-propriétaires afin qu'il n'y ait pas confusion des biens, encore plus si l'usufruitier a été dispensé de faire un inventaire au décès? Dans le cas d'un immeuble, qui assumera les charges ou les travaux majeurs de l'immeuble si aucun fonds de réserve n'a été prévu à ces fins?

La loi établit les règles relatives à ce type d'administration[38] mais d'une façon incomplète, à notre avis, notamment en regard de la question des placements. Suivant notre expérience, toutes ces questions devront être finalement résolues par la voie d'un règlement devant intervenir entre l'usufruitier, les nus-propriétaires et parfois, le liquidateur de succession. Et, encore heureux serons-nous, dans les cas où les nombreux nus-propriétaires seront encore tous majeurs, mentalement aptes et vivants! En effet, dans le cas d'un usufruit qui se prolonge, il n'est pas rare d'être confronté à autant de successions qu'il y a de nus-propriétaires. Qui ne se souvient de notre bienheureuse madame Jeanne Louise Calment, citoyenne française décédée à l'âge de 122 ans alors qu'elle était usufruitière d'un immeuble vendu à son notaire… quarante ans auparavant!

Exemple 2

Voici un autre bel exemple lu dans un testament : « Je lègue l'usufruit de ma propriété en substitution à X et Y à charge pour eux de la rendre, au décès du dernier d'entre eux, à Z, mon légataire universel résiduaire. »

Le légataire universel résiduaire est donc un appelé de la succession et est à la fois le nu-propriétaire puisque, seul, l'usufruit est remis à X et Y.

---

37 Art. 819 et suiv. C.c.Q.

38 Art. 1142 et suiv. C.c.Q.

Quelles règles d'administration doivent être appliquées dans cette situation, celles de l'usufruit ou celles de la substitution? Encore une fois, dans ce cas-ci, l'emploi de termes judicieusement utilisés évite tout conflit ou toute difficulté d'interprétation quant aux intentions réelles du testateur.

En matière d'usufruit ou de substitution, il n'est donc pas toujours facile pour l'usufruitier ou le grevé, dans les cas qui le permettent, de prendre la juste mesure de l'étendue de son droit d'empiètement sur le capital, en dehors de toute considération personnelle. Il n'est également pas toujours facile de départager, à l'intérieur du portefeuille de placements de l'usufruitier ou du grevé de substitution, ce qui lui appartient en propre et ce qui appartient à la succession quand, par exemple, tous les revenus ne sont pas utilisés par la bénéficiaire ou que certains sont réinvestis ou encore, que les gains ou les pertes en capital ne sont pas attribués à la bonne « entité ».

Enfin, quelques mots sur la controverse qui a eu lieu relativement à la possibilité de confier l'administration de biens dévolus à un mineur au-delà de sa majorité.

Nous savons que le *Code civil du Québec* reconnaît comme valable la disposition prévoyant que les biens sont légués à un mineur conditionnellement à ce qu'ils soient administrés par le liquidateur[39]. Certains se sont interrogés sur sa validité au-delà de la majorité du légataire, par exemple, telle stipulation, couramment utilisée prévoyant l'administration successorale « obligatoire » jusqu'à ce que le légataire atteigne l'âge de 21 ou même 25 ans.

Une telle stipulation se lit sommairement comme suit :

> « Mon liquidateur aura l'administration de tous les biens légués par les présentes à mes légataires âgés de moins de 21 ans, avec le pouvoir d'utiliser tout ou partie du revenu et du capital afin de satisfaire aux besoins de subsistance, d'éducation et d'instruction de tel légataire.
>
> Jusqu'à la remise définitive de la part de chacun de mes légataires, mon liquidateur agira à titre d'administrateur chargé de la pleine administration relativement à la part de succession de mon légataire. »

---

[39] Art. 210 C.c.Q.

Notre collègue François Frenette, notaire, a, quant à nous, clos le débat dans un article paru dans l'*Entracte*[40]. Nous souscrivons d'emblée aux arguments soulevés par ce dernier. Retenons simplement de son argumentation qu'il est toujours permis au testateur d'étendre la saisine du liquidateur, mais non pas le contraire, pendant tout le temps nécessaire à la liquidation[41] et qu'une telle clause ne porte en rien atteinte à la dignité du légataire mais constitue tout simplement une mesure de protection en faveur de celui-ci. En effet, jusqu'à la remise des biens, le légataire ne pourra disposer de sa part de succession, celle-ci étant incessible comme l'aura voulu et stipulé le testateur[42].

La stipulation additionnelle prévoyant le décès du légataire avant la date de remise de sa part et l'accroissement de celle-ci au profit des colégataires devrait être évitée puisqu'alors, comme vous l'aurez compris, nous nous retrouverons en présence d'une disposition hybride chevauchant à la fois le legs à terme en pleine propriété, la substitution et la fiducie!

Ce qui est à éviter, évidemment.

5. DE L'EXERCICE DES POUVOIRS AYANT TRAIT AUX PLACEMENTS PAR LES LIQUIDATEURS, FIDUCIAIRES ET AUTRES ADMINISTRATEURS DU BIEN D'AUTRUI

Au cours de notre pratique au sein d'une société de fiducie, nous avons l'avantage de côtoyer des gestionnaires de placement et d'établir, dans les différents dossiers qui nous échoient, la stratégie d'investissement appropriée aux objectifs recherchés.

Examinons quelques aspects pratiques reliés aux activités de placement qu'ils seraient avantageux, à notre avis, de connaître et de planifier dans nos actes afin de mieux encadrer juridiquement cette activité, telle qu'elle est exercée de nos jours.

Est-il nécessaire d'insister sur l'importance grandissante que prend cette activité à l'intérieur des administrations du bien d'autrui définies dans les diverses lois en raison, notamment, de la complexité accrue des marchés

---

40 François FRENETTE, « L'administration prolongée du liquidateur pendant la majorité du légataire », (2006), vol. 15, n° 5 *Entracte*, p. 3.

41 Art. 778 C.c.Q.

42 Art. 1212 C.c.Q.

financiers et des produits offerts et de la responsabilité qui y est attachée dans les différents textes de loi. Rappelons-nous que l'administrateur chargé de la pleine administration, ce qui est le lot de plusieurs représentants, doit non seulement conserver le patrimoine mais, en plus, le faire fructifier et en assurer la croissance[43]. Il est vrai que ces responsabilités pourront être allégées. Il n'en demeure pas moins que l'administrateur sera responsable d'avoir agi avec prudence, diligence et… compétence, ajouterons-nous!

Deux types de disposition ayant trait au pouvoir de placement se retrouvent généralement dans les testaments et les actes de fiducie :

La première concerne les types de placements qu'il est permis de faire aux représentants et se lit généralement comme suit : « Mon représentant pourra conserver les placements et les biens que je possèderai à mon décès, s'il le juge à propos; faire tout placement ou toute modification à son entière discrétion, sans être limité aux placements prévus par la loi. »

La seconde, dans le cas où elle est stipulée, concerne le pouvoir de délégation lorsque nous sommes en présence de plusieurs administrateurs et se lit généralement comme suit :

> « Mes représentants pourront déléguer tout ou partie de leurs pouvoirs à leurs co-administrateurs ou à l'un d'eux. Ils pourront agir comme mandataires les uns des autres pour tout acte d'administration ou même pour des actes de disposition, pourvu qu'ils soient déterminés et définis. Tels mandats ne devront excéder une période de trois mois et ils ne pourront cependant se déléguer tous leurs pouvoirs. »

Notons que concernant ce dernier pouvoir, il existe plusieurs variantes conférant tantôt une délégation très générale tantôt plutôt restrictive. Nos propos s'adresseront également à ces types de délégation.

Nous ne discuterons pas de la pertinence de limiter ou d'étendre les types de placement admissibles pour l'administrateur. Nous remarquons, toutefois que, dans le cas de restrictions très limitatives, tel l'achat de placements garantis seulement, l'administrateur sera tenté de s'adresser au Tribunal dans le cas d'administration prolongée, lorsque cela est possible, afin d'élargir la palette des placements et de profiter des innovations sur le marché, et ce, dans le meilleur intérêt du patrimoine administré. Pour cette raison, il n'est généralement pas recommandé de limiter les placements à ceux présumés sûrs définis par le *Code civil du Québec*.

---

[43] Art. 1306 et suiv. C.c.Q.

Alors qu'il est d'usage, depuis toujours, de laisser les administrateurs établir eux-mêmes la politique de placement (ou stratégie d'investissement) et de décider du choix des placements, un à un, en en confiant l'exécution à un tiers, suivant des instructions précises à cet égard. La tendance actuelle que nous voyons se dessiner, aussi bien chez les particuliers d'ailleurs, est de confier la gestion des placements à une firme ou à un individu, au moyen d'un mandat discrétionnaire après avoir convenu avec ces derniers de la politique de placements.

En regard des pouvoirs conventionnels généralement conférés à l'administrateur, tels qu'ils sont mentionnés ci-dessus, et des dispositions de la loi, pouvons-nous conclure qu'une telle organisation des placements satisfait aux exigences de la loi? Nous émettons des doutes à ce sujet.

L'article 1337 C.c.Q. établit la règle applicable à tous les types d'administration : « L'administrateur peut déléguer ses fonctions ou se faire représenter par un tiers pour un acte déterminé; toutefois, il ne peut déléguer généralement la conduite de l'administration ou l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, sauf à ses co-administrateurs. »

La question se pose de savoir si l'administrateur, qui n'y est pas spécialement autorisé dans l'acte lui conférant ses pouvoirs, peut valablement confier un mandat de gestion discrétionnaire à une autre personne que son coadministrateur?

Pouvons-nous considérer la gestion discrétionnaire conférée au tiers comme un seul acte déterminé, répétitif, il est vrai ou, au contraire, ne doit-on pas conclure que la gestion discrétionnaire, emportant en elle-même une série de transactions décidées journellement par le gestionnaire, va bien au-delà du cadre de délégation limitatif autorisé par l'article précité? Poser la question, c'est y répondre. Une telle délégation est, à notre avis, *ultra vires* des dispositions prévues dans la loi.

Signalons également, que plusieurs courtiers, dans le cas de comptes de courtage direct, limitent le nombre d'intervenants pouvant donner des instructions de transaction, allant même jusqu'à exiger qu'il n'y en ait qu'un en présence de plusieurs administrateurs du bien d'autrui.

Dans ce contexte, il n'est certainement pas conseillé de limiter la délégation que peuvent se donner les coadministrateurs, que ce soit en regard de certains actes ou encore quant à la durée de la délégation. En effet, l'institution ne voudra pas, dans ce dernier cas, prendre la responsabilité de mettre en place le système de contrôle requis à cette fin.

Nous recommandons donc, dans le cadre d'une planification ayant trait aux placements, d'inclure des pouvoirs larges en faveur des administrateurs de telle sorte que les représentants puissent retenir les services de tout conseiller en placement. De plus, ils pourront leur déléguer tout ou partie des pouvoirs conférés à ceux-ci relatifs aux placements, sans restriction ni réserve, y compris tout pouvoir discrétionnaire, après avoir convenu avec ces derniers de la politique de placement, laquelle pourra être révisée de temps à autre, à la discrétion des représentants.

Nous sommes d'avis qu'une telle délégation ne réduit en rien la responsabilité des représentants, le dernier alinéa de l'article 1337 C.c.Q. nous rappelant que l'administrateur répond alors du soin avec lequel il a choisi cette personne et lui a donné ses instructions : « Il répond de la personne qu'il a choisie, entre autres, lorsqu'il n'était pas autorisé à le faire; s'il l'était, il ne répond alors que du soin avec lequel il a choisi cette personne et lui a donné ses instructions. »

Comme nous le répétons souvent, l'ère qui s'ouvre en placements consiste plus souvent pour l'administrateur à suivre de près son gestionnaire, et le rang de celui-ci, plutôt que ses propres placements !

Nous émettrons un dernier commentaire ayant trait aux placements. Dans le contexte de gestion discrétionnaire mise de l'avant par plusieurs institutions et souvent recherchée par les administrateurs, certains collègues, s'autorisant de la disposition de l'article 1334 C.c.Q., prévoient la division des fonctions entre les coadministrateurs. Par exemple, l'institution financière, coliquidatrice ou fiduciaire désignée aux termes d'un testament ou encore, le coliquidateur, conseiller en placements, sera seul responsable des placements.

Une telle stipulation nous semble, à première vue, valable.

En matière de fiducie, nous nous interrogeons, toutefois, sur l'effet d'une telle disposition en regard de l'exigence de la présence d'un fiduciaire non bénéficiaire dans toute décision ayant trait à l'administration de la fiducie[44]. Qu'en sera-t-il si le fiduciaire à qui l'exclusivité des décisions en matière de placements a été donnée est également bénéficiaire de la fiducie? À la lumière de l'arrêt *Spicer (Succession)* c. *Boyer-Richard*[45], commenté

---

[44] Art. 1275 C.c.Q.

[45] J.E. 2004-1143 (C.S.).

par M[e] Charles C. Gagnon[46], il semble bien que cette situation serait quand même acceptable du point de vue d'administration fiduciaire.

CONCLUSION

En conclusion, le principe à retenir est que devant l'évolution des situations matrimoniales et familiales et devant les différences que les diverses lois présentent relativement à la notion de conjoint, une plus grande vigilance est devenue nécessaire.

Il faut éviter les réflexes et établir avec la plus grande précision les situations qui se présentent à nous. La bigamie qu'on affirmait, autrefois, fiscale existe dorénavant également du point de vue légal. Ce qui est une absurdité. En effet, selon les définitions établies, on peut avoir deux conjoints qui se voient octroyer des droits concurremment.

Il faut donc vérifier chacune des lois qui peuvent être applicables suivant les circonstances et parvenir à une planification claire pour s'assurer du respect des volontés de la personne.

Finalement, il est nécessaire de prendre le temps d'analyser et de rédiger de façon cohérente pour, encore une fois, s'assurer du respect des volontés et également s'assurer de la protection des droits de chacune des personnes que le testateur entend protéger.

---

[46] Charles C. GAGNON, « Jusqu'où doit aller l'indépendance du fiduciaire? Analyse critique de l'arrêt *Spicer (Succession)* c. *Boyer-Richard* », dans *Colloque – Les fiducies*, 159, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2006, pp. 2:1-9.

REVUE DE LA JURISPRUDENCE RÉCENTE SUR LA RÈGLE GÉNÉRALE ANTIÉVITEMENT

Denis Lacroix
Associé, notaire, M. Fisc.
KPMG s.r.l./s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 27:3

1. DÉCISIONS PORTANT SUR LE DÉPOUILLEMENT DE SURPLUS 27:4

1.1. LA DÉCISION *EVANS* C. *LA REINE* 27:4
1.2. LA DÉCISION *DESMARAIS* C. *LA REINE* 27:7
1.3. LA DÉCISION *OVERS* C. *LA REINE* 27:11

2. DÉCISIONS PORTANT SUR DES SITUATIONS TRANSFRONTALIÈRES 27:12

2.1. LA DÉCISION *UNIVAR CANADA LTD.* C. *LA REINE* 27:12
2.2. LA DÉCISION *OGT HOLDINGS LTD.* C. *SMRQ* 27:14
2.3. LA DÉCISION *MIL (INVESTMENTS) S.A.* C. *LA REINE* 27:15

3. AUTRES DÉCISIONS 27:17

3.1. LA DÉCISION *WEST TOPAZ PROPERTY LTD.* C. *LA REINE* 27:17
3.2. LA DÉCISION *LIPSON* C. *LA REINE* 27:19
3.3. LA DÉCISION *CECO OPERATIONS LTD.* C. *LA REINE* 27:21

INTRODUCTION[*]

Lors du Congrès de l'APFF de l'an dernier, l'auteur du présent texte a prononcé la conférence intitulée : « En attendant les décisions *Kaulius* et *Hypothèques Trustco Canada*[1] ». Quelques jours seulement après la fin du congrès, soit le 19 octobre 2005, la Cour suprême du Canada rendait ses décisions dans ces deux affaires[2]. Bien que ces décisions n'éliminent pas toutes les incertitudes, elles proposent néanmoins une méthodologie précise relativement à l'application de la RGAÉ qui permettrait d'espérer une stabilisation du droit sur la question.

Ce texte considère neuf décisions qui ont été rendues depuis les décisions de la Cour suprême du Canada. Huit de ses décisions sont de la Cour canadienne de l'impôt et une autre de la Cour du Québec[3]. Force est de constater que nous sommes loin d'avoir atteint un niveau de stabilité sur le plan juridique dans l'application de la RGAÉ. Il est difficile d'identifier un niveau de cohérence entre les différentes décisions rendues par les tribunaux. Ce qui est plus inquiétant est le fait que presque toutes ces décisions présentent des erreurs méthodologiques, parfois importantes, dans l'application de la RGAÉ en regard de la méthodologie proposée par la Cour suprême. Ce sont ces erreurs méthodologiques que nous tenterons de mettre en lumière et d'analyser dans ce texte.

---

[*] Le présent texte est une analyse critique des décisions rendues depuis les arrêts *Mathew* et *Hypothèques Trustco Canada* concernant la règle générale antiévitement (ci-après « RGAÉ »).

[1] Denis LACROIX, Nathalie GOYETTE, « Règle générale antiévitement : décisions récentes », dans *Congrès 2005*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2006, pp. 25:1-49.

[2] *Mathew* c. *La Reine*, [2005] C.S.C. 55 (ci-après « *Mathew* »); *La Reine* c. *Hypothèques Trustco Canada*, [2005] C.S.C. 54 (ci-après « *Hypothèques Trustco Canada* »).

[3] *Evans* c. *La Reine*, [2005] D.T.C. 1762 (C.C.I.) (ci-après « *Evans* »); *Desmarais* c. *La Reine*, [2006] D.T.C. 2376 (C.C.I.) (ci-après « *Desmarais* »); *Overs* c. *La Reine*, [2006] D.T.C. 2192 (C.C.I.) (ci-après « *Overs* »); *Univar Canada Ltd.* c. *La Reine*, [2005] D.T.C. 1478 (C.C.I.) (ci-après « *Univar* »); *West Topaz Property Ltd.* c. *La Reine*, [2005] C.C.I. 655 (C.C.I.) (ci-après « *West Topaz* »); *Lipson* c. *La Reine*, [2006] C.C.I. 148 (C.C.I.) (ci-après « *Lipson* »); *OGT Holdings Ltd.* c. *SMRQ*, C.Q. Montréal, n° 500-02-094425-019, 29 juin 2006, j. De Michele (ci-après « *OGT* »); *Ceco Operations Ltd.* c. *La Reine*, [2006] D.T.C. 3006 (C.C.I.) (ci-après « *Ceco* »); et *MIL (Investments) S.A.* c. *La Reine*, [2006] T.C.C. 460 (C.A.) (ci-après « *MIL* »).

1. DÉCISIONS PORTANT SUR LE DÉPOUILLEMENT DE SURPLUS

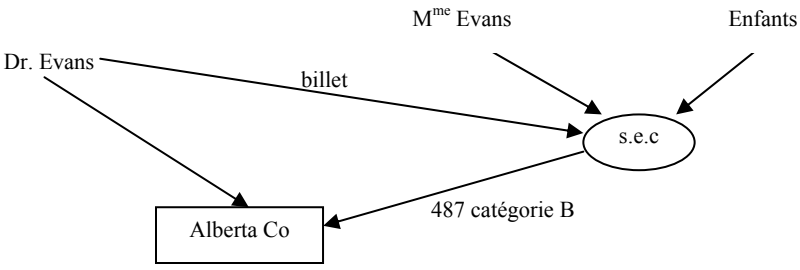
Trois décisions qui ont été rendues portent sur la question du dépouillement de surplus. Il s'agit des décisions *Evans*, *Desmarais* et *Overs*. Comme nous le verrons, certaines de ces décisions sont irréconciliables.

1.1. LA DÉCISION *EVANS* C. *LA REINE*

La décision *Evans* est l'une des premières à avoir été rendue après les arrêts de la Cour suprême *Mathew* et *Hypothèques Trustco Canada*, puisqu'elle a été rendue le 28 novembre 2005. La décision a été rendue par le juge Bowman de la Cour canadienne de l'impôt.

Les faits pertinents à cette décision peuvent être résumés comme suit. Le Dr Evans est, au départ, le seul actionnaire de 117679 Alberta Ltd. (ci-après « Alberta Co »). Alberta Co a versé un dividende en actions composé de 487 actions de catégorie B de son capital-actions au Dr. Evans. Ces actions avaient un faible capital versé de sorte que le montant du dividende était faible. Toutefois, ces actions étaient rachetables à un montant de 1 000 $ l'action. Par la suite, une société en commandite a été constituée, dont M^me^ Evans, la conjointe du Dr. Evans, était le commandité et leurs trois enfants, des commanditaires. Le Dr. Evans a par la suite vendu ses actions catégorie B à la société en commandite pour 487 000 $ et a obtenu en contrepartie un billet promissoire portant intérêt au taux de 5 %. Graduellement, les actions de catégorie B détenues par la société en commandite ont été rachetées et les fonds ont servi à rembourser le billet qui avait été émis en faveur du Dr. Evans.

Ces faits peuvent être illustrés par le schéma suivant :



Les conséquences fiscales de cette série d'opérations peuvent se résumer comme suit. Lors du paiement du dividende en actions, le Dr. Evans a reçu un faible dividende puisque le capital versé de ses actions était faible. En raison de la vente des actions catégorie B en faveur de la société en commandite, le Dr. Evans a réalisé un gain en capital et a réclamé l'exonération des gains en capital. Les intérêts payés sur le billet étaient imposables entre les mains du Dr. Evans mais déductibles dans le calcul du revenu de la société en commandite. Lors du rachat d'actions catégorie B détenues par la société en commandite, celle-ci réalisait un dividende réputé. Le revenu net de la société en commandite était attribué à M^me^ Evans et aux enfants. Les règles d'attribution prévues à l'article 74.5 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[4] ne s'appliquaient pas puisque la disposition des actions catégorie B avait été faite à la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») et qu'un taux d'intérêt suffisant était payable sur ce billet.

Ce que cette série d'opérations a permis de réaliser n'est pas un dépouillement de surplus d'Alberta Co à proprement parler. En effet, les surplus distribués par Alberta Co lors du rachat d'actions catégorie B étaient imposables, sauf qu'ils l'étaient entre les mains de M^me^ Evans et les enfants plutôt qu'entre les mains du Dr. Evans. Il est évident toutefois que le taux d'imposition de M^me^ Evans et des enfants était de beaucoup inférieur au taux d'imposition du Dr. Evans. C'est ce différentiel de taux qui a permis de réaliser un avantage fiscal.

Le juge Bowman conclut rapidement que la série d'opérations comporte un avantage fiscal. Il arrive à cette conclusion en comparant la situation résultant de la série d'opérations à celle qui aurait existé si un dividende avait été payé directement au Dr. Evans. Il est donc intéressant de constater que le juge utilise une approche comparative afin de déterminer s'il y a un avantage fiscal.

Le juge affirme que le but de la série d'opérations est de mettre les fonds d'Alberta Co entre les mains du Dr. Evans mentionnant ainsi :

> « I find as a matter of fact that the primary purpose of the series of transactions with which we are concerned here was to put the corporate funds in Dr. Evans' hands. The method chosen was one designed to enable him to do so at the least tax cost[5]. »

---

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

5 *Evans*, précité, note 3, par. 22.

Ce passage du jugement laisse penser que la conclusion du juge est que la série d'opérations comporte une ou plusieurs opérations d'évitement, bien qu'il ne soit pas précisé qu'elle serait cette ou ces opérations. Le juge enchaîne avec une discussion sur le principe qu'il n'est pas possible de recaractériser une opération aux fins de déterminer si elle est une opération d'évitement et passe directement à l'analyse du test d'abus prévu au paragraphe 245(4) L.I.R. On constate donc que les motifs du juge sur la question de savoir s'il y a une opération d'évitement sont relativement ambigus.

Sur la question de l'application du paragraphe 245(4) L.I.R. et de la détermination d'un abus des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le juge Bowman considère qu'il n'y a pas abus des dispositions de la loi puisque chaque disposition pertinente aux fins de la série d'opérations a reçu application de la façon prévue : « I do not think that it can be said that there is an abuse of the provisions of the *Act* where each section operates exactly the way it is supposed to[6]. »

On pourrait noter sur ce point que dans toute série d'opérations donnant lieu à une contestation en vertu de la RGAÉ, toutes les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* pertinentes se seront appliquées de la façon prévue. Si ce n'était pas le cas, la contestation ne porterait pas sur la RGAÉ.

Le juge poursuit de la façon suivante :

> « The only basis upon which I could uphold the Minister's application of section 245 would be to find that there is some overarching principle of Canadian tax law that requires that corporate distributions to shareholders must be taxed as dividends, and where they are not the Minister is permitted to ignore half a dozen specific sections of the *Act*. This is precisely what the Supreme Court of Canada has said we cannot do[7]. »

Avec respect, nous pensons que le juge avait justement le devoir de déterminer s'il existait un principe prédominant selon lequel le dépouillement de surplus a un caractère abusif. Il existe un grand nombre de dispositions dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui visent à empêcher le dépouillement de surplus. On peut penser notamment aux articles 15, 84, 84.1 et 212.1 L.I.R. Le juge a donc fait défaut à la démarche proposée par la Cour suprême et s'est contenté d'une approche simplement textuelle, sans

---

6 *Id*., par. 29.

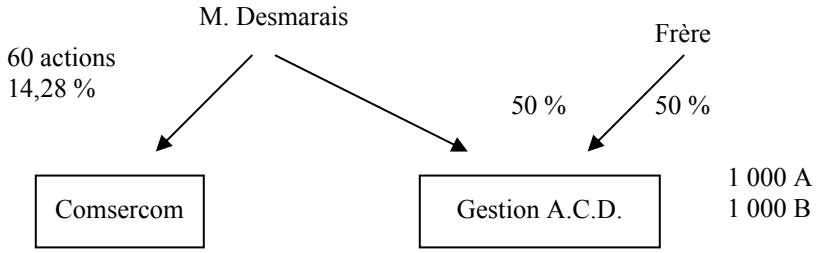
7 *Id*., par. 30.

considération envers le contexte législatif dans son ensemble. Après analyse de ce contexte législatif, le juge aurait pu néanmoins conclure qu'il n'y avait pas abus des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* mais la démarche aurait alors été au moins plus rigoureuse. Nous aurons aussi l'occasion de contraster la décision du juge Bowman dans *Evans* avec d'autres décisions qu'il a rendues par la suite.

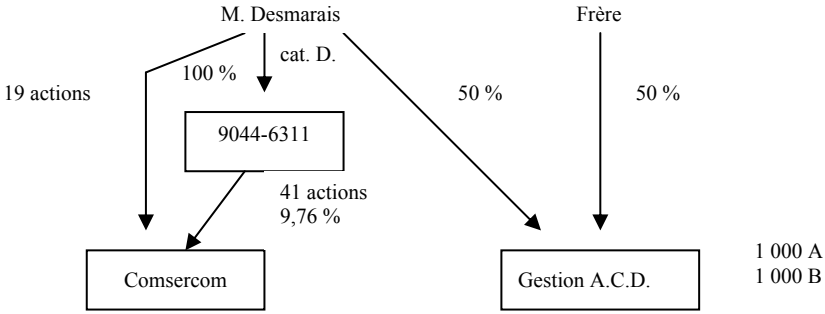
1.2. LA DÉCISION *DESMARAIS* C. *LA REINE*

On sait que pour que le paragraphe 84.1(1) L.I.R. soit applicable, la société dont il est disposé des actions (la société en cause) doit être rattachée à la société qui a acquis les actions (l'acheteur) immédiatement après la disposition des actions. La société en cause est rattachée à l'acheteur si notamment l'acheteur détient plus de 10 % des actions de la société en cause en fonction des droits de vote et de la JVM. L'affaire *Desmarais* met en cause une disposition d'actions visée par l'article 84.1 L.I.R. mais où le contribuable s'est assuré que la société en cause ne serait pas rattachée à l'acheteur à la suite de la disposition.

Au départ, M. Desmarais détenait 14,2 % des actions de Comsercom, les autres actionnaires de cette société étant des personnes n'ayant aucun lien de dépendance avec M. Desmarais. Celui-ci détenait aussi 50 % des actions du capital-actions de Gestion A.C.D., l'autre moitié des actions étant détenue par son frère.



M. Desmarais a par la suite transféré un bloc d'actions de Comsercom représentant 9,76 % de toutes les actions émises du capital-actions de Comsercom à une société de portefeuille qu'il contrôlait (ci-après « 6311 »). Il est évident que le nombre d'actions dont il a été disposé a été volontairement déterminé afin que Comsercom ne soit pas rattachée à 6311 après la disposition. M. Desmarais a obtenu, en contrepartie de cette disposition, des actions de catégorie D du capital-actions de 6311.



En raison de cette disposition, M. Desmarais a réalisé un gain en capital et il a réclamé l'exonération des gains en capital à l'égard de ce gain.

Par la suite, M. Desmarais a transféré en deux étapes des actions du capital-actions de Gestion A.C.D. à 6311 et a obtenu en contrepartie des actions de différentes catégories du capital-actions de 6311. À la suite de ces opérations, M. Desmarais s'est retrouvé avec des actions catégorie D de 6311 qui avaient un prix de base rajusté (ci-après « PBR ») et un capital versé élevés, de sorte qu'il devenait possible de les racheter sans incidence fiscale. Des dividendes ont effectivement été versés par Gestion A.C.D. à 6311 et ces montants ont servi à racheter des actions catégorie D. On constate donc que les caractéristiques fiscales avantageuses des actions catégorie D de 6311 découlaient de la disposition d'actions de Comsercom mais que les fonds nécessaires au rachat de ces actions catégorie D provenaient de Gestion A.C.D. Il a été aussi mis en preuve qu'on ne pouvait s'attendre à ce que Comsercom verse des dividendes dans le futur.

Comme l'avait fait le juge Bowman dans la décision *Evans*, le juge Archambault a déterminé que la question de savoir s'il y a un avantage fiscal peut se faire sur la base d'une comparaison, en l'occurrence, le versement d'un dividende : « Tel que nous l'enseigne la Cour suprême du Canada, lorsqu'il s'agit de déterminer s'il existe un avantage fiscal, " il se peut que l'existence d'un avantage fiscal ne puisse être établie qu'au moyen d'une comparaison avec un autre mécanisme[8]"[9]. »

---

8 *Hypothèque Trustco Canada*, précité, note 2, par. 20.

9 *Desmarais*, précité, note 3, par. 19.

Le juge Archambault conclut ensuite que le fait de n'avoir transféré que 9,78 % des actions de Comsercom à 6311 constitue une opération d'évitement :

> « Par contre, l'opération par laquelle monsieur Desmarais n'a transféré que 41 de ses actions de Comsercom, représentant 9,78 % des actions de cette société, ne peut pas être considérée comme ayant été effectuée principalement pour des objets véritables autres que des objets fiscaux[10]. »

Sur la question de l'application du paragraphe 245(4) L.I.R., le juge Archambault fait un historique des règles relatives au dépouillement de surplus et, en particulier, de l'ancien paragraphe 247(1) L.I.R. Il conclut que la mesure prévue par l'ancien paragraphe 247(1) L.I.R. est incorporée au texte actuel de la RGAÉ. Cette démarche l'amène ensuite à analyser le texte de l'article 84.1 L.I.R. et la politique fiscale qui a mené à son adoption. Sur cette question, il conclut de la façon suivante :

> « Il découle de l'analyse textuelle et contextuelle de l'article 84.1 que – et cela est conforme aux notes techniques du ministre des Finances – l'intention du législateur est d'empêcher le dépouillement des surplus d'une société en exploitation lorsqu'on utilise pour ce dépouillement un mécanisme semblable à celui utilisé ici par monsieur Desmarais[11]. »

Le juge Archambault reconnaît toutefois qu'il existe des exceptions spécifiques à l'application de l'article 84.1 L.I.R., notamment l'exigence que la société en cause soit rattachée à l'acheteur immédiatement après la disposition.

Il propose l'explication suivante quant à la politique fiscale relative à l'exigence que la société en cause soit rattachée à l'acheteur :

> « En établissant un seuil en deçà duquel l'article 84.1 ne s'applique pas, soit lorsque les actions de la société en exploitation que détient la société de portefeuille représentent 10 % ou moins des actions avec droit de vote et 10 % ou moins de la juste valeur marchande de toutes les actions de la société en exploitation, le législateur tient pour acquis que l'actionnaire ne sera pas en mesure d'exercer, dans une telle situation, une influence importante lui permettant de dépouiller la société en exploitation de ses surplus. Une telle influence pourra par contre être exercée lorsque, comme c'est le cas pour Gestion, deux actionnaires liés détiennent toutes les actions d'une société et

---

10 *Id*., par. 23.

11 *Id*., par. 32.

peuvent plus facilement s'entendre pour distribuer les surplus de cette société[12]. »

Aucune information n'est donnée quant à la source de ce commentaire qui semble découler strictement de la réflexion du juge. Or, on pourrait valablement mettre en doute l'explication donnée par le juge Archambault. D'une part, on voit mal comment un actionnaire détenant 11 % des actions d'une société la contrôle davantage qu'un actionnaire qui en détient 9 % des actions de cette société – de toute façon, on comprend mal comment cette notion de contrôle est pertinente à l'analyse. D'autre part, les règles relatives à la société en cause laquelle doit être rattachée à l'acheteur est probablement une mesure d'intégration à l'impôt de la Partie IV L.I.R. En effet, si la société en cause n'est pas rattachée à l'acheteur, les dividendes versés par la société en cause à l'acheteur seraient assujettis à l'impôt de la Partie IV L.I.R. de sorte que le surplus de la société en cause ne pourrait être dépouillé sans impôt.

Le juge Archambault conclut qu'il y a abus et que la RGAÉ est applicable à M. Desmarais: « Ce qui pose problème ici, et qui constitue un abus flagrant, c'est qu'il y a un mécanisme qui contourne l'application de la règle anti-évitement de l'article 84.1 d'une manière contraire à son objet et à son esprit[13]. »

Une première critique qui peut être faite de cette conclusion est le fait que le contribuable n'a pas contourné l'application du paragraphe 84.1(1) L.I.R. Ce paragraphe comporte une exception précise et le contribuable a simplement planifié ses opérations afin de bénéficier de cette exception. Avec respect, le juge Archambault n'a pas motivé de façon satisfaisante en quoi le fait d'utiliser cette exception était abusif.

Une deuxième critique qui peut être formulée porte sur le fait que le juge a été significativement influencé par l'origine des fonds ayant permis le rachat des actions catégorie D. Le juge n'aurait pas considéré l'opération abusive si les fonds ayant servi au rachat des actions catégorie D avaient eu pour origine Comsercom plutôt que Gestion A.C.D. Cette démarche semble suggérer qu'il faille identifier la source des PBR et du capital versé des actions. Or, il n'existe vraiment aucune indication à cet effet dans la loi.

---

12 *Id*., par. 34.

13 *Id*., par. 38.

1.3. LA DÉCISION *OVERS* C. *LA REINE*

M. Overs doit environ 2,3 M$ à la société dont il est actionnaire, THL. Les fonds relatifs à cette dette ont servi à des fins personnelles de M. Overs. Si M. Overs empruntait pour rembourser cette dette, l'intérêt sur l'emprunt ne serait pas déductible. Or, si la dette n'est pas remboursée, le paragraphe 15(2) L.I.R. deviendra applicable. M. Overs met donc en œuvre une série d'opérations afin d'empêcher l'application éventuelle de ce paragraphe.

Il vend d'abord des actions de THL à sa conjointe, M^me^ Overs, pour une valeur de 2,3 M$. M^me^ Overs emprunte 2,3 M$ d'une banque, emprunt que cautionne THL. M^me^ Overs utilise ensuite le produit de l'emprunt et fait un paiement de 2,3 M$ à M. Overs afin de lui payer le prix de vente des actions. M. Overs utilise ce montant afin de rembourser sa dette à THL. Finalement, THL achète des certificats de dépôt auprès de la même banque qui a consenti un prêt à M^me^ Overs, et ces certificats de dépôt sont hypothéqués en faveur de la banque pour garantir le prêt.

Lors de la vente des actions de THL à M^me^ Overs, M. Overs a bénéficié du roulement du paragraphe 73(1) L.I.R. Les intérêts et les autres frais payables à la banque sont déductibles, puisqu'il s'agit d'un emprunt fait pour acquérir des actions de THL, une fin admissible. Finalement, les règles d'attribution s'appliquent. Dans la mesure où les intérêts et les autres frais déductibles excèdent les dividendes reçus, M. Overs peut réclamer une déduction en raison du paragraphe 74.1(1) L.I.R.

Selon la Couronne, il existe trois avantages fiscaux : la non-application du paragraphe 15(2) L.I.R., le roulement du paragraphe 73(1) L.I.R. et la déduction des frais d'intérêt et de garantie. Selon le juge Little, qui a rendu la décision, seule la déduction des frais semblerait pouvoir constituer un avantage fiscal. Selon le juge, le remboursement du prêt n'est pas une opération d'évitement. Le contribuable a simplement remboursé le prêt dans le délai fixé par le paragraphe 15(2) L.I.R. La vente des actions en faveur du conjoint ayant donné droit au roulement du paragraphe 73(1) L.I.R. n'est pas non plus une opération d'évitement. Le but du paragraphe 73(1) L.I.R. est de faciliter le transfert de biens entre conjoints et c'est à cette fin qu'il a été utilisé par M. Overs. Finalement, le juge conclut aussi que l'application du paragraphe 74.1(1) L.I.R. n'est pas une opération d'évitement puisque le contribuable a simplement utilisé les règles du paragraphe 74.1(1) L.I.R. de la manière prévue.

À ce stade, certains commentaires s'imposent. La partie du jugement qui porte sur la question de savoir s'il y a une opération d'évitement comporte

des erreurs méthodologiques importantes. Dans cette partie, l'analyse porte davantage sur la question de savoir s'il y a abus des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* puisque le juge considère que les différentes dispositions pertinentes ont été utilisées à des fins acceptables. Or, la notion d'opération d'évitement impose un test d'objet, en vertu duquel il faut tenter de déterminer le résultat que le contribuable voulait atteindre lorsqu'il a mis en œuvre les différentes opérations de la série d'opérations. Si le principal objet que le contribuable voulait atteindre est un objet fiscal, alors l'opération est une opération d'évitement. À ce stade, il n'importe absolument pas que la disposition ait été utilisée ou non de façon abusive ou aux fins pour lesquelles elle a été adoptée. Deuxièmement, le juge Little réfère à l'application du paragraphe 74.1(1) L.I.R. comme si c'était une opération. Les opérations sont la vente des actions, l'emprunt auprès de la banque, le remboursement de la dette à la société, etc. L'application d'une disposition de la *Loi de l'impôt sur le revenu* n'est pas une opération, ce qui renforce le commentaire précédent selon lequel cette analyse aurait dû se trouver dans la section du jugement portant sur le paragraphe 245(4) L.I.R.

Bien que cela ne soit pas, à strictement parler, nécessaire, le juge Little a aussi considéré l'application du paragraphe 245(4) L.I.R. et a sur ce point conclut qu'il n'y avait pas abus des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* dans son ensemble. Dans cette partie du jugement, on retrouve aussi une erreur méthodologique importante. La conclusion semble davantage fondée sur une impression que sur l'analyse des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, de sa structure et de sa politique fiscale qui la sous-tend.

2. DÉCISIONS PORTANT SUR DES SITUATIONS TRANSFRONTALIÈRES

2.1. LA DÉCISION *UNIVAR CANADA LTD.* C. *LA REINE*

La décision *Univar* de la Cour canadienne de l'impôt porte principalement sur l'application de l'alinéa 95(6)b) L.I.R. et subsidiairement seulement sur l'application de la RGAÉ. Univar Canada, une société canadienne, avait des liquidités excédentaires. Par ailleurs, sa société mère, Univar US, avait fait des prêts à différentes filiales européennes (ci-après « Univar Europe »). La série d'opérations comprend les éléments suivants. Premièrement, l'ensemble des prêts effectués par Univar US à Univar Europe ont été restructurés afin qu'ils portent tous intérêts. Deuxièmement, une société résidente à la Barbade a été créée en tant que filiale de Univar Canada. Troisièmement, Univar Canada a souscrit au capital-actions de la société de la Barbade. Quatrièmement, la société de la Barbade a acquis des prêts de Univar US. Les intérêts sur ces prêts reçus par la société de la

Barbade augmentaient son surplus exonéré de sorte que les dividendes qu'elle payait à Univar Canada étaient déductibles en vertu de l'alinéa 113(1)a) L.I.R.

D'emblée, le juge Bell, qui a rendu la décision, considère qu'il n'y a pas d'avantage fiscal découlant d'une opération ou de la série d'opérations. Il refuse la proposition de la Couronne d'utiliser une opération comparative ou normative par laquelle des prêts auraient été acquis par Univar Canada. Selon le juge, accepter cette proposition équivaudrait à recaractériser l'opération, ce qu'on ne peut faire dans le contexte de la RGAÉ. Le juge se fonde, quant à cet aspect, sur la décision de la Cour fédérale d'appel dans l'affaire *Canadian Pacific Ltée* c. *La Reine*[14], où il a été décidé que la RGAÉ pouvait donner lieu à une recaractérisation mais qu'on ne pouvait recaractériser une opération aux fins de déterminer l'application de la RGAÉ.

Toutefois, la situation dans la décision *Canadian Pacific* était bien différente : la Couronne voulait que la Cour accepte que chaque paiement d'intérêts constituait en fait un paiement combiné d'intérêts et de capital. Cela revenait à recaractériser les opérations réellement effectuées et à l'égard desquelles il fallait déterminer si la RGAÉ était applicable. Dans l'affaire *Univar*, il ne s'agissait pas de recaractériser ce qui avait vraiment été fait, mais simplement d'utiliser une opération comparative aux fins de déterminer s'il y avait un avantage fiscal. Mais, selon le juge, la seule comparaison possible était l'absence d'opération : « The only alternate arrangement that can be considered is the possibility of the alleged avoidance transaction not having occurred[15]. »

Pourtant, dans l'arrêt *Hypothèques Trustco Canada*, la Cour suprême a bien établi qu'il pouvait être nécessaire d'établir l'existence d'un avantage fiscal au moyen d'une comparaison avec un autre mécanisme[16]. Ce principe a depuis été appliqué dans les décisions *Evans* et *Desmarais* comme nous l'avons vu. Il s'agit donc d'une erreur méthodologique importante puisqu'elle vient directement à l'encontre de la démarche proposée par la Cour suprême.

---

14 [2002] 2 C.T.C. 197 (C.A.F.) (ci-après « *Canadian Pacific* »).

15 *Univar*, précité, note 3, par. 43.

16 Voir *Hypothèque Trustco Canada*, précité, note 2, par. 20.

2.2. LA DÉCISION *OGT HOLDINGS LTD.* C. *SMRQ*

Il s'agit d'un jugement du juge Antonio De Michele de la Cour du Québec, portant sur une planification interprovinciale relative à la vente d'actions d'une société.

Les faits peuvent être simplifiés de la façon suivante. Le vendeur, qui a un établissement au Québec, veut vendre les actions de la cible. Le vendeur constitue une société de portefeuille qui a un établissement en Ontario seulement (ci-après « Ontario Co »). Le vendeur transfère les actions de cible à Ontario Co et se prévaut des règles de roulement aux fins du Québec mais n'effectue pas de roulement aux fins du fédéral. Ainsi, aucun gain n'est réalisé au Québec mais un gain est réalisé au niveau fédéral. Le PBR rajusté des actions de cible pour Ontario Co est donc égal à la JVM aux fins fédérales et de l'Ontario. Par la suite, Ontario Co dispose des actions de la cible et ne réalise aucun gain en capital puisque le prix de base rajusté des actions est élevé.

L'existence d'un avantage fiscal était admise par le contribuable. Selon le juge, le contribuable avait également admis qu'il y avait opération d'évitement. Il restait donc la question de savoir s'il y avait abus des dispositions de la *Loi sur les impôts*[17] du Québec.

Le juge a été considérablement influencé par le fait que grâce à la série d'opération, aucun impôt provincial n'était payable. Référant au caractère légitime des opérations, il indique que : « ce qui ne l'est pas, par contre, c'est l'objectif ultime recherché par le contribuable dans l'accomplissement de ses opérations »[18]. L'objectif de la série d'opérations n'est pas pertinent lorsqu'il s'agit de déterminer s'il y a abus des dispositions de la *Loi sur les impôts*. L'objectif doit être pris en compte lorsqu'il s'agit de définir s'il y a une opération d'évitement, ce qui avait déjà été établi. Ce qu'il aurait fallu déterminer, c'est, d'une part, le contexte législatif et la politique fiscale relatifs aux règles de roulement et, d'autre part, le contexte législatif québécois relatif à l'application de cette loi à un niveau interprovincial. Or, on ne retrouve pas cette analyse dans le jugement. Ce test d'abus doit être analysé en fonction de la *Loi sur les impôts*, non en fonction d'autres lois comme la loi ontarienne. De plus, dans l'analyse du test d'abus, le juge cite de longs extraits du jugement *Desmarais* qui sont relatifs à la question de

---

17 L.R.Q., c. 1-3 et mod. (ci-après « L.I. »).

18 *OGT*, précité, note 3, par. 216.

savoir s'il y a opération d'évitement. En résumé, le juge a conclu que la règle générale antiévitement était applicable sur le fondement que certaines opérations avaient été mises en place principalement pour des objets fiscaux et a complètement escamoté l'analyse du test d'abus. Il s'agit, ici aussi, d'une erreur méthodologique importante.

2.3. LA DÉCISION *MIL (INVESTMENTS) S.A.* C. *LA REINE*

La décision *MIL* rendue en août dernier par le juge Bell est la première portant sur l'utilisation d'une convention fiscale dans le contexte de la RGAÉ.

À l'origine, l'appelant était une société résidant des Îles Caïman qui détenait environ 29 % des actions d'une société publique canadienne, DFR. Celle-ci était active dans le domaine de l'exploration minière et en novembre 1994, elle a fait la découverte de gisements extrêmement importants. Cette découverte a propulsé la valeur des actions de DFR en bourse et devait culminer par la vente de l'ensemble des actions de DFR à Inco en août 1996, conformément à une offre acceptée dès mai 1996.

Entre novembre 1994 et mai 1996, un certain nombre d'opérations ont été mises en place par le contribuable. En juin 1995, en raison de l'émission d'actions du capital-actions de DRF à des tiers, le pourcentage de participation de MIL dans DFR se chiffrait à 11,9 %. MIL a cédé un certain nombre d'actions de DFR à Inco en contrepartie d'actions du capital-actions de Inco de telle sorte qu'après ce transfert, la participation de MIL dans DFR était réduite à 9,8 %. En juillet 1995, MIL était continuée au Luxembourg.

À cette époque, MIL faisait l'objet de nombreuses propositions d'acquisition par d'autres sociétés minières. L'ensemble de ces propositions était rejetée par la direction de MIL. En octobre 1995, le décès d'un vice-président exécutif a remis en question la capacité de la direction de DFR à exploiter les gisements de façon autonome. Une offre d'achat a été reçue de Inco en décembre 1995, puis une autre de Falconbridge en 1996 et finalement, une autre encore de Inco qui a ultimement été acceptée en mai 1996.

Le Canada n'a pas de convention fiscale avec les Îles Caïman. Toutefois, le Canada a une convention fiscale avec le Luxembourg. Une vente des actions de DFR par MIL alors que MIL était une résidente des Îles Caïman aurait été imposable au Canada. Cependant, la convention fiscale avec le Luxembourg prévoit que le gain à la disposition des actions d'une société canadienne par un résident du Luxembourg est imposable au

Luxembourg seulement. Il existe toutefois une exception à cette règle, lorsque la société canadienne est une société à prépondérance immobilière et que le résident du Luxembourg détient une participation substantielle, soit une participation de plus de 10 %, dans la société canadienne. Il est clair que le fait, d'une part, de réduire la participation de MIL dans DFR en deçà de 10 % et, d'autre part, de continuer MIL au Luxembourg, avait pour effet d'offrir à MIL la protection d'une convention fiscale dont elle ne jouissait pas avant ces opérations. C'est cette protection qui a permis à MIL de céder les actions de DFR en août 1996 sans que le gain soit imposable au Canada.

En vertu du paragraphe 245(3) L.I.R., il peut y avoir une opération d'évitement lorsqu'un avantage fiscal découle d'une opération en particulier ou découle d'une série d'opérations. Lorsque l'avantage fiscal découle d'une série d'opérations, chaque opération dans la série est susceptible de constituer une opération d'évitement sauf s'il est raisonnable de considérer que l'opération est principalement effectuée pour des objets véritables. Dans la situation qui nous intéresse, il semble assez clair que l'avantage fiscal découle de la série d'opérations. En effet, l'avantage fiscal est le fait que le gain sur la disposition des actions de DFR n'ait pas été imposable. Pour que cet avantage soit disponible, il fallait que la participation de MIL dans DFR soit réduite à moins de 10 % et que MIL soit continuée au Luxembourg. Ces ingrédients étaient essentiels afin que le gain sur la disposition des actions de DFR ne soit pas imposable en raison de la protection de la convention fiscale.

Le juge Bell a fait le commentaire suivant concernant la modification rétroactive du paragraphe 245(2) L.I.R. afin de faire une référence spécifique au traité : « In my view, the impact of the amendments to section 245 is that tax treaties must be interpreted in the same manner as domestic legislation when analyzing potentially abusive avoidance transactions[19]. »

Une première détermination importante qui devait être faite par le juge était l'identification des opérations qui faisaient partie de la série d'opérations. De façon plus particulière, il fallait déterminer si la vente ultime des actions de DFR par MIL faisait partie de la même série d'opérations que la réduction de la participation en deçà de 10 % et de la continuation au Luxembourg. La décision du juge sur ce point est largement fondée sur son appréciation de la preuve et la crédibilité des témoins. De plus, le juge commente de la façon suivante les commentaires de la Cour

---

19 *MIL*, précité, note 3, par. 28.

suprême dans l'arrêt *Hypothèques Trustco Canada* concernant la notion de série d'opérations :

> « There must be a strong nexus between transactions in order for them to be included in a series of transactions. In broadening the word "contemplation" to be read in the sense of "because of" or "in relation to the series", the Supreme Court cannot have meant mere possibility, which would include an extreme degree of remoteness. Otherwise, legitimate tax planning would be jeopardized, thereby running afoul of that Court's clearly expressed goals of achieving "consistency, predictability and fairness"[20]. »

Ultimement, le juge a déterminé que la vente finale des actions de DFR ne faisait pas partie de la même série d'opérations. En effet, le juge a accepté la preuve démontrant qu'au moment où la réduction de participation et la continuation ont été effectuées, la direction de DFR n'avait aucune intention d'accepter les offres d'achat qu'elle recevait. C'est en fait le décès du vice-président exécutif, en octobre 1995, qui aurait changé l'opinion de la direction sur cette question. Selon le juge, la simple possibilité que les actions soient vendues dans le futur n'était pas suffisante pour rattacher la vente ultime des actions à la série d'opération.

Bien que cela ne soit pas essentiel, le juge s'est néanmoins prononcé sur le test d'abus prévu au paragraphe 245(4) L.I.R. Sur ce point il a noté que : « There is nothing inherently proper or improper with selecting one foreign regime over another. » Et il mentionne, plus loin, dans le même paragraphe : « It is the *use* of the selected treaty that must be examined[21]. » Par conséquent, il semblerait que le simple choix d'une juridiction ne soit pas abusif aux fins de la RGAÉ, même si ce choix est fait en fonction de la convention fiscale qui devient alors disponible. Ce n'est pas ce choix qui serait en cause mais plutôt l'utilisation abusive subséquente qui pourrait être faite des dispositions du traité.

3. AUTRES DÉCISIONS

3.1. LA DÉCISION *WEST TOPAZ PROPERTY LTD.* C. *LA REINE*

La décision *West Topaz* est une décision du juge Bowman qui est antérieure à la décision *Evans* mais postérieure aux décisions de la Cour suprême. La question principale dans l'affaire *West Topaz* était relative à

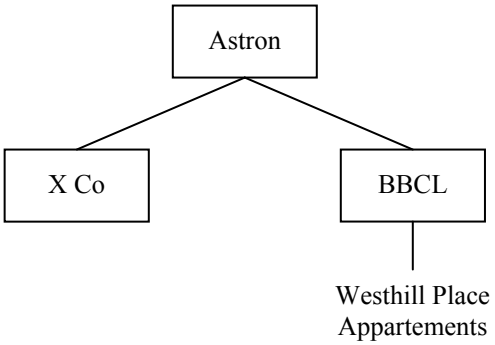
---

20 *Id*., par. 62.

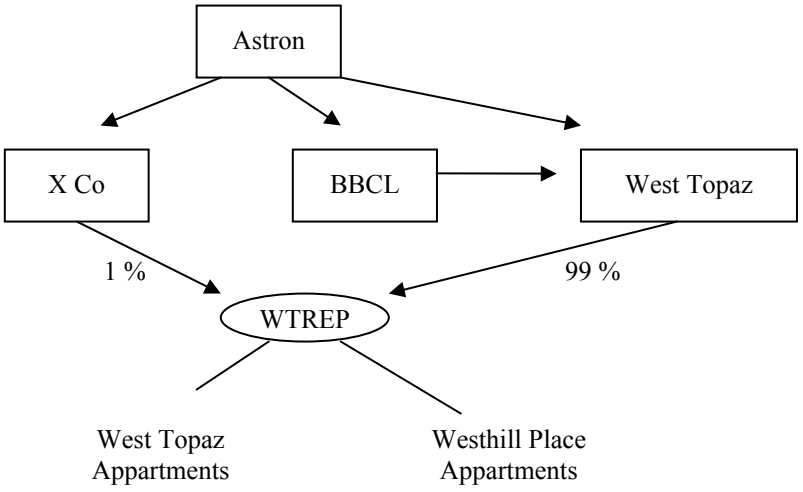
21 *Id*., par. 69.

l'application du paragraphe103(1) L.I.R. et la RGAÉ était invoquée à titre d'argument alternatif seulement.

Jusqu'en 1986, la structure pertinente était la suivante :



En 1986, BBCL a transféré l'immeuble Westhill Place Appartments à une société de personnes, West Topaz Real Estate Partnership, par voie de roulement fiscal en vertu du paragraphe 97(2) L.I.R. BBCL a ensuite transféré à une autre société, West Topaz, sa participation dans la société de personnes par voie de roulement fiscal en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R. À la même époque, la société de personnes a fait l'acquisition d'un autre immeuble, le West Topaz Appartments.



En 1992, en vue de la vente de l'immeuble Westhill qui devait donner lieu à un gain en capital important, certaines opérations ont été complétées. Woodwards Stores Ltd (ci-après « Woodwards »), une société n'ayant pas de lien de dépendance avec le groupe, est devenue un associé de la société de personnes en contribuant un montant à cette société de personnes. La participation de Woodwards se limitait à l'immeuble Westhill et ne donnait aucun droit à l'égard de l'immeuble West Topaz. Woodwards avait une participation de 80 %. En cas de la vente de l'immeuble Westhill, Woodwards ne pouvait à la fois toucher une distribution de fonds résultant de la vente et un remboursement de son apport initial. Dans les faits, la distribution de fonds était juste supérieure à l'apport initial, de façon à rémunérer l'utilisation des pertes de Woodwards. En effet, l'objectif manifeste de la série d'opérations était d'attribuer la majeure partie du gain en capital sur la disposition de l'immeuble Westhill à Woodwards qui bénéficiait de pertes fiscales. Ultimement, la participation de Woodwards a été vendue à West Topaz pour la somme de 1 $.

Le juge a conclu que le paragraphe 103(1) L.I.R. était applicable en l'espèce. Il n'était donc pas nécessaire de décider de l'application de la RGAÉ. Toutefois, le juge a offert certains commentaires sur le caractère raisonnable lors de l'application de la RGAÉ ou d'une disposition comme le paragraphe 103(1) L.I.R. Selon lui, l'établissement des conséquences de l'application du paragraphe 103(1) L.I.R. ou de la RGAÉ n'est pas un pouvoir discrétionnaire du ministre et ne doit pas avoir un caractère punitif :

> « Deuxièmement, des dispositions anti-évitement comme les articles 103 et 245 ne sont pas censées être un moyen de punir quelqu'un ayant offensé le ministre dans ses perceptions. En vertu de ces dispositions, le ministre n'a pas carte blanche pour imposer des sanctions parce que l'on transcende sa notion de rectitude fiscale. L'article 245 est là pour contrecarrer de sérieuses formes d'évitement fiscal qui ne seraient pas par ailleurs empêchées par des dispositions anti-évitement particulières. Lorsqu'une disposition particulière anti-évitement couvre une opération, mais ne prévoit pas, selon le ministre, un remède jugé suffisant par le ministre, l'article 245 n'est pas là pour permettre au ministre d'ajouter au remède qu'il considère comme inadéquat[22]. »

3.2. LA DÉCISION *LIPSON* C. *LA REINE*

L'affaire *Lipson* est une autre décision du juge Bowman de la Cour canadienne de l'impôt.

---

22 *Id*., par. 40.

M. Lipson a l'intention d'acheter une maison. Évidemment, si M. Lipson empruntait pour acheter la maison, l'intérêt sur l'emprunt ne serait pas déductible. Certaines opérations sont donc mises en œuvre, dont le résultat est de rendre l'intérêt déductible. Ainsi, M^me^ Lipson, la conjointe de M. Lipson, emprunte une certaine somme auprès d'une banque. M^me^ Lipson utilise le produit de l'emprunt pour acheter des actions de la société familiale auprès de M. Lipson. M. et M^me^ Lipson empruntent ensuite à nouveau de la banque et consentent une hypothèque sur la maison. Le produit de cet emprunt est utilisé afin de rembourser l'emprunt initial qui avait été contracté par M^me^ Lipson. Lors de la cession des actions par M. Lipson en faveur de M^me^ Lipson, aucun choix n'est effectué afin que le paragraphe 73(1) L.I.R. ne s'applique pas. Par ailleurs, les règles d'attribution étaient applicables à l'égard des actions acquises par M^me^ Lipson, de sorte que les revenus de dividendes sur ces actions de même que les dépenses d'intérêts sur l'emprunt ayant servi à les acquérir étaient attribués à M. Lipson.

La question de savoir s'il y avait opération d'évitement a été concédée de sorte que la seule question en litige était l'application du paragraphe 245(4) L.I.R. Selon le juge Bowman, il y a eu abus du paragraphe 20(3) et de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. et le but de la série d'opérations était de rendre déductible l'intérêt sur l'achat de la maison.

Le juge fait défaut de prendre correctement en considération qu'il y a eu une véritable vente d'actions détenues par M. Lipson en faveur de M^me^ Lipson. Il s'agit d'une opération véritable ayant eu des conséquences juridiques et économiques réelles. Il est vrai que les règles d'attribution ont peut-être pour effet d'annuler cette vente sur le plan fiscal mais elle existe néanmoins. Dans ce contexte, il ne fait pas de doute que l'acquisition des actions est une fin admissible dans le cadre de la déductibilité de l'intérêt. Par ailleurs, on peut se demander en quoi les règles d'attribution sont vraiment pertinentes pour déterminer la déductibilité de l'intérêt. Les règles d'attribution visent de façon générale à empêcher le fractionnement de revenu entre membres de la famille et n'établissent en rien les critères qui sont nécessaires pour que de l'intérêt sur un emprunt soit déductible. De plus, le juge confond des critères de commercialité dans le contexte de l'analyse de l'abus. Par exemple, le juge fait référence aux décisions *Evans* et *Overs* et explique que, dans ces décisions : « […] there was, factually, an underpinning of commerciality or estate planning (although I did not find the estate planning in Evans to be a predominant consideration) »[23]. Or, un tel commentaire serait pertinent aux fins de déterminer s'il y a une opération

[23] *Lipson*, précité, note 3, par. 29.

d'évitement, non de déterminer s'il y a abus des dispositions de la loi. Plus loin, il mentionne :

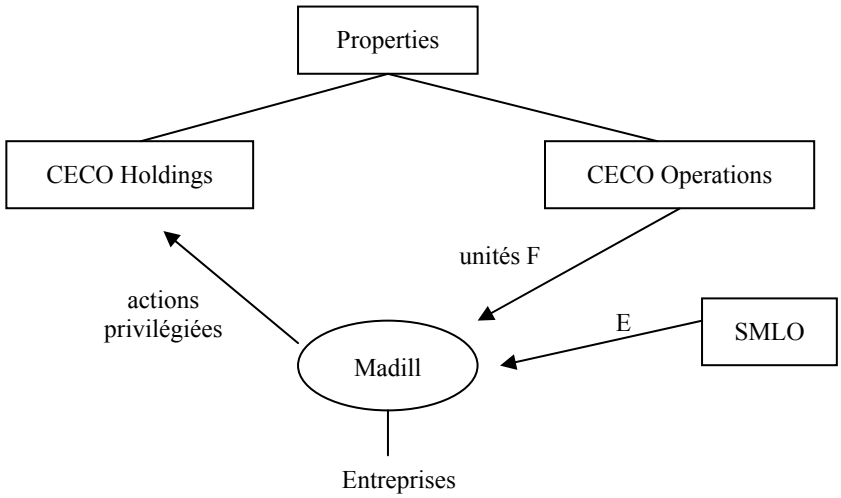
> « This case is, in my view, an obvious example of abusive tax avoidance. Whatever commercial or other no-tax purpose, if any, is served by transferring Earl's shares to Jordanna, it is subservient to the objective of making the interest on the purchase of the house deductible by Earl[24]. »

Encore une fois, le juge invoque le fait que les opérations ont été effectuées principalement pour des objets fiscaux pour déterminer s'il y a abus des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Il s'agit encore une fois d'une erreur méthodologique.

3.3. LA DÉCISION *CECO OPERATIONS LTD. C. LA REINE*

Il s'agit d'une décision du juge Bonner de la Cour canadienne de l'impôt relativement à un transfert d'éléments d'actifs à une société de personnes à l'égard duquel le choix du paragraphe 97(2) L.I.R. a été effectué.

Le diagramme suivant est utile à la compréhension des faits :



[24] *Id*., par. 31.

Ceco Operations a donc transféré des éléments d'actif à la société de personnes Madill pour des unités de catégorie F de Madill. Par ailleurs, SMLO a fait apport de capital à Madill et a obtenu en contrepartie des unités de catégorie E. Le lendemain du transfert des éléments d'actif, Madill a souscrit à des actions privilégiées du capital-actions de Ceco Holdings, une société sœur de Ceco Operations. Le montant souscrit en actions privilégiées correspond à la valeur des unités catégorie F obtenues par Ceco Operations. Les actions privilégiées ne sont pas rachetables au gré du détenteur et ont une JVM substantiellement plus faible que la valeur pour laquelle elles ont été souscrites. Par ailleurs, les unités de catégorie F de Madill comportaient une disposition en vertu de laquelle tout montant reçu à l'égard des actions privilégiées de Ceco Holdings devait être distribué aux détenteurs des unités de catégorie F. Le produit de la souscription reçu par Ceco Holdings a servi à souscrire des actions du capital-actions des différentes sociétés de portefeuille des actionnaires du groupe.

Ainsi, les dispositions du paragraphe 97(2) L.I.R. avaient été respectées puisque la contrepartie autre qu'une participation dans Madill reçue par Ceco Operations avait été limitée au coût fiscal des éléments d'actif transférés. La différence entre la JVM de ces éléments d'actif et leur coût fiscal était représentée par les unités de catégorie F. Par ailleurs, en souscrivant à des actions privilégiées du capital-actions de Ceco Holdings ayant une valeur très faible, on permettait éventuellement aux actionnaires de Ceco Operations de toucher une somme d'argent qui correspondait à la valeur des unités de catégorie F.

Trois arguments étaient avancés par la Couronne afin d'imposer Ceco Operations. Premièrement, il était invoqué que la contrepartie autre qu'une participation dans la société reçue par Ceco Operations devait être augmentée du montant des actions privilégiées de Ceco Holdings souscrites par Madill. Deuxièmement, la Couronne avançait que le paragraphe 56(2) L.I.R. était applicable en l'espèce afin d'inclure ce même montant dans le revenu de Ceco Operations. Troisièmement, la Couronne invoquait l'application de la RGAÉ. Le juge Bonner a rapidement disposé des deux premiers arguments pour se concentrer sur l'application de la RGAÉ.

Trois opérations ont été identifiées dans la série d'opérations, soit le transfert des éléments d'actifs à Madill à l'égard duquel le choix du paragraphe 97(2) L.I.R. a été effectué, la souscription des actions privilégiées de Ceco Holdings et la souscription d'actions privilégiées de la société de portefeuille des actionnaires. Sur la question de savoir s'il y a opération d'évitement, le juge déclare ceci :

> « In my opinion the inescapable conclusion on the evidence is that the series of transactions identified in paragraph 65 was part of a series that was undertaken exclusively to defer the taxation of the portion of the sale price represented by the Class "F" share[25]. »

Le juge a ensuite considéré le test d'abus prévu au paragraphe 245(4) L.I.R. Il a procédé à une analyse de l'objet de l'esprit du paragraphe 97(2) L.I.R. aux fins de déterminer s'il y avait abus. Il a constaté qu'une particularité importante du mécanisme de roulement prévu à ce paragraphe est que le montant de la contrepartie autre qu'une participation dans la société de personnes doit être limité au coût fiscal des éléments d'actifs transférés. Le juge conclut finalement: « As I see it the use of the avoidance transactions to secure the rollover and permit the "tax deferred proceeds" to reach the Holdcos results in a patent abuse of ss. 97(2) »[26].

Il nous apparaît que le juge Bonner a judicieusement suivi la méthodologie proposée par la Cour suprême. Notamment, dans l'application du paragraphe 245(4) L.I.R., il a correctement procédé à la détermination de l'objet et de l'esprit des dispositions en cause afin de déterminer s'il y avait abus. C'est cette démarche qui a souvent fait défaut dans les autres décisions rendues récemment.

---

25 *Ceco Operations*, précité, note 3, par. 68.

26 *Id*., par. 25.

« SÉRIE D'OPÉRATIONS » : OÙ EN SOMMES-NOUS?

Louis Tassé
Avocat
Fasken Martineau DuMoulin s.e.n.c.r.l., s.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 28:3

1. HISTORIQUE DE LA NOTION 28:3

1.1. DÉFINITION TIRÉE DE LA COMMON LAW 28:3
1.2. PARAGRAPHE 248(10) L.I.R. 28:5

2. ANALYSE DE LA NOTION 28:6

2.1. DÉCISIONS ANTÉRIEURES À L'AFFAIRE *CANADA TRUSTCO* 28:7
2.1.1. L'affaire *454538 Ontario Ltd. et 454539 Ontario Ltd.* c. *MRN* 28:7
2.1.2. L'affaire *C.P.L. Holdings Ltd.* c. *La Reine* 28:9
2.1.3. L'affaire *Industries S.L.M.* c. *MRN* 28:10
2.1.4. L'affaire *Les Placements Simard E & R. Inc.* c. *La Reine* 28:12
2.1.5. L'affaire *Meager Creek Holdings Ltd.* c. *La Reine* 28:13

2.1.6. L'affaire *Granite Bay Charters Ltd.* c. *La Reine* 28:15
2.1.7. L'affaire *OSFC Holdings Ltd.* c. *La Reine* 28:17
2.1.8. L'affaire *La Reine* c. *Canadian Pacific Ltd.* 28:24
2.1.9. L'affaire *Canadian Utilities* 28:26
2.2. L'AFFAIRE *CANADA TRUSTCO* 28:27
2.3. DÉCISIONS POSTÉRIEURES À L'AFFAIRE *CANADA TRUSTCO* 28:32
2.3.1. L'affaire *Desmarais* c. *La Reine* 28:33
2.3.2. L'affaire *MIL (Investments) S.A.* c. *La Reine* 28:34
2.4. POSITION DE L'ARC 28:35
2.4.1. M. John R. Robertson 28:36
2.4.2. M. Michael Hiltz 28:36
2.4.3. M^me^ Carole Gouin-Toussaint 28:39
2.4.4. Institut des cadres fiscalistes 28:39

3. DISPOSITIONS VISÉES 28:40

3.1. RÈGLE GÉNÉRALE ANTIÉVITEMENT 28:40
3.2. PARAGRAPHE 15(2.6) L.I.R. 28:40
3.3. PARAGRAPHE 55(2) L.I.R. 28:41
3.4. PARAGRAPHE 69(11) L.I.R. 28:41
3.5. PARAGRAPHE 83(2.1) L.I.R. 28:41
3.6. PARAGRAPHE 129(1.2) L.I.R. 28:41

CONCLUSION 28:42

INTRODUCTION

La notion de série d'opérations est utile pour l'application de plusieurs dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[1], dont la règle générale antiévitement (ci-après « RGAÉ ») prévue à l'article 245 L.I.R. Dans le cadre de sa première analyse de cette disposition dans l'affaire *Canada Trustco Mortgage Co.* c. *La Reine*[2], la Cour suprême a commenté la portée de la définition de cette notion prévue au paragraphe 248(10) L.I.R.

Dans le présent texte, nous passerons, d'abord, en revue l'historique jurisprudentiel et législatif de cette notion. Nous analyserons évidemment la décision *Canada Trustco* en nous attardant à l'incidence possible des propos de la Cour suprême en ce qui a trait au paragraphe 248(10) L.I.R. Nous passerons également en revue les autres décisions rendues par les tribunaux à l'égard de cette notion, ainsi que les positions administratives publiées par l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC »). Nous terminerons, finalement, par une revue rapide des principales dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour lesquelles cette notion est pertinente.

1. HISTORIQUE DE LA NOTION

La notion de série d'opérations est relativement récente sur le plan législatif, puisque le paragraphe 248(10) L.I.R. n'est entré en vigueur qu'en 1986, bien que l'expression « série d'opérations » ait été utilisée dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* avant son entrée en vigueur. De même, les tribunaux britanniques, qui ont élaboré une définition jurisprudentielle de cette notion, ont attendu le début des années 1980 avant de confirmer l'existence de la notion de série d'opérations au Royaume-Uni.

1.1. DÉFINITION TIRÉE DE LA COMMON LAW

En l'absence de disposition semblable à la RGAÉ dans la législation britannique, les tribunaux du Royaume-Uni ont élaboré une théorie qui permet de voir une série d'opérations comme un tout indissociable, ignorant

---

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

2 2005 D.T.C. 5523 (C.S.C.) (ci-après « *Canada Trustco* »). Cette affaire a été entendue en même temps que l'affaire *Mathew* c. *La Reine*, 2005 D.T.C. 5538 (C.S.C.) (ci-après « *Mathew* »), mais c'est dans l'arrêt *Canada Trustco* que la Cour suprême du Canada (ci-après « Cour suprême ») a procédé à l'analyse des différents concepts sous-jacents à l'application de la RGAÉ. Nous ferons donc référence principalement à l'arrêt *Canada Trustco* dans le cadre de notre analyse.

au passage les opérations intermédiaires dont le seul but serait l'évitement d'impôt. Cette théorie appelée *step transactions*, que nous traduirons librement par la théorie des « transactions ordonnées », a été adoptée par la Chambre des Lords dans l'arrêt *W.T. Ramsay Ltd.* v. *IRC*[3] rendu en 1981, puis la théorie a été reprise, notamment, dans l'affaire *Craven* v. *White*[4]. Dans cette dernière décision, la Chambre des Lords a résumé de la façon suivante les éléments permettant de conclure à son application :

> « As the law currently stands, the essentials emerging from *Furniss v. Dawson*, [1984] A.C. 474, appear to me to be four in number: (1) that the series of transactions was, at the time when the intermediate transaction was entered into, pre-ordained in order to produce a given result; (2) that that transaction had no other purpose than tax mitigation; (3) that there was at that time no practical likelihood that the preplanned events would not take place in the order ordained, so that the intermediate transaction was not even contemplated practically as having an independent life, and (4) that the pre-ordained events did in fact take place[5]. »

Comme nous pouvons le constater à la lecture de ce résumé de la théorie des transactions ordonnées par la Chambre des Lords, le concept de série de transactions inhérent à cette théorie est beaucoup plus large qu'une simple définition. En effet, cette théorie constitue en soi une mesure antiévitement qui incorpore des notions d'intention d'éviter le paiement de l'impôt, que nous pourrions comparer au concept de transaction d'évitement du paragraphe 245(3) L.I.R. Cette théorie constitue donc un code complet, contrairement à la définition de série d'opérations du paragraphe 248(10) L.I.R., qui n'est qu'une composante permettant notamment et si nécessaire l'application du code complet que constitue la RGAÉ[6].

La théorie des transactions ordonnées n'a jamais été retenue en droit canadien. Considérant l'existence de la RGAÉ et de ses prédécesseurs[7] dans

---

3 (1981) 54 T.C. 101 (H.L.) (ci-après « *Ramsay* »).

4 [1989] A.C. 459 (H.L.) (ci-après « *Craven* »).

5 *Id.*, 514.

6 Comme nous le verrons subséquemment, *infra*, sections 2.1.6. et 2.1.9., les tribunaux ont noté cette distinction à deux reprises.

7 Nous faisons référence à l'ancien paragraphe 55(1) L.I.R., qui sanctionnait notamment la réduction artificielle du gain résultant de la disposition d'un bien, et à l'ancienne version de l'article 245 L.I.R., qui interdisait la déduction de dépenses qui réduirait de façon factice le revenu d'un contribuable. Les succès mitigés des autorités fiscales dans l'application de ces dispositions ainsi que la décision *Stubart Investments Ltd.* c. *La Reine*, 84 D.T.C. 6305 (C.S.C.), alors que la Cour suprême a

(à suivre…)

la *Loi de l'impôt sur le revenu*, nous pouvions nous interroger sur l'importance accordée à cette théorie lors de l'interprétation du paragraphe 248(10) L.I.R. Cependant, comme nous le verrons, la définition de série d'opérations utilisée dans le cadre de la théorie des transactions ordonnées a été reprise par les tribunaux canadiens, dont la Cour suprême dans l'affaire *Canada Trustco*[8].

La théorie des transactions ordonnées est encore d'actualité au Royaume-Uni. Dans l'affaire *Inland Revenue Commissioners* v. *McGuckian*[9], la Chambre des Lords a passé outre à une opération intermédiaire dépourvue d'objet commercial pour conclure que des montants reçus par une fiducie constituaient un revenu et non un retour de capital.

Plus récemment, la Chambre des Lords a toutefois limité la portée de la théorie des transactions ordonnées, en précisant qu'il s'agissait plutôt d'une règle d'interprétation, applicable lorsque les dispositions législatives en cause renvoyaient à des concepts commerciaux qui ne sont pas, par ailleurs, définis dans la législation[10]. Cette nuance apportée à l'application de cette théorie n'a toutefois pas eu d'incidence en droit canadien.

1.2. PARAGRAPHE 248(10) L.I.R.

Depuis le 13 février 1986, la notion de série d'opérations fait l'objet d'une définition dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, que nous reproduisons dans les deux langues officielles :

> « **248(10) Série d'opérations** – Pour l'application de la présente loi, la mention d'une série d'opérations ou d'événements vaut mention des opérations et événements liés terminés en vue de réaliser la série.
>
> **248(10) Series of transactions** – For the purposes of this Act, where there is a reference to a series of transactions or events, the series shall be deemed to include any related transactions or events completed in contemplation of the series. »

(…suite)
refusé d'ignorer une opération qui n'avait aucun motif commercial, ont vraisemblablement mené à l'adoption de la RGAÉ en 1988.

8 *Infra*, section 2.2.

9 [1997] 3 All. E.R. 817 (H.L.)

10 Voir *MacNiven* v. *Westmoreland Investments Ltd.*, [2001] 1 All. E.R. 865 (H.L.).

L'adoption du paragraphe 248(10) L.I.R. a fait l'objet de commentaires dans les notes techniques publiées par le ministre des Finances du Canada en novembre 1985. Malheureusement, ces commentaires ne sont toutefois d'aucune utilité puisqu'ils ne font que reprendre le texte de loi.

À la lecture du paragraphe 248(10) L.I.R., nous pouvons constater qu'il ne constitue pas une définition limitative mais qu'il vise plutôt à préciser qu'une série d'opérations est réputée englober certaines opérations. Pour ce faire, les opérations en question doivent toutefois être 1) liées et 2) terminées, 3) en vue de réaliser la série d'opérations.

Ces trois exigences sont présentes dans la première condition prévue par la Chambre des Lords dans l'affaire *Craven*. En effet, la Chambre des Lords résumait cette première condition de la façon suivante : que la série de transactions, lorsque la transaction à l'étude a été conclue, était prédéterminée de manière à produire un résultat précis. Forcément, les transactions analysées dans le cadre de la théorie des transactions ordonnées doivent être liées pour être prédéterminées. Elles doivent également être terminées puisqu'elles doivent être conclues lors de l'analyse de la théorie des transactions ordonnées. Finalement, elles doivent également être finalisées en vue de réaliser la série, puisque la théorie des transactions ordonnées suppose qu'elles soient prédéterminées de manière à produire un résultat précis. En ce sens, nous pouvions nous interroger sur la portée réelle de cette définition prévue au paragraphe 248(10) L.I.R. Mais, comme nous le verrons, les tribunaux (et surtout la Cour suprême dans l'affaire *Canada Trustco*[11]) ont effectivement conclu à de nombreuses reprises que la portée de la notion de série d'opérations définie au paragraphe 248(10) L.I.R. était plus large que la définition tirée de la common law.

Comme nous le verrons subséquemment, le juge Rothstein a souligné, dans l'affaire *La Reine* c. *Canadian Utilities Ltd. and Canutilities Holdings Ltd.*[12], que seule la première condition établie par la Chambre des Lords dans l'affaire *Craven* était pertinente aux fins de la notion de série d'opérations.

2. ANALYSE DE LA NOTION

Les tribunaux canadiens ont analysé à quelques reprises la notion de série d'opérations et la portée de la définition prévue au paragraphe 248(10)

---

11 *Infra*, section 2.2.

12 2004 D.T.C. 6475 (C.A.F.) (ci-après « *Canadian Utilities* »).

L.I.R., notamment dans le contexte de la RGAÉ et surtout de l'article 55 L.I.R. Nous examinerons, en premier lieu, les décisions rendues par les tribunaux des autres instances avant de conclure par une analyse de la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Canada Trustco* et de deux décisions de la Cour canadienne de l'impôt rendues subséquemment à cette dernière. Comme le démontre l'analyse qui suit, les principes dégagés par les tribunaux à cet égard ne sont pas toujours faciles à réconcilier.

2.1. DÉCISIONS ANTÉRIEURES À L'AFFAIRE *CANADA TRUSTCO*

Les tribunaux canadiens ont examiné la notion de série d'opérations, aussi bien avant qu'après l'adoption du paragraphe 248(10) L.I.R. Pour faciliter l'analyse de l'évolution de la notion, nous examinerons les décisions rendues par ces derniers en ordre chronologique.

2.1.1. L'affaire *454538 Ontario Ltd. et 454539 Ontario Ltd.* c. *MRN*[13]

Dans l'affaire *454538 Ontario*, la Cour canadienne de l'impôt a examiné la notion de série d'opérations dans le contexte du paragraphe 55(2) L.I.R. Dans cette affaire, c'était le contribuable qui tentait d'élargir la portée de la notion de série d'opérations, de manière à prétendre que la vente visée faisait partie d'une série d'opérations qui avait débuté avant l'entrée en vigueur du paragraphe 55(2) L.I.R. et donc qu'elle n'y était pas assujettie. Il est à noter que le paragraphe 248(10) L.I.R. n'était pas encore en vigueur au moment où les appelantes prétendaient que la série d'opérations avait débuté; la Cour canadienne de l'impôt n'y fait donc pas référence.

En examinant les arguments des contribuables, le juge Sarchuk a affirmé ceci :

> « The phrase "series of transactions or events" must be read in its grammatical and ordinary sense reflecting the context in which it is found, the scheme and object of the Act and the intention of Parliament. Bearing this stricture in mind its seems reasonable to conclude that in order for the events to form part of a series they must follow each other in time and must somehow be logically or reasonably connected to one another. Furthermore the Appellant and 539 themselves [les deux appelantes] must intend that the series of transactions be linked together to achieve a specific result in this case being the disposition of the shares of Tri-M to 461 in the circumstances and in the manner previously

[13] 93 D.T.C. 427 (C.C.I.) (ci-après « *454538 Ontario* »).

> described. This approach is consistent with the dictionary definitions of the words "series", "transaction" and "event"[14]. »

Bien qu'il n'y ait pas fait référence, cette analyse reprend en grande partie la définition élaborée par la Chambre des Lords dans l'affaire *Craven* puisque nous retrouvons les concepts de résultat précis et de liens logiques entre les différentes opérations qui se suivent dans le temps. Elle ne va toutefois pas aussi loin, puisque la notion de transactions ou d'opérations prédéfinies n'est pas apparente.

En se basant sur ces principes et sur la preuve présentée par les parties, le juge Sarchuk a rejeté la position des contribuables de la manière suivante :

> « The interpretation placed upon the provisions of subsection 55(2) of the Act by counsel for the Appellant is strained and artificial. The connection that counsel is attempting to establish between the shareholder disputes which took place at various times from 1975 to 1980 is too tenuous and nebulous to be reasonably described as a link between those events and the disposition of the Tri-M shares[15]. »

Dans la mesure où les événements invoqués par les contribuables (c'est-à-dire les disputes entre actionnaires) ne menaient pas irrémédiablement à la vente des actions, ces événements pouvaient difficilement faire partie d'une série d'opérations ou d'événements se terminant par la vente des actions. Même en utilisant la notion plus large de série d'opérations élaborée par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *OSFC Holdings Ltd.* c. *La Reine*[16] et approuvée par la Cour suprême dans l'affaire *Canada Trustco*[17], les contribuables dans l'affaire *454538 Ontario* auraient vraisemblablement eu beaucoup de difficultés à avoir gain de cause. Selon les conclusions de fait retenues par la Cour canadienne de l'impôt, il apparaissait clair que la vente ultérieure des actions n'était ni prévue ni inévitable et, surtout, que le lien avec les événements préalables était trop ténu.

---

14 *Id.*, 431-432.

15 *Id.*, 432.

16 2001 D.T.C. 5471 (C.A.F.) (ci-après « *OSFC* »). *Infra*, section 2.1.7.

17 *Infra*, section 2.2.

2.1.2. L'affaire *C.P.L. Holdings Ltd.* c. *La Reine*[18]

Dans l'affaire *C.P.L. Holdings*, la Cour fédérale, division de première instance, a examiné la notion de série d'opérations également dans le contexte du paragraphe 55(2) L.I.R. En résumé, la société visée a été incorporée par les deux actionnaires d'une société opérante (M. et M[me] Lamothe), qui ont ensuite transféré par voie de roulement la majorité de leurs actions de la société opérante à une société de gestion (l'appelante en l'espèce). Moins d'une année plus tard, la société opérante a déclaré un dividende de 415 000 $ au bénéfice de l'appelante, montant que l'appelante a immédiatement retourné sous forme de prêt garanti à la société opérante.

Quelques jours après la déclaration du dividende, l'appelante a transféré une portion minoritaire des actions de la société opérante à l'un des employés de cette dernière, M. Sych. Sur cette base, l'ARC a considéré que le dividende faisait partie d'une série d'opérations qui incluait la vente des actions à l'employé de la société opérante et a invoqué les dispositions du paragraphe 55(2) L.I.R. pour inclure le montant du dividende reçu par l'appelante à titre de gain en capital.

Le juge Cullen a d'abord passé en revue la preuve, pour ensuite faire référence aux principes dégagés par la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *454538 Ontario*. Puis, il a conclu ainsi : « The plaintiff has met the burden of proof imposed upon it and proved to my satisfaction that the sale of shares to Sych was not intended to be linked to the corporate rollover and, in fact, was not linked in any way[19]. »

La Cour fédérale, division de première instance, a donc rejeté l'application du paragraphe 55(2) L.I.R. en l'absence de lien entre la déclaration du dividende à l'appelante et la vente subséquente d'une partie des actions de la société opérante. En effet, la preuve présentée démontrait que la réorganisation qui avait précédé la vente en litige visait à permettre à M. Lamothe d'être un créancier privilégié à l'égard de la société opérante. À cette époque, la société opérante était impliquée dans une série de poursuites et M. Lamothe, en tant que créancier de cette dernière, voulait s'assurer que sa réclamation aurait préséance sur d'éventuelles réclamations de tout autre créancier ordinaire.

---

18 95 D.T.C. 5253 (C.F.1[re] inst.) (ci-après « *C.P.L. Holdings* »).

19 *Id.*, 5260.

Compte tenu des conclusions de fait retenues par le juge Cullen quant au but visé par la réorganisation, il nous apparaît clair que le résultat final n'aura pas été différent si ce dernier avait eu le bénéfice d'être guidé par les principes dégagés par la Cour suprême dans l'affaire *Canada Trustco*[20]. Peu importe les principes appliqués, l'absence de lien suffisant entre la réorganisation (y compris la déclaration du dividende à l'appelante) et la vente était fatale à la position de l'ARC. Il est à noter que la conclusion du juge Cullen n'a pas été modifiée par le très court laps de temps écoulé entre la réorganisation et la vente des actions à M. Sych.

2.1.3. L'affaire *Industries S.L.M.* c. *MRN*[21]

Dans l'affaire *Industries S.L.M.*, la Cour canadienne de l'impôt a examiné la notion de série d'opérations toujours dans le contexte du paragraphe 55(2) L.I.R. Les opérations analysées étaient toutefois antérieures à 1986, soit avant l'entrée en vigueur du paragraphe 248(10) L.I.R.

Sommairement, les faits en litige étaient les suivants : l'appelante était une société dont les actions votantes étaient détenues en parts égales par quatre sociétés de gestion. En 1979, un désaccord important est survenu alors que l'un des quatre actionnaires, Gestion Prego Inc. (ci-après « Prego »), voulait que la contribuable se défasse de deux filiales, Manufacture St-Laurent Inc. (ci-après « St-Laurent ») et Les Industries Valcartier Inc. (ci-après « Valcartier »). Pour ce faire, Prego a acheté la participation des trois autres actionnaires, devenant ainsi la seule propriétaire de l'appelante en avril 1980.

Au mois d'août 1980, St-Laurent a déclaré un dividende de 1 M$ à l'appelante. Les actions de St-Laurent, société déficitaire, furent ensuite vendues par l'appelante pour 1 $, ce qui provoquait une perte de 1 M$ pour l'appelante. Les actions de Valcartier furent ensuite vendues pour 9 M$. Pour réduire l'impact fiscal résultant de cette vente, Valcartier a préalablement déclaré un dividende à l'appelante. L'ARC invoquait, en premier lieu, les dispositions de l'ancien paragraphe 55(1) L.I.R. et, subsidiairement, le paragraphe 55(2) L.I.R.

Après avoir passé en revue l'ensemble des faits en litige, le juge Archambault s'est penché sur la question de série d'opérations, puisque le

---

20 *Infra*, section 2.2.

21 [1996] 2 C.T.C. 2572 (C.C.I.) (ci-après « *Industries S.L.M.* »).

paragraphe 55(2) L.I.R. ne pouvait être applicable que si la série d'opérations avait débuté après le 21 avril 1980. Il a d'abord examiné les définitions de « série » aussi bien en français qu'en anglais, avant de conclure à cet égard : « These definitions do not help us a great deal in clarifying the scope of the notion of series, apart from the last one, which acknowledges the existence of a certain connection among the various transactions[22]. »

Le juge Archambault examine ensuite les propos du juge Sarchuk dans l'affaire *454538 Ontario* ainsi que les commentaires d'un auteur relativement à l'application de la notion de série d'opérations dans le contexte de la RGAÉ[23]. Il poursuit avec une analyse de l'objet du paragraphe 55(2) L.I.R., avant de conclure :

> « Having regard to these objectives of subsection 55(2), what scope can be given to the expression "series of transactions" and when did this series of transactions commence? In my view, the expression series of transactions must have a meaning that is sufficiently broad to enable tax authorities to prevent an artificial or undue reduction, but that, at the same time, is as narrow as possible so as not to penalize a taxpayer needlessly[24]. »

Le juge Archambault choisit donc de se référer au but visé par la disposition imputant la charge fiscale pour interpréter le sens de la notion de série d'opérations comme l'avait fait le juge Sarchuk dans l'affaire *454538 Ontario*. Il poursuit son analyse en concluant que la série d'opérations avait débuté après le 15 juillet 1980 puisque, à cette date, l'appelante n'avait toujours pas trouvé d'acheteur pour les actions de Valcartier. Cette conclusion, qui ne porte cependant pas sur la définition du paragraphe 248(10) L.I.R., peut être mise en contraste avec la conclusion à laquelle viendra la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *OSFC*[25].

---

22 *Id.*, 2585. La définition en question, tirée de *The Random House Dictionary*, était la suivante : « Series: 1. a group or a number of related or similar things, events, etc., arranged or occurring in temporal, spatial, or other order or succession; sequence. »

23 John TILEY, « Series of Transactions », dans *1988 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1989, pp. 8:1-22.

24 *Industries S.L.M.*, précité, note 21, 2588.

25 *Infra*, section 2.1.7.

2.1.4. L'affaire *Les Placements Simard E & R. Inc.* c. *La Reine*[26]

Dans l'affaire *Placements Simard*, la Cour canadienne de l'impôt a examiné la notion de série d'opérations de nouveau dans le contexte du paragraphe 55(2) L.I.R. De façon sommaire, la société visée a vendu en 1988 les actions d'une filiale en contrepartie d'un billet à demande et d'actions de la société qui s'est portée acquéreur des actions de la filiale. Au cours de chacune des années d'imposition 1990, 1991 et 1992, une partie des actions de l'acquéreur détenues par l'appelante a été rachetée. L'ARC a considéré que ces rachats d'actions, qui entraînaient un dividende présumé en vertu du paragraphe 84(3) L.I.R., devaient être assujettis au paragraphe 55(2) L.I.R.

Après avoir analysé les arguments des parties et la jurisprudence rendue sur la question, le juge Tardif explique d'entrée de jeu qu'il est difficile de définir de façon précise ce que constitue une série d'opérations. Il rejette ensuite la position de l'ARC :

> « The respondent's approach is somewhat lacking in objectivity and her conclusions arise in part from a consideration of very hypothetical facts. She attributes intentions on the basis of debatable facts and I find her conclusions more intuitive than rational.
>
> Is the fact that the transactions followed one another in time sufficient to conclude that the said transactions were interdependent and interrelated? I do not believe so. Genuine interdependence results as it were in the disqualification of the following transaction, should what was originally planned not realized or carried out. In the instant case, each of the transactions was viable if the following transaction was not conducted. Each event was sufficient and complete in itself[27]. »

Le juge Tardif rejette donc que le simple fait que les opérations soient rapprochées dans le temps constitue un indicateur qu'elles font partie de la même série. Le juge Cullen n'y fait pas référence dans l'affaire *C.P.L. Holdings*, mais nous pouvons certainement en tirer une inférence semblable quant au laps de temps écoulé entre les deux opérations. Cette façon de voir n'a toutefois pas été partagée par la suite[28].

Le juge Tardif mentionne également le fait que chacune des opérations de rachat était autonome et complète en soi. Cette position rappelle la

---

26 97 D.T.C. 1328 (C.C.I.) (ci-après « *Placements Simard* »).

27 *Id.*, 1336.

28 *Infra*, section 2.1.6.

troisième condition de la théorie des transactions ordonnées élaborée par la Chambre des Lords dans l'affaire *Craven*, alors qu'elle devait établir si la transaction intermédiaire avait une fin indépendante de la série d'opérations préétablies.

Il est possible que la conclusion du juge Tardif ait été différente, en vertu des principes de l'affaire *Canada Trustco*[29]. Supposons que la vente des actions constituait la série d'opérations. La Cour canadienne de l'impôt aurait alors dû déterminer i) si les rachats étaient liés à cette série d'opérations et ii) si la réalisation des rachats visait à finaliser cette série d'opérations. Dans la mesure où la vente visait à permettre au contribuable de réaliser son investissement, il aurait été possible de considérer que les rachats des actions permettaient de terminer la réalisation de l'investissement, comme c'était le cas dans l'affaire *H.T. Hoy Holdings Ltd.* c. *La Reine*[30]. Mais une fois de plus, cette hypothèse aurait dû nécessairement être appuyée par la preuve.

À tout événement, cette question demeurait académique puisque la Cour canadienne de l'impôt a considéré la question de la série d'opérations dans le contexte du calcul du revenu gagné au sens du paragraphe 55(2) L.I.R. Comme elle a conclu que la société ne bénéficiait d'aucun revenu gagné, l'inclusion ou l'exclusion des rachats ne changeait rien à la conclusion que l'appel du contribuable devait être rejeté.

2.1.5. L'affaire *Meager Creek Holdings Ltd.* c. *La Reine*[31]

Dans l'affaire *Meager Creek*, la Cour canadienne de l'impôt a examiné encore une fois la notion de série d'opérations dans le contexte du paragraphe 55(2) L.I.R. De façon sommaire, la société visée avait reçu un dividende en février 1990 de deux sociétés de gestion qui contrôlaient une société opérante. En décembre 1990, la société visée a vendu les actions des deux sociétés de gestion. S'appuyant sur le paragraphe 55(2) L.I.R., l'ARC a émis des cotisations en se basant sur le fait que la déclaration de dividende en février 1990 faisait partie de la série d'opérations ayant mené à la vente des actions des deux sociétés de gestion quelques mois plus tard.

---

29 *Infra*, section 2.2.

30 97 D.T.C. 1180 (C.C.I.).

31 98 D.T.C. 2073 (C.C.I) (ci-après « *Meager Creek* »).

Devant la Cour canadienne de l'impôt, il fut mis en preuve que la déclaration du dividende était en réaction à une rumeur que le régime d'imposition des dividendes serait modifié dans le budget suivant et non en prévision de la vente qui a eu lieu en décembre 1990. En vertu de cela, le juge O'Connor a donné raison au contribuable en énonçant ce qui suit :

> « [29] I accept the credibility of the witnesses for the Appellant. All but Proctor were subjected to rigorous cross-examinations and although certain inconsistencies were shown, there were not in my opinion crucial. Witnesses Burridge, Pickering and Harris were consistent in their position that it was the budget which provoked the declaration of the dividends and not any possibility of a sale with the resultant reduction in the capital gain. The fact that 26 other companies in similar situations as Meager, Tyee, Pemberton and CRB, were advised by Burridge immediately before the budget to declare dividends is a strong indication that the purpose behind the declaration of dividends was to avoid any distribution tax that the budget might have contained rather than a desire to effect a reduction in a capital gain on a disposition of shares[32]. »

Le juge O'Connor a examiné ensuite la question d'une offre de vente que l'un des actionnaires de la société avait faite en octobre 1989, soit avant la déclaration du dividende en litige :

> « [30] Moreover, I do not agree that a series of transactions or events occurred. The dividends were declared in February, 1990, but the sale discussions only began on August, 1990 with the sale on one-third of the shares of Tyee and Pemberton occurring December 31, 1990. Admittedly Pickering in October, 1989 offered to sell his shares to Turner. However, this was related to Pickering's health problems and was not indicative of a contemplated sale of the business in whole or in part to any prospective purchaser[33]. »

Finalement, le juge O'Connor a rejeté l'argument de l'ARC qui prétendait qu'il suffisait que, lors de la déclaration du dividende, la société envisage une vente future, quelle qu'elle soit, pour que le dividende fasse partie de la même série d'opérations :

> « [31] Also, I cannot accept Respondent's argument that any possible future sale can suffice to bring subsection 55(2) into play. There must be a series of transactions or events contemplated. To accept Respondent's argument could open the door to the subsection being applied to almost any declaration of inter-corporate dividends[34]. »

---

32 *Id.*, 2077-2078.

33 *Id.*, 2078.

34 *Id.*

Compte tenu des conclusions de fait retenues par le juge O'Connor, il nous apparaît clair que les commentaires de la Cour suprême quant à l'interprétation du paragraphe 248(10) L.I.R. dans l'affaire *Canada Trustco*[35] n'auraient pas eu d'incidence sur le résultat de cette affaire, s'ils avaient été connus à l'époque. Le dividende n'a simplement pas été déclaré en vue de la vente ultérieure des actions de la société visée mais plutôt en réaction aux rumeurs de modifications des règles applicables à l'imposition des dividendes.

2.1.6. L'affaire *Granite Bay Charters Ltd.* c. *La Reine*[36]

Dans l'affaire *Granite Bay*, la Cour canadienne de l'impôt a examiné une fois de plus la notion de série d'opérations dans le contexte du paragraphe 55(2) L.I.R. Dans le cadre d'une réorganisation corporative qui avait précédé la vente des actions d'une société opérante (ci-après « Greenstone »), une partie des actions de ladite société opérante a été rachetée, provoquant ainsi un dividende présumé en vertu du paragraphe 84(3) L.I.R. La particularité dans ce dossier était que la réorganisation avait été décidée lors de l'acceptation d'une offre d'achat qui a éventuellement été répudiée par l'acheteur (ci-après « Dougan Logging ») par manque de liquidités. L'application du paragraphe 55(2) L.I.R. découlait donc de la vente des actions à un acheteur qui n'était pas connu lors de la réorganisation.

Le juge Bowie a d'abord passé en revue les précédents sur la question avant de résumer les principes applicables de la façon suivante :

> « [8] These authorities establish that for transactions or events to comprise a series require that there be some nexus between them. The determination must be driven largely by the facts of each case, but it is relevant to consider proximity in time, as well as purpose and result[37]. »

Appliquant ces principes aux faits en litige, le juge Bowie constatait ceci :

> « [14] The actual transactions which gave rise to the subsection 84(3) deemed dividend were a sale by Mr. and Mrs. Cox of shares of Greenstone for a conveyance to Granite Bay, and the redemption of those shares by Greenstone

---

35 *Infra*, section 2.2.

36 2001 D.T.C. 615 (C.C.I.) (ci-après « *Granite Bay* »).

37 *Id.*, 619.

> for a conveyance to Granite Bay of its non-logging assets. The agreements to sell the shares and the corporate resolutions are all dated December 31, 1993; they may have been executed as late as January 11, 1994. In either event, there was an agreement in place at the time between Mr. and Mrs. Cox and Dougan Logging for the sale of all the outstanding shares of Greenstone. The dividend had prepared Greenstone for sale by removing from it the non-logging assets. There can be no doubt that if the Dougan sale had been completed, it would have been the culmination of a series of operations or events within 55(2). If Dougan Logging had assigned its rights under the 1993 agreement to another purchaser and it had completed the sale, it would have come within subsection 55(2). In my view, a change in the identity of the purchaser, where the intention to sell remained intact throughout and the hiatus is as short as this one, cannot divorce the share redemption from the subsequent sale of the Cox shares[38]. »

La Cour canadienne de l'impôt conclut donc que la vente subséquente faisait partie de la même série d'opérations, même si l'acheteur était différent de celui qui était envisagé lorsque la série d'opérations a débuté. Il est toutefois important d'insister sur les deux éléments qui ont permis au juge Bowie d'arriver à cette conclusion : l'intention de vendre les actions n'a pas varié à la suite de la déconfiture de la première offre d'achat qui avait été acceptée et le court laps de temps écoulé entre la fin de la première partie de la série d'opérations et la vente des actions. En effet, la décision de vendre les actions de la société a été prise au cours de l'été 1993, la première offre d'achat a été acceptée en décembre 1993, la réorganisation préalable a débuté en décembre 1993 et s'est terminée en janvier 1994. Finalement, la vente en litige a été conclue en avril 1994, après l'envoi en février 1994 d'une proposition d'achat de la totalité des actions de la société opérante. Il ne s'est donc écoulé que trois mois entre la réorganisation et la vente en litige.

En vertu des principes dégagés dans l'affaire *Canada Trustco*[39], tout porte à croire que le juge Bowie en serait venu à la même conclusion. Si la réorganisation constituait la série d'opérations et que la preuve démontrait que cette réorganisation avait eu lieu en prévision de la vente des actions, la Cour canadienne de l'impôt aurait certainement conclu qu'il existait un lien suffisant entre les deux, même si l'identité du vendeur a changé et que la vente visait à finaliser la série d'opérations que constituait la réorganisation.

Le juge Bowie a commenté également l'application de la théorie des transactions ordonnées en droit canadien de cette manière :

---

38 *Id.*, 620.

39 *Infra*, section 2.2.

> « [16] Counsel [le procureur de l'appelante] also argued that the decisions of the House of Lords in the step transactions cases support the notion that the transactions should not be considered to be a series unless the identity of the final purchaser was known throughout. The step transaction doctrine was developed in England as a common law remedy to counter tax avoidance schemes which were developed in a legislative vacuum. It is not surprising that the House of Lords limited the doctrine to those situations where the transactions were pre-ordained. I do not think that their reasoning in doing so should be applied to limit unduly the efficacy of specific anti-avoidance legislation[40]. »

Selon nos recherches, il s'agit de la première décision rapportée où la question de l'interaction entre la théorie des transactions ordonnées et la définition de série d'opérations en droit canadien est soulevée. En refusant de reporter intégralement la théorie des transactions ordonnées pour définir la notion de série d'opérations, le juge Bowie a choisi une définition plus large que celle adoptée par la Chambre des Lords dans l'affaire *Craven*. Il conclut, finalement, en vertu des principes dégagés dans la jurisprudence, que c'est la question du lien entre la vente et la série d'opérations qui permettra d'établir si cette vente fait effectivement partie de ladite série d'opérations. Comme nous le verrons lors de l'analyse de la décision *OSFC*[41], la Cour d'appel fédérale a choisi une voie différente pour en arriver également à une définition plus large que celle utilisée dans le cadre de la théorie des transactions ordonnées.

2.1.7. L'affaire *OSFC Holdings Ltd.* c. *La Reine*

La première analyse de la notion de série d'opérations dans le contexte de la RGAÉ par la Cour d'appel fédérale a été rendue dans l'affaire *OSFC*, principalement sous la plume du juge Rothstein, avec l'appui du juge Stone. Le juge Létourneau, en accord avec le juge Rothstein quant au résultat, a également émis des commentaires à cet égard dans des motifs distincts.

De façon sommaire, les faits en litige étaient les suivants. Une société immobilière (ci-après « Standard ») a fait l'objet d'une ordonnance de dissolution par la Cour de justice de l'Ontario, en raison de son insolvabilité. Cette société avait un portefeuille de biens immobiliers avec des pertes latentes de plus de 52 M$. Pour être en mesure de monnayer ces pertes en les rendant accessibles à des tiers, les trois opérations suivantes ont été effectuées : i) incorporation d'une société (ci-après « STIL II »), ii) création

---

40 *Granite Bay*, précité, note 36, 621.

41 *Infra*, section 2.1.7.

d'une société de personnes (ci-après « STIL II Partnership ») et iii) transfert du portefeuille immobilier de Standard à la STIL II Partnership. Une fois ces opérations effectuées, un tiers pouvait bénéficier des pertes latentes par l'acquisition d'un intérêt dans STIL II Partnership. Dans les citations qui suivent, le juge Rothstein renvoie à ces trois opérations comme étant les « Standard transactions ».

a) Juge Rothstein

Après avoir examiné la notion de série d'opérations telle qu'elle est définie par la common law et la doctrine, le juge Rothstein conclut comme suit :

> « Thus, for the there to be a series of transactions, each transaction in the series must be pre-ordained to produce a final result. Pre-ordination means that when the first transaction of the transactions is implemented, all essential features of the subsequent transaction or transactions are determined by persons who have the firm intention and ability to implement them. That is, there must not be no practical likelihood that the subsequent transaction or transactions will not take place[42]. »

C'est avec cette conclusion que la Cour suprême a exprimé son accord dans l'affaire *Canada Trustco*[43]. Le juge Rothstein a examiné ensuite les transactions en litige :

> « [25] I have no difficulty concluding that the three Standard transactions were pre-ordained. All their essential features were planned by E&Y who, with court approval, had the intention and ability to implement it. They were implemented over a period of one week in October 1992. The result they were intended to produce was the transfer of the STIL II portfolio from Standard to the STIL II Partnership, which would be recorded by the partnership at Standard's cost, i.e., the price paid by the partnership to which was added Standard's loss, by reason of subsection 18(13) of the *Income Tax Act*. In other words, the intended result was the packaging of Standard's loss in a form that would be marketable to an arm's length purchaser. They clearly constituted a series under the House of Lords' definition[44]. »

Ainsi, le juge Rothstein s'est penché sur la dernière transaction en litige, soit l'acquisition d'une participation dans la société de personnes par le contribuable :

---

42 *Id.*, 5479.

43 *Infra*, section 2.2.

44 *OSFC*, précité, note 16, 5479.

> « [26] That leaves the appellant's acquisition of its STIL II Partnership interest from Standard. This transaction was not completed until May 31, 1993 with the closing occurring on June 29, 1993. The appellant did not come on the scene until January 1993 and the negotiations leading to the transactions were "difficult". Under the House of Lords' definition, this fourth transaction would not be part of a series with the Standard transactions since the fourth transaction was not pre-ordained and was not practically certain to occur when the Standard transactions were implemented[45]. »

Le juge Rothstein poursuivit son analyse en examinant le paragraphe 248(10) L.I.R. :

> « [28] The subsection is not a model of clarity. Related transactions or events are not defined. Nor is the meaning of the term "completed in contemplation of the series" clear. On the one hand, subsection 248(10) might simply be a statutory codification of the House of Lords definition of "series of transactions". Under this interpretation, "related transactions or events completed in contemplation of the series" would be the pre-ordained transactions which are practically certain to occur and which eventually do occur.
>
> [29] A broader interpretation would include in the series, transactions that would not fall within the House of Lords' test for series. Under this approach, an independent transaction would be deemed to be included in the series for purposes of subsection 248(10) if it is related to the transactions in the common law series and if it is completed in contemplation of the common law series[46]. »

Le juge Rothstein a alors précisé que, si le paragraphe 248(10) L.I.R. constituait une définition limitative, il aurait probablement conclu que cette disposition ne faisait que codifier la définition de common law. Il ajouta ce qui suit : « [31] However, the term "any related transaction or event completed in contemplation of the series" would seem to carry a wider connation than pre-ordained transactions[47]. »

Le juge Rothstein a ensuite fait référence aux règles transitoires prévues lors de l'adoption de la RGAÉ et aux commentaires d'un auteur[48] qui conclut que l'existence de telles règles suppose que le paragraphe 248(10) L.I.R. élargisse nécessairement la notion de série d'opérations, à défaut de quoi les règles transitoires étaient inutiles. Finalement, il a constaté que le paragraphe

---

45 *Id.*

46 *Id.*

47 *Id.*, 5480.

48 J. TILEY, *loc. cit.*, note 23, 8:5.

248(10) L.I.R. est une disposition déterminative (*deeming provision*), soit une disposition qui par définition élargit le sens des mots. En se basant sur cela, le juge Rothstein concluait ainsi :

> « [34] For all the above reasons, I am of the opinion that subsection 248(10) broadens the meaning of series from that defined by the House of Lords.
>
> [35] Subsection 248(10) requires three things: first, a series of transactions within the common law meaning; second, a transaction related to that series; and third, the completion of the related transaction in contemplation of that series.
>
> [36] Thus, before applying subsection 248(10), "series" must be construed according to its common law meaning, which I have found to be pre-ordained transactions which are practically certain to occur. To that is added "any related transactions or events completed in contemplation of the series". Subsection 248(10) does not require that the related transaction be pre-ordained. Nor does it say when the related transaction must be completed. As long as the transaction has some connection with the common law series, it will, if it was completed in contemplation of the common law series, be included in the series by reason of the deeming effect of subsection 248(10). Whether the related transaction is completed in contemplation of the common law series requires an assessment of whether the parties to the transaction knew of the common law series, such that it could be said that they took it into account when deciding to complete the transaction. If so, the transaction can be said to be completed in contemplation of the common law series[49]. »

En résumé, le juge Rothstein en est donc venu à la conclusion que nous serons en présence d'une série d'opérations au sens du paragraphe 248(10) L.I.R. lorsque les trois éléments suivants seront présents : i) une série d'opérations préétablies, qui seront assurément terminées, ii) une opération liée à cette série d'opérations et iii) la réalisation de cette opération liée en vue de la série d'opérations préétablies.

Comme nous pouvons le constater, le juge Rothstein n'a pas semblé placer la barre très haute lorsqu'il s'agit de déterminer si la transaction à l'étude a été réalisée en vue d'accomplir la série d'opérations. En effet, il a précisé qu'il faut déterminer si les parties à la transaction à l'étude étaient au courant de la série d'opérations et qu'elles en avaient donc tenu compte avant de finaliser la transaction. Une telle interprétation nous semble trop large. Nous y reviendrons[50].

---

49 *OSFC*, précité, note 16, 5480-5481.

50 *Infra*, section 2.2.

Appliquant ces principes à la situation factuelle, le juge Rothstein a conclu comme suit :

> « [38] The Standard series resulted in the creation of the STIL II Partnership and the transfer of the STIL II portfolio to the partnership, with a cost base in the assets of the partnership that would include Standard's loss. It was that cost base in the assets of the partnership that would accrue to the appellant upon its acquisition of its partnership interest and give rise to the loss that would be available to it at the end of the partnership's 1993 taxation year. The preamble to the Agreement of Purchase and Sale of the partnership interest, dated May 31, 1993, makes it clear that the appellant was aware of the series of Standard transactions and they were fundamental to the appellant acquiring its partnership interest. It reads in part:
>
> WHEREAS:
>
> […]
>
> (B) The Vendor [Standard] and the Remaining Partner [1004568 Ontario Inc.] entered into the Partnership Agreement on October 23, 1992 to form STIL Partnership II;
>
> […]
>
> (D) Pursuant to the Asset Contribution Agreement, the Vendor has transferred to STIL Partnership Agreement certain assets, including the mortgages [the STIL II portfolio];
>
> For these reasons, the appellant's acquisition of its STIL II Partnership interest was connected to the series of Standard transactions. Standard, in liquidation, and the appellant, the parties to the acquisition transaction, knew of the Standard series and took it into account when deciding to complete the acquisition transaction. Therefore, the appellant's acquisition of its STIL II Partnership interest was a transaction that was related to the Standard series and was completed in contemplation of that series.
>
> [39] Applying the deeming effect of subsection 248(10), I conclude that, for purposes of subsection 245(3)(b), the series included the Standard series and the acquisition transaction[51]. »

Certains auteurs ont critiqué la portée donnée au paragraphe 248(10) L.I.R. par le juge Rothstein dans l'affaire *OSFC* :

---

[51] *OSFC*, précité, note 16, 5481.

> « With respect, however, at least from the writer's perspective it is not self-evident that the Court is correct in determining that subsection 248(10) should be read as extending to a transaction undertaken subsequent to a common law series simply on the basis that the prior common law series is taken into account or considered. Although more detailed consideration would be required, while this may be an arguable reading of the meaning of the phrase "in contemplation of", it seems, in the writer's view, to be somewhat strained reading of that phrase which may be more likely directed to a future possible series[52]. »

Dans la mesure où une opération est accomplie postérieurement à une première série d'opérations, en toute connaissance de cause de cette première série d'opérations, il faut malgré tout que cette opération postérieure soit liée à cette première série d'opérations et qu'elle soit réalisée en vue de la première série d'opérations. S'il suffit que les parties en aient tenu compte pour que cette dernière condition soit présente, il est clair qu'il s'agit d'un élargissement important de la définition de common law. Cependant, il faut garder à l'esprit que les quelques exemples donnés par la jurisprudence où une transaction subséquente, effectuée par une personne dont le nom n'était pas encore connu lorsque la première série d'opérations a été finalisée, revêtaient un caractère quelque peu exceptionnel. En effet, dans l'affaire *OSFC*, la preuve a démontré que la première série d'opérations avait pour but de permettre à un acquéreur éventuel de bénéficier des pertes de Standard. En ce sens, même si cet acquéreur éventuel n'était pas connu au moment de la mise en place et de l'achèvement de la première série d'opérations, il était clair que cette dernière n'avait de raison d'être que si un acquéreur éventuel se manifestait. Dans une telle situation, les parties à la dernière acquisition avaient fait bien plus que simplement **tenir compte de la série d'opérations**, elles avaient carrément accepté de procéder à l'acquisition **en raison de la série d'opérations**.

Il en était de même dans l'affaire *Meager Creek*[53], alors que le dépouillement partiel des surplus de la société opérante avait été effectué pour permettre la vente à un acquéreur qui avait déposé une offre d'achat acceptée par le vendeur. Même si cette offre d'achat n'a pas eu de suite en raison de problèmes de liquidités du premier offrant, le dépouillement partiel de la société opérante a clairement été fait en vue de la vente subséquente des actions de la société opérante, même si l'identité de l'acquéreur éventuel n'était pas connue à l'époque. De plus, tel qu'il a été mentionné

---

52 Christopher L.T. FALK, « Not Just About Capital Gain Stripping and GAAR … A "Series" of Transactions Under the Income Tax Act », dans *Business Vehicles*, Volume X, N° 1, Federated Press, 2004, pp. 493-494.

53 *Supra*, section 2.1.5.

précédemment, le juge Bowie a tiré cette conclusion parce que l'intention de vendre est demeurée présente durant tout le processus et que seulement quelques mois se sont écoulés entre la réorganisation et la vente en litige.

Comme nous le verrons subséquemment, la Cour suprême a toutefois élargi la portée de la conclusion retenue par le juge Rothstein relativement au troisième élément, à savoir la connaissance de la série d'opérations par la partie en cause. Mais, à notre avis, il n'est pas clair que les commentaires de la Cour suprême emportent nécessairement un élargissement de l'ensemble de la notion de série d'opérations. Nous y reviendrons[54].

b) Juge Létourneau

Dans ses motifs distincts, le juge Létourneau examina en détail les arguments du contribuable quant au fait qu'il n'était pas partie à la série d'opérations qui avait été orchestrée pour permettre le transfert des pertes (série qu'il a nommée « STC's transactions » dans ses motifs). Il a d'abord expliqué la position du contribuable de la manière suivante :

> « [129] The appellant contends that it was not privy to or involved in the STC transactions arranged by STC's liquidator. It submits that, even if the STC's transactions were avoidance transactions, its own transaction was not an avoidance transaction because it was not part of the series arranged by STC. In addition, the appellant avers that there was no "reasonable nexus" or interdependence between its transaction and the STC's transactions[55]. »

Le juge Létourneau rejeta ces arguments :

> « [130] It is obvious to me as it was to the Tax Court judge that an ultimate sale to an arm's length party was part of the pre-ordained steps carried out by STC's liquidator. The pregnant losses resulting from a transfer of the portfolio to the STIL II partnership needed the interaction of an arm's length third party to come to life. The whole scheme developed and arranged by STC's liquidator was conceived and intended to create and transfer a tax benefit. It was predicated upon an acquisition by a third party whereby the pregnant losses would become real losses in the hands of the third party. In other words, the appellant may not have been a party in conceiving and creating the tax benefit, but it was the missing and necessary link in materializing and actualizing it. The entire sequence of events had to be carried out or all of the steps completed for the tax plan to work: see Vern Krishna, *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 5th ed., page 1409. The appellant's transaction satisfied, in my view, both

---

54 *Infra*, section 2.2.

55 *OSFC*, précité, note 16, 5497.

> the "mutual interdependence" test and the "end result" test under which two or more transactions constitute a series either if they are so interdependent that the results of one transaction would be meaningless in the absence of the completion of the other transactions, or they are in substance component parts of a single transaction which were intended from the outset to be taken for the purpose of reaching the ultimate result: see Brian J. Arnold and James R. Wilson, The General Anti-Avoidance Rule – Part 2, (1988) 36 *Canadian Tax Journal* 1123, at page 1162[56]. »

Le juge Létourneau a donc confirmé son accord avec la position de son collègue le juge Rothstein quant à l'inclusion de la quatrième opération dans la série d'opérations. Son analyse est quelque peu différente, mais le résultat est identique. Comme nous le verrons ultérieurement, la Cour suprême a adopté les motifs du juge Rothstein[57].

2.1.8. L'affaire *La Reine* c. *Canadian Pacific Ltd.*[58]

Dans l'affaire *Canadian Pacific*, la Cour d'appel fédérale a examiné la notion de série d'opérations dans le cadre de l'application de la RGAÉ à un emprunt en devises faibles. Sommairement, le contribuable avait un besoin de liquidités en dollars américains pour l'exploitation de son entreprise. Mais, dans le but d'augmenter la déduction d'intérêts, le contribuable a effectué un emprunt en dollars australiens et néo-zélandais, devises s'empruntant sur le marché à un taux d'intérêt plus élevé que les dollars américains en raison de la volatilité de leurs cours respectifs, pour ensuite les convertir en dollars américains.

L'ARC soutenait que le choix d'emprunter de telles devises pouvait être perçu comme une transaction ou un événement distinct de l'emprunt en tant que tel. La Cour d'appel fédérale, sous la plume du juge Sexton, a d'abord examiné la définition du terme « opération » :

> « [24] By the definition in subsection 245(2) [245(1)] a transaction includes an arrangement or event. Thus the definition of transaction is extended to include circumstances that would not strictly be considered to be a transaction within the normal meaning of that term. However, that extended definition cannot be interpreted to justify taking apart a transaction in order to isolate its business and tax purposes. The necessity to determine primary purpose implies that there

---

56 *Id.*

57 *Infra*, section 2.2.

58 2002 D.T.C. 6742 (C.A.F.) (ci-après « *Canadian Pacific* »).

> is more than one purpose and that the transaction is to be considered as a whole[59]. »

Puis, le juge Sexton a examiné les conséquences potentielles de l'acceptation de la position de l'ARC, pour finalement donner raison au contribuable :

> « [25] The implication of the Crown's argument, if accepted, would have consequences which Parliament did not intend. If this argument was correct, the Crown could allege that the tax planning component of any transaction amounted to an event or arrangement constituting a "separate transaction". Because it was undertaken for purely tax purposes, the "separate transaction" would be an avoidance transaction. In other words, any action taken to obtain a tax benefit would be an avoidance transaction and there would never be an occasion to determine the primary purpose of a transaction. The Crown's argument would make the use of the word "primarily" in subsection 245(3) redundant.
>
> [26] The words of the Act require consideration of a transaction in its entirety and it is not open to the Crown artificially to split off various aspects of it in order to create an avoidance transaction. In the present case, the Australian dollar borrowing was one complete transaction and cannot be separated into two transactions by labelling the designation in Australian dollars as a separate transaction[60]. »

En rejetant la position de l'ARC, la Cour d'appel fédérale a clairement établi que la RGAÉ, et plus particulièrement la notion d'opération d'évitement prévue au paragraphe 245(3) L.I.R., ne peut être interprétée aussi largement pour permettre de changer la nature d'une opération avant de déterminer si celle-ci est une opération d'évitement. Comme le soulignait le juge Sexton, la position de l'ARC à cet égard aurait entraîné une application de la RGAÉ à toutes les opérations qui revêtaient un objet fiscal, indépendamment de l'existence d'un objet véritable par ailleurs, ce qui contredirait le principe reconnu par l'ARC selon lequel il est légitime pour un contribuable d'organiser ses affaires de manière à réduire son fardeau fiscal[61].

---

59 *Id.*, 6749.

60 *Id.*

61 Voir notamment l'affaire *Canada Trustco*, précité, note 2, 5527, par. 16.

2.1.9. L'affaire *Canadian Utilities*

Dans l'affaire *Canadian Utilities*, la Cour d'appel fédérale a été confrontée à la question de l'intégration de la théorie des transactions ordonnées à la définition du paragraphe 248(10) L.I.R., alors qu'en première instance la Cour canadienne de l'impôt avait interprété les principes dégagés par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *OSFC* comme exigeant que les quatre conditions tirées de l'affaire *Craven* soient présentes. Le juge Rothstein, qui avait également rendu les motifs principaux dans l'affaire *OSFC*, explique ainsi :

> « [52] The trial judge may have thought that *OSFC* adopted all four factors described in *Craven v. White* as the common law test for a series of transactions or events. However, I agree with appellant's counsel that this cannot be. The four factors listed in *Craven v. White* do more than define a series.
>
> [53] In England, the courts have created judicial anti-avoidance measures whereby they ignore the legal effects of otherwise valid transactions in certain circumstances. The *Craven v. White* factors are a common law code for determining not only whether a series exists, but also when the legal effect of an intermediate transaction in the series, which has no other purpose than tax avoidance and which is not intended to have any independent life, may be ignored[62]. »

Le juge Rothstein ajoute ceci :

> « [56] The Canadian approach is one of statutory rather than judicial anti-avoidance measures. Thus, it would be inappropriate to import in its entirety a common law test which involves when the legal effect of a transaction may be ignored into the definition of a series for Canadian tax purposes.
>
> [57] Adoption of the House of Lords' approach as described in *OSFC* means adoption of the pre-ordination test for determining whether a series of transactions exists at common law. It is only necessary to determine whether each of the transactions in the alleged series was preordained (as defined in *OSFC*) to produce a final result and whether those preordained transactions did in fact take place[63]. »

Comme nous l'avons vu précédemment, cette question a fait l'objet de nombreuses conclusions souvent contradictoires par les tribunaux. Malheureusement, la Cour suprême n'avait pas à trancher cette question

---

62 *Canadian Utilities*, précité, note 12, 6481.

63 *Id.*, 6482.

dans le contexte de l'affaire *Canada Trustco* ou de l'affaire *Mathew*, qui a été entendue le même jour et dont les motifs ont été rendus concurremment. De fait, la Cour suprême s'est limitée à deux simples paragraphes pour couvrir la notion de série d'opérations, mais ces deux paragraphes soulèvent des interrogations quant à la portée réelle de la notion de série d'opérations telle qu'elle est définie au paragraphe 248(10) L.I.R.

2.2. L'AFFAIRE *CANADA TRUSTCO*

La Cour suprême, sous la plume conjointe de la juge en chef McLachlin et du juge Major, a examiné brièvement la notion de série d'opérations. Comme la question n'était pas pertinente aux fins du litige et qu'aucune conclusion de fait n'a été retenue par la Cour suprême à cet égard, nous escamoterons la partie factuelle et les questions en litige dans cette affaire.

Dans un premier temps, la Cour suprême approuve les motifs de la majorité de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *OSFC* :

> « [25] The meaning of the expression "series of transactions" under s. 245(2) and (3) is not clear on its face. We agree with the majority of the Federal Court of Appeal in *OSFC* and endorse the test for a series of transactions as adopted by the House of Lords that a series of transactions involves a number of transactions that are "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 ordained": *Craven v. White*, [1989] A.C. 398, at p. 514, *per* Lord Oliver; see also *W.T.Ramsay Ltd. v. Inland Revenue Commissioners*, [1981] 1 All. E.R. 865[64]. »

Sans y faire référence, la Cour suprême semble donc en accord avec le juge Rothstein de la Cour d'appel fédérale (qui, depuis, a été nommé à la Cour suprême) dans l'affaire *Canadian Utilities*, alors qu'il affirmait que seule la première condition établie dans l'affaire *Craven* était pertinente.

Dans un deuxième temps, la Cour suprême commente la portée de la définition prévue au paragraphe 248(10) L.I.R., telle qu'elle est interprétée par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *OSFC* :

> « [26] Section 248(10) extends the meaning of series of transactions" to include "related transactions or events completed in contemplation of the series". The Federal Court of Appeal heald, at para. 36 of *OSFC*, that this occurs where the

---

64 *Canada Trustco*, précité, note 2, 5528. La version française de cet arrêt est rapportée : 2005 D.T.C. 5547 (C.S.C.). Mais comme les motifs ont été rédigés en anglais, nous préférons citer la version originale.

> parties to the transaction "knew of the … series, such that it could be said that they took it into account when deciding to complete the transaction". We would elaborate that "in contemplation" is read not in the sense of actual knowledge but in the broader sense of "because of" or "in relation to" the series. The phrase can be applied to events either before or after the basic avoidance transaction found under s. 245(3). As has been noted:
>
> > "It is highly unlikely that Parliament could have intended to include in the statutory definition of 'series of transactions' related transactions completed in contemplation of a subsequent series of transactions, but not related transactions in the contemplation of which taxpayers completed a prior series of transactions. (D.G. Duff, 'Judicial Application of the General Anti-Avoidance Rule in Canada: *OSFC Holdings Ltd. v. The Queen*', 57 I.B.F.D. Bulletin 278, at p. 287)"[65]. »

À la lecture de ces commentaires, nous pouvons constater d'emblée que la Cour suprême interprète largement la portée de cette définition. D'abord, la Cour suprême interprète très largement la notion de « *in contemplation of* » ou « en vue de » dans la version française, en ne limitant pas son application aux cas où les parties en cause ont une connaissance de la série d'opérations. Ensuite, la Cour suprême reprend la position de M. D. G. Duff en acceptant que la série d'opérations puisse inclure des opérations antérieures ou postérieures à l'opération d'évitement.

Dans l'affaire *OSFC*, la série d'opérations était constituée des trois étapes qui avaient permis de rendre accessibles à un tiers les pertes latentes découlant du portefeuille immobilier de la société insolvable[66]. Clairement, les opérations d'évitement se retrouvaient dans cette série d'opérations et étaient antérieures à l'acquisition par le contribuable d'un intérêt dans la société de personnes, opération qui a été incluse par la Cour d'appel fédérale dans la série d'opérations en raison du paragraphe 248(10) L.I.R. Il en est de même dans l'affaire *Meager Creek*, où la transaction en litige était une vente

---

65 *Id.*

66 Il est à noter que, dans l'affaire *Mathew*, qui impliquait les mêmes joueurs pour les trois premières étapes de la série d'opérations que dans l'affaire *OSFC*, il n'y a pas eu de débat sur la question de l'inclusion de l'acquisition de l'intérêt dans la société de personnes dans la série d'opérations. La Cour suprême, au paragraphe 34 de l'affaire *Mathew*, se contente seulement de mentionner que toutes les opérations faisaient partie d'une série visant à permettre aux appelants de bénéficier des pertes latentes de Standard et précise, au paragraphe 35, que toutes les opérations de la série étaient des opérations d'évitement.

d'actions postérieure à la série d'opérations (la réorganisation)[67] et dans l'exemple donné par M. Michael Hiltz[68].

L'expression française « en vue de » est définie des façons suivantes : « de manière à permettre, à préparer (une fin, un but), […] dans l'intention de »[69], « afin de »[70] et « dans l'intention de »[71]. L'expression anglaise « *in contemplation of* » est définie comme « *in view (as a contingency looked for, or as an end aimed at)* »[72], alors que le terme anglais « *contemplation* » est défini par « *intention, expectation* »[73].

En examinant les définitions de la version anglaise, nous constatons que la Cour suprême s'éloigne passablement du sens courant de ces termes. En effet, « *in view* » et « *as an end aimed at* » ont un sens plus restreint que « *because of* »[74] et « *in relation to* »[75] adoptés par la Cour suprême. Notons que, dans l'affaire *Nowegijick* c. *La Reine*[76], la Cour suprême, en donnant un sens très large à l'expression « *in respect of* », avait également référé à l'expression « *in relation to* » :

> « The words "in respect of" are, in my opinion, words of the widest possible scope. They import such meanings as "in relation to", "with reference to" or "in connection with". The phrase "in respect of" is probably the widest of any expression intended to convey some connection between two related subject matters[77]. »

---

67 *Supra*, section 2.1.5.

68 *Infra*, section 2.4.2.

69 *Le Petit Robert 1*, Paris, Les dictionnaires Robert, 1990, p. 2121.

70 Marie-Éva DE VILLERS, *Multi Dictionnaire de la langue française*, 4e éd., Montréal, Québec Amérique, 2003, p. 1526.

71 *Le Petit Larousse Grand Format*, 100e éd., Paris, Larousse, 2005, 1124.

72 *The Oxford English Dictionary*, 2e éd., Vol. III, Oxford, Clarendon Press, 1989, pp. 811-812.

73 *Merriam-Webster's Collegiate Dictionary*, 11e éd., Springfield, Merriam-Webster, Incorporated, 2004, p. 269.

74 Expression traduite par « en raison de » dans la version française des motifs, 2005 D.T.C. 5547, à la p. 5552.

75 Expression traduite par « relativement à » dans la version française des motifs, *id*.

76 83 D.T.C. 5041 (C.S.C.) (ci-après « *Nowegijick* »).

77 *Id.*, 5045.

Nous retrouvons donc dans les deux cas l'expression « *in relation to* ». Pourtant, la portée de l'expression « *in respect of* » paraît clairement plus étendue que « *in contemplation of* ». Dans un cas comme dans l'autre, la Cour suprême a exprimé son opinion sans faire référence à des autorités, que ce soit la jurisprudence ou des définitions tirées de dictionnaires usuels ou juridiques. Nous pouvons supposer que, aussi bien dans l'affaire *Canada Trustco* que dans l'affaire *Nowegijick*, la Cour suprême a considéré le but visé par la disposition pour conclure qu'elle devait être interprétée largement. Mais alors que la disposition en question dans l'affaire *Nowegijick* (l'article 87 de la *Loi sur les Indiens*[78]) était une disposition autonome, avec un objet que l'on peut supposer cohérent, la définition du paragraphe 248(10) L.I.R. est utilisée dans plusieurs contextes différents et non pas uniquement dans le cadre de l'application de la RGAÉ. En ce sens, il n'est pas clair que l'objet est aussi cohérent que dans l'affaire *Nowegijick*.

De plus, dans chacune des définitions mentionnées précédemment, nous retrouvons un élément prospectif. En prenant une interprétation restrictive des expressions « en vue de » et « *in contemplation of* », nous aurions pu soutenir que seules les opérations ayant **précédé** la série d'opérations pouvaient être réputées faire partie de cette dernière en vertu du paragraphe 248(10) L.I.R. Dans une telle hypothèse, le contribuable aurait eu gain de cause dans l'affaire *OSFC* (à moins que la dernière opération n'ait également été perçue comme une opération d'évitement, comme ce fut le cas dans l'affaire *Mathew*). Une telle approche est évidemment incompatible avec la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *OSFC* et celle de la Cour suprême dans l'affaire *Canada Trustco*. D'autant plus que, si nous concentrons notre analyse sur la version française du paragraphe 248(10) L.I.R.[79], il était clair que, dans l'affaire *OSFC*, l'acquisition d'un intérêt par le contribuable dans la société de personnes créée par la série d'opérations visait à réaliser cette même série d'opérations puisque cette dernière n'avait de raison d'être que si un tiers procédait à une telle acquisition. Mais devait-on comprendre l'expression « en vue de réaliser la série » comme signifiant la préparer (c'est-à-dire les étapes préalables), la finaliser (c'est-à-dire les étapes subséquentes), ou les deux? Rien n'indique que la Cour suprême dans l'affaire *Canada Trustco* n'aurait considéré la version française du paragraphe 248(10) L.I.R. dans le cadre de son analyse. Mais en concluant comme elle l'a fait, il est apparent qu'elle choisit la troisième interprétation :

---

78 L.R. (1985), c. I-5.

79 Nous référons à la partie suivante du texte de loi : « des opérations et événements liés terminés en vue de réaliser la série ».

les étapes préalables **et** les étapes subséquentes peuvent être assujetties au paragraphe 248(10) L.I.R.

Dans la version anglaise[80], l'équivalent de l'expression « en vue de réaliser la série » est « *in contemplation of the series* ». À première vue, il nous semble que l'expression « en vue de réaliser » a un sens différent de « *in contemplation* ». Il nous semble plus difficile de conclure que « *in contemplation* » peut inclure cette connotation de « pour donner effet » ou « pour compléter » la série d'opérations. Mais en donnant une interprétation très large de l'expression « *in contemplation of* », la Cour suprême évacue la question.

Toutefois, il est important de noter que la Cour suprême, dans ses commentaires relativement au sens de l'expression « *in contemplation of* » ou « en vue de », réaffirme à notre avis l'importance du lien entre la série d'opérations et la transaction visée. En interprétant cette expression comme signifiant « *because of* » ou « *in relation to* » la série d'opérations, il est clair qu'il sera nettement insuffisant que les parties à la transaction visée soient simplement au courant de la conclusion de la série d'opérations. Une telle interprétation nous paraît la plus conséquente aussi bien avec le texte du paragraphe 248(10) L.I.R. qu'avec la réalité du monde des affaires où, dans la majorité des cas, les parties à une transaction vont nécessairement tenir compte de la situation juridique présente avant de la conclure (c'est-à-dire les opérations conclues précédemment) que des considérations fiscales (c'est-à-dire les conséquences fiscales de la transaction, compte tenu de la situation juridique en cours lorsque la transaction visée est envisagée).

Dans les cas où une partie accepte de finaliser une transaction pour des raisons d'affaires, en sachant pertinemment que la série d'opérations effectuée précédemment à son entrée en scène pourrait par ailleurs lui permettre de bénéficier d'un avantage fiscal, il n'est pas clair que la transaction en question pourra être considérée comme faisant partie de la série d'opérations au sens du paragraphe 248(10) L.I.R. si la transaction n'a pas été terminée **en raison** de la série d'opérations. Dans une telle éventualité, il nous apparaît évident que la détermination quant à l'inclusion de certaines opérations dans une série, au-delà de dépendre des circonstances particulières de chaque situation, demeurera fortement teintée par l'éventuel but purement fiscal de l'ensemble des opérations, comme c'était le cas dans les affaires *OSFC* et *Mathew*.

---

[80] Nous référons à la partie suivante du texte de loi : « *any related transactions or events completed in contemplation of the series* ».

En ce sens, nous pourrions affirmer au contraire que les commentaires de la Cour suprême dans l'affaire *Canada Trustco*, loin d'ouvrir une boîte de Pandore, viennent plutôt circonscrire davantage les conditions d'application du paragraphe 248(10) L.I.R. en qualifiant le test retenu par la Cour d'appel dans l'affaire *OSFC*. Il ne suffirait alors pas que la transaction ait été conclue en tenant compte de la série de transactions mais **en raison de** ou **relativement à** la série d'opérations, seuil plus difficile à franchir, à notre avis.

Il n'est pas non plus exclu que la Cour suprême, lorsqu'elle entendra de nouveau une affaire portant sur l'application de la RGAÉ, examine de façon plus approfondie la portée du paragraphe 248(10) L.I.R. Si elle devait faire face à une éventuelle situation où une interprétation très large de cette disposition pourrait entraîner des conséquences incongrues, la Cour suprême pourrait alors être tentée de reconsidérer ou simplement de préciser ses conclusions à cet égard. Au cours des dernières années, la Cour suprême a de fait revu certaines affirmations énoncées dans des arrêts précédents en matière fiscale. Nous faisons référence, par exemple, à l'arrêt *Neuman* c. *La Reine*[81], alors que le juge Iacobucci a nuancé considérablement certains commentaires du juge en chef Dickson, dans l'affaire *La Reine* c. *McClurg*[82], quant à la possibilité qu'un dividende puisse être versé en contrepartie de services rendus, dans le contexte de l'application du paragraphe 56(2) L.I.R. Ou encore nous faisons référence à l'arrêt *Canderel Ltd.* c. *La Reine*[83], alors que le juge Iacobucci a précisé certains des commentaires qu'il avait émis dans l'arrêt *Symes* c. *La Reine*[84] quant au rôle des principes comptables généralement reconnus dans le cadre du calcul du revenu aux fins fiscales.

2.3. DÉCISIONS POSTÉRIEURES À L'AFFAIRE *CANADA TRUSTCO*

Depuis la parution de l'arrêt *Canada Trustco*, les tribunaux ont eu la chance d'appliquer les principes dégagés dans cette affaire en ce qui a trait à la notion de série d'opérations.

---

81 98 D.T.C. 6297 (C.S.C.).

82 91 D.T.C. 5001 (C.S.C.).

83 98 D.T.C. 6100 (C.S.C.).

84 94 D.T.C. 6001 (C.S.C.).

2.3.1. L'affaire *Desmarais* c. *La Reine*[85]

Dans l'affaire *Desmarais*, la Cour canadienne de l'impôt a examiné la notion de série d'opérations dans le contexte de l'application de la RGAÉ à un cas de dépouillement de surplus. Les faits en litige étaient sommairement les suivants :

Le 13 décembre 1996, M. Desmarais a transféré 41 des 60 actions d'une société opérante (ci-après « Comsercom ») qu'il détenait à une autre société (ci-après « 6311 ») incorporée le 11 décembre 1996 en retour d'actions privilégiées de cette dernière. Le 6 janvier 1997 et le 31 mars 1997, M. Desmarais a transféré à 6311 les actions qu'il détenait dans une autre société (ci-après « Gestion »). Le 6 janvier 1997 et le 6 mars 1998, 6311 a procédé au rachat des actions privilégiées émises à M. Desmarais le 11 décembre 1996. Ces rachats ont été financés par le paiement de dividendes par Gestion à 6311 au cours des exercices financiers se terminant les 31 mai 1997 et 1998.

Après avoir conclu que M. Desmarais avait bénéficié d'un avantage fiscal en raison de ces opérations puisqu'il avait extrait sans conséquence fiscale les surplus de Gestion, le juge Archambault ajouta ce qui suit :

> « [20] De plus, cet avantage fiscal découle d'une série d'opérations qui a débuté le 11 décembre 1996 par la constitution en société de 6311 et le fractionnement des actions de Comsercom et qui s'est terminé le 5 janvier 1998 par le rachat des 33 000 actions de catégorie D restantes. Selon le paragraphe 248(10) de la Loi, une série d'opérations inclut les "opérations et événements liés terminés en vue de réaliser la série". Il faut de plus tenir compte de ces propos de la Cour suprême du Canada : "Nous tenons à ajouter que les mots 'en vue de réaliser' sont employés non pas dans le sens d'une connaissance véritable, mais dans le sens plus général de 'en raison de' ou 'relativement à' la série. Ces mots peuvent s'appliquer à des événements survenus soit avant soit après l'opération d''évitement de base visée par le par. 245(3)" (par. 26 de Trustco). Le fait que 41 des 60 actions de Comsercom que détenait monsieur Desmarais ont été transférées à 6311 deux jours après le fractionnement des actions de Comsercom et la constitution de 6311, soit le 13 décembre 1996, et le fait que le rachat du premier groupe d'actions de catégorie D s'est effectué trois semaines plus tard, soit le 6 janvier 1997, le même jour que celui où 557 actions de catégorie B de Gestion ont été transférées par monsieur Desmarais à 6311, révèlent clairement que toutes ces opérations faisaient partie de la série d'opérations effectuées dans le but de réaliser l'avantage fiscal. Les 33 000 actions de catégorie D restantes ont été rachetées un an plus tard, soit le 5 janvier 1998, pour compléter cette série d'opérations, quoique le prix de

---

85 2006 D.T.C. 2736 (C.C.I.) (ci-après « *Desmarais* »).

> rachat de ces actions ait été remis à monsieur Desmarais en plusieurs versements bien avant le 5 janvier 1998, soit à partir de juin 1997[86]. »

La conclusion du juge Archambault, quant à la série d'opérations, ne fait pas l'objet d'autre commentaire ou analyse. À la lecture de ce qui précède, il est apparent que le juge Archambault a conclu qu'il existait un lien très clair entre les différentes opérations, notamment en raison de la courte période de temps au cours de laquelle ces opérations ont été réalisées. Compte tenu de la preuve présentée par les parties, il était difficile de croire que ces opérations ne faisaient pas effectivement partie d'une même série, d'où sans doute la décision du juge Archambault de ne pas procéder à une analyse plus détaillée de la question, comme il l'avait fait dans l'affaire Industries S.L.M.

2.3.2. L'affaire *MIL (Investments) S.A.* c. *La Reine*[87]

Dans l'affaire *MIL*, la Cour canadienne de l'impôt a examiné la notion de série d'opérations dans le contexte de l'application de la RGAÉ à un cas perçu par l'ARC comme un abus des conventions fiscales *(treaty shopping*).

Le juge Bell a d'abord examiné les opérations qui, selon l'ARC, constituaient une série. Ces opérations étaient antérieures à la transaction pour laquelle la RGAÉ était invoquée. Présumant que l'ARC avait raison quant à l'existence d'une telle série d'opérations, il a examiné chacune de ces opérations pour finalement conclure qu'aucune d'elles ne constituait une opération d'évitement.

Le juge Bell examina ensuite la possibilité que la transaction en litige faisait partie de la même série que les opérations désignées par l'ARC. Il précisa ainsi :

> « [62] There must be a strong nexus between transactions in order for them to be included in a series of transactions. In broadening the word "contemplation" to be read in the sense of "because of" or "in relation to the series", the Supreme Court cannot have meant mere possibility, which would include an extreme degree of remoteness. Otherwise, legitimate tax planning would be jeopardized, thereby running afoul of that Court's clearly expressed goals of achieving "consistency, predictability and fairness"[88]. »

---

86 Version originale française des motifs rapportés en anglais (*id.*, 2384). La version française est présentée comme suit sur le site Web de la Cour canadienne de l'impôt : http://decision.tcc-cci.gc.ca/fr/2006/html/2006cci44.html.

87 2006 D.T.C. 3307 (C.C.I.) (ci-après « *MIL* »).

88 *Id.*, 3314.

Il est intéressant de noter que la Cour canadienne de l'impôt a commencé son analyse en affirmant que la Cour suprême avait élargi la portée de l'expression « *in contemplation of* ». Mais le juge Bell s'est empressé de qualifier les propos de la Cour suprême, sur la base de l'affirmation préalable de celle-ci que l'interprétation de la *Loi de l'impôt sur le revenu* devrait permettre d'assurer l'uniformité, la prévisibilité et l'équité. En vertu de cela et compte tenu de l'affirmation du juge Bell, nous sommes d'avis que les propos de la Cour suprême ont plutôt limité la portée de la définition de série d'opérations, comme nous l'avons soulevé précédemment[89].

La Cour canadienne de l'impôt a finalement procédé à une longue analyse de la preuve pour conclure qu'il n'existait qu'une simple possibilité de vente (c'est-à-dire la transaction en litige) lorsque la série d'opérations invoquée par l'ARC a été finalisée, ce qui n'était pas suffisant pour permettre l'application du paragraphe 248(10) L.I.R. et, donc, de conclure que la vente faisait partie de la même série d'opérations.

2.4. POSITION DE L'ARC

L'ARC a publié plusieurs documents dans lesquels elle commente l'application de la RGAÉ. Malheureusement, la notion de série d'opérations n'est souvent mentionnée que de façon périphérique. Par exemple, dans la *Circulaire d'information* 88-2[90], l'ARC commente l'abus possible résultant d'opérations dans une série d'exemples, sans préciser toutefois son point de vue relativement à la notion de série d'opérations. Il en est de même des commentaires de l'ARC à la suite de l'émission de l'arrêt de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *OSFC*, publiés dans les *Nouvelles techniques*[91]. Cependant, nous retrouvons quelques commentaires à cet égard, pour la période aussi bien antérieure que postérieure à l'adoption du paragraphe 248(10) L.I.R.

---

89 *Supra*, section 2.2.

90 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 88-2, « Disposition générale anti-évitement – Article 245 de la Loi de l'impôt sur le revenu », 21 octobre 1988, et *Supplément 1*, 13 juillet 1990.

91 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 22, 11 janvier 2002. Dans ce document, l'ARC reproduisait les commentaires de M. Roy Shultis, alors sous-commissaire adjoint de l'ARC, exprimés lors de la conférence annuelle de l'Association canadienne d'études fiscales, le 25 septembre 2001.

2.4.1. M. John R. Robertson

Lors de la conférence annuelle de l'Association canadienne d'études fiscales en 1981, M. John R. Robertson, alors directeur de la section des décisions anticipées, a présenté le point de vue de l'ARC relativement à l'application du paragraphe 55(2) L.I.R., à la suite de l'adoption d'importants amendements applicables après le 21 avril 1980[92]. Dans ce texte, antérieur à l'adoption du paragraphe 248(10) L.I.R., il explique ce qui suit relativement à la notion de série d'opérations ou d'événements :

> « To come within the meaning of this phrase, it would be necessary to have some connecting link between the transactions such as several successive steps to achieve a single objective. If there are a number of transactions or events that operate sequentially and have as a result the reduction of a capital gain, these transactions or events would constitute a series[93]. »

Sans s'y référer, l'ARC reprend certaines composantes de la théorie des transactions ordonnées qui était confirmée par la Chambre des Lords au cours de l'année[94] : le lien entre les transactions et l'atteinte d'un objectif précis. La référence aux opérations conclues de façon séquentielle peut également être comparée à la notion d'opérations préétablies, qui fait également partie de la théorie des transactions ordonnées.

Même si ce texte a été publié avant l'adoption du paragraphe 248(10) L.I.R., il a été cité à quelques reprises par les tribunaux qui devaient interpréter et appliquer cette disposition[95].

2.4.2. M. Michael Hiltz

En 1988, l'ARC a précisé sa position en ce qui a trait au nouveau paragraphe 248(10) L.I.R. adopté deux années auparavant. M. Michael Hiltz,

---

92 John R. ROBERTSON, « Capital Gains Strips: A Revenue Canada Perspective on the Provisions of Section 55 », dans *1981 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1982, pp. 81-109. Ce texte est mieux connu sous le vocable anglais de « Robertson's Rules ».

93 *Id.*, 105.

94 Tel qu'il a été mentionné précédemment, *supra*, section 1.1., la Chambre des lords a rendu en 1981 l'arrêt *Ramsay* mais également l'arrêt *Internal Revenue Commissioners* v. *Burmah Oil Ltd.*, (1981) 54 T.C. 200 (H.L.).

95 Voir les affaires *454538 Ontario*, *supra*, section 2.1.1., et *Placements Simard*, *supra*, section 2.1.4.

alors directeur de la section des réorganisations et des non-résidents, expliqua ce qui suit :

> « In the view of Revenue Canada, a preliminary transaction will form part of a series determined with reference to subsection 248(10) if, at the time the preliminary transaction is carried out, the taxpayer intends to implement the subsequent transactions constituting the series, and the subsequent transactions are eventually carried out. Thus the preliminary and subsequent transactions will be part of a series even though at the time of the completion of the preliminary transactions the taxpayer either had not determined all the important elements of the subsequent transactions–including, possibly, the identity of other taxpayers involved–or had lacked the ability to implement the subsequent transactions[96]. »

M. Hiltz illustre ensuite cette position en donnant l'exemple suivant :

> « Assume that a taxpayer owns an inventory that he wants to sell. If he sells the property directly, the proceeds of disposition will be included in computing his income. Before the taxpayer finds a purchaser for the property, he transfers the property to a newly incorporated company (Newco) in exchange for shares, and elects under subsection 85(1) at the cost amount of the inventory. Eventually, the taxpayer locates a purchaser and sells all the shares of Newco, reporting the proceeds a capital gain.
>
> The transfer of the property to Newco would be included, by virtue of subsection 248(10), as part of a series of transactions that included the sale of shares of Newco to the purchaser, even though the taxpayer did not know the identity of the purchaser at the time he transferred the property to Newco. All that is necessary for the transfer of the property to Newco and the sale of shares of Newco to be part of a series is that the taxpayer intends that the property be disposed of by selling shares and that he carries out that intention[97]. »

Dès 1988, l'ARC était donc d'avis que, dans le cadre d'opérations menant éventuellement à une vente, il n'était pas nécessaire que l'identité de l'acheteur éventuel soit connue pour que la vente fasse partie de la série d'opérations. C'est d'ailleurs la position que l'ARC a défendue avec succès dans l'affaire *Granite Bay*[98].

---

96 Michael HILTZ, « Section 245 of the Income Tax Act », dans *1988 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1989, pp. 7:1-9, à la page 7:6.

97 *Id.*

98 *Supra*, section 2.1.6.

Il est toutefois plus troublant de constater que l'ARC considérait à l'époque (et sans doute encore aujourd'hui) que la vente pourra toujours faire partie de la même série d'opérations même si, au moment où les opérations préalables ont été effectuées, le contribuable n'était pas en mesure de procéder à la vente en question. Ce qui supposerait donc que la seule intention ou le simple souhait de conclure éventuellement une autre transaction pourrait suffire, selon l'ARC, pour conclure que cette autre transaction fait partie de la même série d'opérations. Une telle position, avec le bénéfice des principes dégagés par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *OSFC* et par la Cour suprême dans l'affaire *Canada Trustco*, pourrait être revue en vertu du lien qui doit exister entre la série d'opérations et la vente subséquente. Dans la mesure où le contribuable n'avait pas les moyens nécessaires pour procéder à la vente subséquente lorsqu'il a accompli la série d'opérations, peut-on effectivement inférer qu'il existe un lien suffisant pour conclure que la vente subséquente fait partie de la même série d'opérations? À tout événement, les motifs rendus par la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *Meager Creek*[99] viennent tempérer la position de l'ARC à cet égard.

Il en est de même des motifs de la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *Granite Bay*[100], alors qu'une position semblable à celle de l'ARC n'a été acceptée que parce que, i) pendant toute la période écoulée entre la réorganisation et la vente, le contribuable avait conservé constamment l'intention de vendre les actions de la société opérante et ii) le laps de temps écoulé pendant cette même période était très court. À notre avis, les motifs du juge Bowie dans cette affaire démontrent que la position de l'ARC ne sera retenue que dans des circonstances exceptionnelles.

Nous remarquons toutefois que M. Hiltz présente les opérations de manière que le transfert de l'inventaire à Newco soit vu comme une transaction préliminaire à la vente de Newco à un tiers. En reprenant les principes dégagés par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *OSFC*, la vente de Newco à un tiers serait la série d'opérations au sens de la common law. Le transfert préalable de l'inventaire à Newco ferait partie de la série d'opérations en vertu du paragraphe 248(10) L.I.R. dans la mesure où il s'agit d'une opération liée, qui a été effectuée en vue de réaliser la vente de Newco à un tiers. Selon les faits présentés, la conclusion serait vraisemblablement la même.

---

99 *Supra*, section 2.1.5.

100 *Supra*, section 2.1.4.

2.4.3. M^me^ Carole Gouin-Toussaint

À l'occasion d'une Journée d'études fiscales organisée en 1991, M^me^ Carole Gouin-Toussaint, à l'époque directrice des services bilingues et de l'industrie d'exploitation des ressources de l'ARC, a réitéré la position exprimée par M. Michael Hiltz en 1988 :

> « Le paragraphe 248(10) de la Loi répute qu'une série d'opérations ou d'événements comprend les opérations et événements liés terminés en vue de réaliser la série. L'expression "série d'opérations" n'est cependant pas définie dans la Loi. A notre avis, une transaction préliminaire fera partie d'une série d'opérations tel que prévu au paragraphe 248(10) si, au moment où le contribuable procède à cette transaction préliminaire, il a l'intention d'aller de l'avant avec des transactions subséquentes constituant la série et les transactions subséquentes sont éventuellement réalisées. Ainsi, la transaction préliminaire et les transactions subséquentes feront partie de la même série même si, au moment de compléter la transaction préliminaire, le contribuable n'avait pas encore déterminé tous les éléments importants des transactions subséquentes incluant possiblement l'identité des autres contribuables impliqués, ou n'était pas en mesure de procéder avec des transactions subséquentes[101]. »

2.4.4. Institut des cadres fiscalistes

À la suite de l'émission de l'arrêt *OSFC* par la Cour d'appel fédérale en 2002, le comité de liaison de l'Institut des cadres fiscalistes a soumis à l'ARC une série de questions relativement à l'application de la RGAÉ. Après avoir cité la position de l'ARC exprimée par M. Hiltz en 1988[102], l'ARC précise ceci en ce qui a trait à la notion de série d'opérations :

> « It is our understanding that subsection 248(10) was introduced, in 1986, to make it clear that a series of transactions, for Canadian income tax purposes, is broader that the "common law" series–the transactions comprising the series need not be preordained. The decision in OSFC confirms that subsection 248(10) achieves this intended purpose[103]. »

---

101 Carole GOUIN-TOUSSAINT, « Le paragraphe 55(2) et la notion de "revenu gagné" », dans *Tax Find* (CD-ROM), Journée d'études fiscales (Montréal, le 23 août 1991), Toronto, Association canadienne d'études fiscales.

102 *Supra*, section 2.4.2.

103 *Tax Windows Files*, dans *Tax Works* (CD-ROM), Don Mills, Ont., CCH Canadian, document 2002-0173345, 3 décembre 2002.

La position de l'ARC à cet égard a été confirmée par la Cour suprême dans l'affaire *Canada Trustco*[104].

3. DISPOSITIONS VISÉES

La définition prévue au paragraphe 248(10) L.I.R. est applicable pour l'ensemble de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Cependant, la notion de série d'opérations n'est utilisée que dans certaines dispositions précises de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Nous passerons brièvement en revue quelques-unes de ces dispositions qui nous apparaissent les plus importantes.

3.1. RÈGLE GÉNÉRALE ANTIÉVITEMENT

De façon évidente, la notion de série d'opérations est au cœur de l'application de la RGAÉ. En effet, la mécanique du paragraphe 245(2) L.I.R. prévoit que toutes les opérations incluses dans une série d'opérations dont fait partie une opération d'évitement, telle qu'elle est définie au paragraphe 245(3) L.I.R., peuvent faire l'objet d'une nouvelle détermination des attributs fiscaux de manière à supprimer le ou les avantages fiscaux qui découleraient directement ou indirectement de cette série d'opérations.

Comme nous l'avons vu lors de l'analyse de l'affaire *OSFC*, la portée de la notion de série d'opérations devait être étirée pour permettre l'application de la RGAÉ aux contribuables qui n'étaient pas partie à la première série d'opérations et qui se sont ultérieurement portés acquéreurs d'unités dans la société de personnes, de manière à bénéficier des pertes rendues accessibles par la première série d'opérations en question.

3.2. PARAGRAPHE 15(2.6) L.I.R.

Aux termes du paragraphe 15(2) L.I.R., le montant des prêts consentis par une société à un actionnaire doit être inclus dans le revenu de ce dernier. Le paragraphe 15(2.6) L.I.R. prévoit une exception à cette règle, notamment lorsque l'actionnaire a remboursé les prêts dans un délai d'un an suivant la fin de l'année d'imposition où ils ont été consentis, dans la mesure où le remboursement ne fait pas partie d'une série de prêts, de remboursements ou d'autres opérations.

---

104 *Supra*, section 2.2.

3.3. PARAGRAPHE 55(2) L.I.R.

La notion de série d'opérations est très importante pour l'application du paragraphe 55(2) L.I.R., qui vise à faire obstacle au dépouillement de gain en capital. Comme nous l'avons vu précédemment, les tribunaux ont examiné à de nombreuses reprises cette notion dans un tel contexte, entre autres, dans les affaires *Canadian Utilities, Granite Bay*, *C.P.L. Holdings*, *Placements Simard* et *Meager Creek*. Sommairement, la notion est importante, car elle permet notamment d'établir si la déclaration d'un dividende fait partie d'une série d'opérations qui a inclus la vente des actions visées, ce qui pourrait entraîner ainsi l'application du paragraphe 55(2) L.I.R., si les autres conditions d'application de cette disposition sont par ailleurs présentes.

3.4. PARAGRAPHE 69(11) L.I.R.

Le paragraphe 69(1) L.I.R. prévoit une règle faisant en sorte que la disposition de biens pour une contrepartie inférieure à la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») entre personnes ayant un lien de dépendance est réputée, sauf dispositions contraires de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, être faite par l'acquéreur pour une contrepartie égale à la JVM des biens.

Le paragraphe 69(11) L.I.R. vient étendre cette règle à certaines dispositions de biens entre personnes sans lien de dépendance. Notamment, le paragraphe 69(11) L.I.R. visera les cas où le bénéficiaire du transfert profitera de déductions d'impôt ou d'autres avantages fiscaux pour réduire l'impact fiscal découlant de la disposition subséquente du bien, dans les trois années suivant la disposition initiale du bien.

3.5. PARAGRAPHE 83(2.1) L.I.R.

Le paragraphe 83(2) L.I.R. permet à un contribuable, lorsque certaines formalités sont respectées, de recevoir un dividende en capital qui ne doit pas être inclus dans son revenu. Le paragraphe 83(2.1) L.I.R. prévoit une exception à cette règle lorsque l'actionnaire bénéficiaire de ce dividende a acquis les actions (ou des actions qui lui sont substituées) par une opération ou dans le cadre d'une série d'opérations dont l'un des principaux objets consistait à recevoir ce dividende.

3.6. PARAGRAPHE 129(1.2) L.I.R.

Le paragraphe 129(1) L.I.R. permet à un contribuable, lorsque certaines conditions sont présentes, d'obtenir un remboursement de son impôt en main au titre de dividendes. Le paragraphe 129(1.2) L.I.R. prévoit une exception à

cette règle lorsque l'actionnaire bénéficiaire de ce dividende a acquis les actions (ou des actions qui lui sont substituées) par une opération ou dans le cadre d'une série d'opérations dont l'un des principaux objets consistait à obtenir un remboursement au titre de dividendes.

CONCLUSION

Comme l'a souligné le juge Bell dans l'affaire *MIL*, la Cour suprême a affirmé dans l'affaire *Canada Trustco* que la *Loi de l'impôt sur le revenu* doit être interprétée de manière à assurer l'uniformité, la prévisibilité et l'équité pour que les contribuables puissent arranger intelligemment leurs affaires[105].

La notion de série d'opérations, peu importe la portée de la définition retenue, repose d'abord et avant tout sur les faits. Dans la mesure où la portée de la notion aux fins du paragraphe 248(10) L.I.R. a effectivement été élargie, la Cour suprême a forcément étendu le cadre à l'intérieur duquel les faits devront être considérés et éventuellement retenus. Dans une telle hypothèse, la Cour suprême pourrait fort bien, avec égards, avoir contribué à compliquer l'interprétation uniforme, prévisible et équitable de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

À l'inverse, en précisant qu'une transaction visée, pour être incluse dans une série d'opérations en vertu du paragraphe 248(10) L.I.R., doit être finalisée « en raison de » ou « à cause de » la série d'opérations et non simplement parce que les parties à la transaction visée sont au courant de son existence et en ont tenu compte, la Cour suprême pourrait avoir au contraire circonscrit davantage le cadre d'application de la notion de série d'opérations. Les commentaires du juge Bell dans l'affaire *MIL* semblent appuyer une telle hypothèse[106]. Mais, dans tous les cas, même si la Cour suprême est appelée à se pencher de nouveau sur cette problématique, la question du lien éventuel entre la série d'opérations et la transaction visée demeurera centrale.

Quoi qu'il en soit, la Cour suprême a adopté les principes dégagés par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *OSFC*, relativement aux éléments qui doivent être présents pour conclure qu'une opération fait partie d'une série d'opérations : i) une série d'opérations préétablies, qui seront assurément

---

105 *Canada Trustco*, précité, note 2, 5526, par. 12.

106 *Supra*, section 2.3.2.

accomplies, ii) une opération liée à cette série d'opérations et iii) la réalisation de cette opération liée en vue de la série d'opérations préétablies. Si l'on se fonde sur la jurisprudence rendue relativement à la question, il est prévisible que l'analyse du troisième élément demeurera influencée par la présence d'un aspect purement fiscal à la série d'opérations et à la transaction, comme c'était le cas dans les affaires *OSFC* et *Mathew*.

LES DISPOSITIONS ANTIÉVITEMENT SPÉCIFIQUES

Isabelle Gagnon
CA
Raymond Chabot Grant Thornton
s.e.n.c.r.l.

Louis-Frédérick Côté
Associé, avocat, LL. M. (L.S.E.)
McMillan Binch Mendelsohn
s.e.n.c.r.l., s.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE A (ISABELLE GAGNON)

INTRODUCTION 29:3

1. PRÉSOMPTION DE GAIN EN CAPITAL ET PARAGRAPHE 55(2) L.I.R. 29:3

1.1. MISE EN CONTEXTE 29:3
1.2. POSITIONS ADMINISTRATIVES RÉCENTES 29:4
1.2.1. Départ d'un actionnaire minoritaire 29:4
1.2.2. Transfert d'immeubles et protection d'actifs 29:7

2. VENTE D'ACTIONS EN CAS DE LIEN DE DÉPENDANCE ET ARTICLE 84.1 L.I.R. 29:11

2.1. MISE EN CONTEXTE 29:11

2.2. POSITIONS ADMINISTRATIVES RÉCENTES 29:12
2.2.1. Transmission d'une entreprise familiale – Vente d'actions avec lien de dépendance 29:12
2.2.2. Sous-alinéa 84.1(2)a.1)(ii) L.I.R. et article 110.6 L.I.R. 29:16

3. MODIFICATIONS PROPOSÉES À L'ARTICLE 89 L.I.R. 29:18

3.1. OBJECTIF DES MODIFICATIONS PROPOSÉES 29:18
3.2. FONCTIONNEMENT DE LA RÈGLE ANTIÉVITEMENT 29:19

4. APERÇU DE LA JURISPRUDENCE RÉCENTE 29:19

4.1. L'AFFAIRE *BROUILLETTE* C. *LA REINE* 29:20
4.2. L'AFFAIRE *EVANS* C. *LA REINE* 29:20
4.3. L'AFFAIRE *DESMARAIS* C. *LA REINE* 29:21
4.4. OÙ LA JURISPRUDENCE NOUS CONDUIT-ELLE? 29:22

CONCLUSION 29:22

PARTIE B (LOUIS-FRÉDÉRICK CÔTÉ)

INTRODUCTION 29:24

1. LES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES 29:24

2. LA JURISPRUDENCE 29:26

3. *SHAM* 29:32

CONCLUSION 29:37

PARTIE A

Isabelle Gagnon, CA
Raymond Chabot Grant Thornton s.e.n.c.r.l.

INTRODUCTION

La planification fiscale est un champ d'activité qui relève parfois de la haute voltige pour les fiscalistes. En effet, il ne suffit pas de suivre les différentes dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[1] applicables à la situation, mais il faut, en plus, s'assurer que cette dernière n'est pas visée par une des nombreuses règles antiévitement.

La *Loi de l'impôt sur le revenu* s'est enrichie, au fil des ans, d'un très grand nombre de règles antiévitement spécifiques qui, jumelées à la règle générale antiévitement (ci-après « RGAÉ »), restreignent de plus en plus les possibilités de planification fiscale.

Deux dispositions avec lesquelles les fiscalistes doivent composer régulièrement, dans le cadre de transactions d'affaires, sont le paragraphe 55(2) et l'article 84.1 L.I.R. L'objet du présent texte n'est pas d'exposer les conditions d'application de ces dispositions. Plusieurs excellents textes publiés par l'Association de planification fiscale et financière (ci-après « APFF ») ont analysé avec beaucoup de pertinence les dispositions et leur contexte d'application. Le texte qui suit vise plutôt à résumer quelques-unes des dernières positions administratives publiées concernant ces deux dispositions, à la lumière également de la jurisprudence récente relative à l'application des diverses règles antiévitement.

Nous examinerons aussi l'une des plus récentes règles antiévitement proposées, soit celle ajoutée à l'article 89 L.I.R. visant les dividendes de sociétés canadiennes.

1. PRÉSOMPTION DE GAIN EN CAPITAL ET PARAGRAPHE 55(2) L.I.R.

1.1. MISE EN CONTEXTE

Le paragraphe 55(2) L.I.R. a été introduit pour la première fois dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* en 1980. L'objectif de ce paragraphe est d'éviter

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

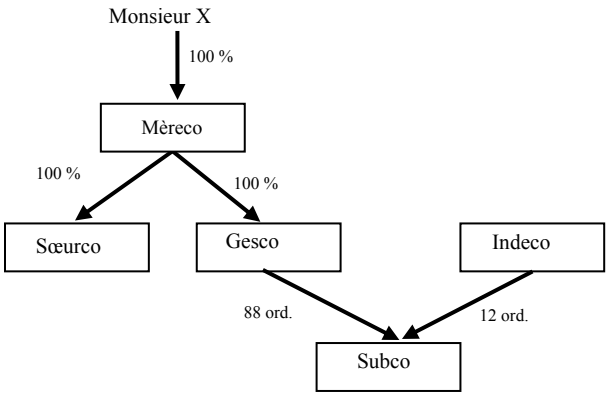
que, dans le cadre d'une transaction entre deux sociétés par actions, le gain en capital réalisé à la disposition des actions ne soit converti en dividende déductible, ce qui permettrait un report de l'impôt payable au moment de la transaction. Toutefois, quiconque a déjà eu à analyser l'article 55 L.I.R. dans son ensemble est à même de constater que cette description ne fait qu'effleurer la pointe de l'iceberg que constitue cet article. En effet, un ensemble de conditions d'application et d'exceptions en font un des articles les plus complexes de la *Loi de l'impôt sur le revenu.* À titre d'exemple, les règles applicables aux transactions papillon nécessitent une analyse élaborée qui déborde largement le sujet de ce texte.

Nous nous attarderons donc uniquement, dans le présent exposé, à l'application du paragraphe 55(2) L.I.R. dans le cadre de diverses transactions autres que les transactions papillon ou la consolidation de pertes dans un groupe de sociétés.

1.2. POSITIONS ADMINISTRATIVES RÉCENTES

1.2.1. Départ d'un actionnaire minoritaire

Dans une interprétation publiée le 18 juillet 2006[2], deux scénarios ont été présentés à l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC »). Le contexte est celui d'une société par actions, actionnaire minoritaire d'une autre société par actions qui souhaite se retirer de l'actionnariat. La structure organisationnelle initiale est la suivante :



[2] *Tax Window Files*, dans *Tax Works* (CD-ROM), Don Mills, Ont., CCH Canadian, interprétation technique 2005-0159781E5, 18 juillet 2006.

Les transactions proposées avaient deux objectifs, soit retirer Indeco de l'actionnariat de Subco et transférer Subco à Sœurco afin de protéger les actifs.

Les étapes proposées dans le premier scénario sont les suivantes :

Étape 1 : transfert par Gesco de la totalité des actions qu'elle détient dans Subco à Sœurco contre des actions privilégiées de Sœurco;

Étape 2 : transfert de Mèreco à Sœurco d'une partie des actions ordinaires de Gesco que Mèreco détient contre des actions privilégiées de Sœurco; la valeur des actions ordinaires transférées correspond à peu près à la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») des actions de Sœurco détenues par Gesco;

Étape 3 : rachats croisés des actions détenues par Gesco et Sœurco contre des billets à demande, le montant des deux billets étant à peu près équivalent; chacun des rachats produira un dividende présumé;

Étape 4 : rachat par Subco de la totalité des actions ordinaires de son capital-actions détenues par Indeco contre un paiement en argent.

Les trois premières étapes du deuxième scénario sont les mêmes que celles du premier. À l'étape 4, un dividende équivalant au revenu protégé est versé à Indeco. Les actions de Subco sont ensuite vendues à Sœurco pour un montant correspondant à la JVM.

Les deux premières questions posées à l'ARC visaient à déterminer si le rachat d'actions ou le dividende prévu à l'étape 4 ferait partie d'une série d'opérations qui inclurait également les trois premières étapes.

L'ARC ne s'est pas prononcée sur cette question.

Dans la troisième question, nous posons comme hypothèse que toutes les étapes font partie d'une même série. Dans ce contexte, il a été demandé à l'ARC si les dividendes présumés reçus par Gesco et Sœurco au moment des rachats croisés seraient visés par le paragraphe 55(2) L.I.R.

Sur cette question, l'ARC a jugé que le paragraphe 55(2) L.I.R. ne serait pas applicable aux dividendes présumés reçus par Gesco et Sœurco puisque aucun des faits énumérés à l'alinéa 55(3)a) L.I.R. ne se produirait dans le cadre de la série d'opérations. Il a été établi que la seule personne non liée

présente dans la structure, aux fins de l'application du paragraphe 55(2) L.I.R., serait Indeco.

L'intérêt de cette interprétation technique réside principalement dans le fait qu'elle nous rappelle à quel point le paragraphe 55(2) L.I.R. est complexe et crée de l'incertitude au moment de planifier une transaction, même lorsque cette transaction a un fondement commercial véritable.

Dans le cas à l'étude, l'analyse des règles d'exception à l'application du paragraphe 55(2) L.I.R. énoncées au paragraphe 55(3) L.I.R.[3] nous démontre qu'effectivement, aucun des faits énumérés ne se produit dans le cadre de la série lorsque l'on analyse les dividendes présumés reçus par Gesco et Sœurco.

Cette analyse pourrait être résumée de la façon suivante :

1) À aucun moment dans la série d'opérations ne survient une disposition de biens en faveur d'une personne non liée, puisque la disposition des actions de Subco à l'étape 4 est en faveur de Sœurco qui est liée à Gesco (et à elle-même si l'on examine le dividende reçu par Sœurco)[4];

2) il n'y a pas d'augmentation sensible de la participation dans une société par une personne non liée, car encore une fois, l'augmentation sensible de participation survient dans Subco et est en faveur de Sœurco qui est liée à Gesco (et à elle-même si l'on examine le dividende reçu par Sœurco)[5];

3) il n'y a pas de disposition de biens qui consiste en actions du payeur de dividende ou en biens dont la JVM provient d'actions du payeur de dividende puisque aucune action de Gesco ou de Sœurco n'a été cédée dans le cadre de la série, les seules actions ayant fait l'objet d'une disposition étant les actions de Subco (lorsque l'on examine le dividende

---

[3] Pour une analyse détaillée de l'exception prévue à l'alinéa 55(3)a) L.I.R., nous suggérons au lecteur de consulter le texte suivant : Jean-François THUOT, « Analyse de l'exception prévue à l'alinéa 55(3)a) L.I.R. », dans *Congrès 2005*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2006, pp. 4:1-38.

[4] Voir le sous-alinéa 55(3)a)(i) L.I.R.

[5] Voir le sous-alinéa 55(3)a)(ii) L.I.R.

présumé reçu par Gesco ou Sœurco, le payeur de dividende est Sœurco ou Gesco respectivement)[6];

4) une analyse similaire à celle de l'élément 3 doit être effectuée pour des actions ou des biens du bénéficiaire du dividende, la conclusion étant la même qu'à l'élément 3 ci-dessus[7];

5) il n'y a pas d'augmentation sensible par une personne non liée des participations dans le payeur de dividende[8].

Cet exemple illustre combien il est important de faire le test pour chacun des dividendes versés, puisque bien qu'un tiers non lié soit impliqué dans cette transaction et que le dividende versé ou présumé versé à Indeco soit visé par le paragraphe 55(2) L.I.R., les autres dividendes découlant de la série ne sont pas nécessairement tous visés par la règle antiévitement.

Par contre, l'auteur de cette demande a cru bon de se faire rassurer par l'ARC sur ce point, probablement parce qu'il subsistait un doute dans son esprit quant à la possibilité de verser un dividende déductible à Gesco et à Sœurco dans ce contexte particulier.

1.2.2. Transfert d'immeubles et protection d'actifs

L'objectif de la transaction envisagée et présentée à l'ARC dans le cadre d'une demande de décision anticipée[9] était de transférer deux immeubles appartenant à une société à une autre société. La structure organisationnelle telle qu'elle est présentée à l'ARC est la suivante :

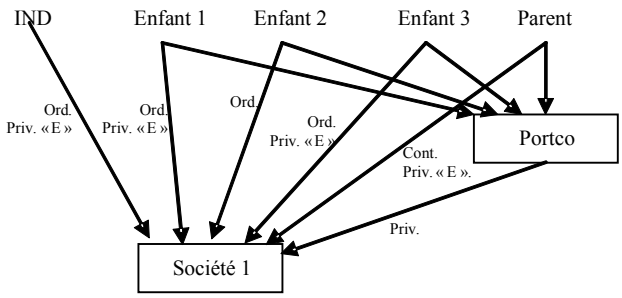
---

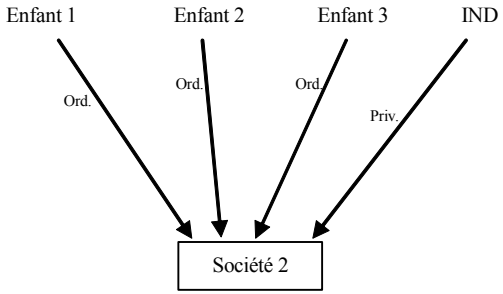
6 Voir le sous-alinéa 55(3)a)(iii) L.I.R.

7 Voir le sous-alinéa 55(3)a)(iv) L.I.R.

8 Voir le sous-alinéa 55(3)a)(v) L.I.R.

9 *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 2, décision anticipée 2005-0143191R3, 29 mars 2006.





Société 1 détient deux immeubles et Société 2 en détient un seul, qui est loué à Société 1. Société 2 gère également les salaires des administrateurs de Société 1 et reçoit des frais de gestion à cet égard.

Société 1 exploite une entreprise et désire que ses immeubles soient mis à l'abri de ses créanciers éventuels. Société 2 est une société de gestion immobilière dont l'entreprise est de détenir des immeubles et de les gérer, en plus d'effectuer des services de gestion.

Parent, Enfant 1, Enfant 3 et IND détiennent des actions privilégiées de catégorie « E » dans Société 1. Le revenu protégé attribuable à ces actions correspond à leur valeur de rachat.

En résumé, les transactions envisagées sont les suivantes :

Étape 1 : souscription par Société 1 à des actions privilégiées avec droit de vote de catégorie « A » de Société 2 afin que Société 1 détienne plus de 90 % des actions avec droit de vote de Société 2, ce qui lui

permettrait de bénéficier d'une exemption des droits sur les mutations immobilières[10];

Étape 2 : Société 1 dispose des immeubles en faveur de Société 2 en utilisant les dispositions de roulement prévues au paragraphe 85(1) L.I.R., la contrepartie étant payée par Société 2 par la prise en charge des dettes sur les immeubles ainsi que l'émission d'actions privilégiées de catégorie « B »;

Étape 3 : rachat par Société 2 des actions privilégiées de catégories « A » et « B » détenues par Société 1, payable par l'émission d'un billet à demande : le rachat produit un dividende présumé reçu par Société 1;

Étape 4 : Parent, Enfant 1 et Enfant 3 disposent d'actions privilégiées de catégorie « E » qu'ils détiennent dans Société 1 en faveur de Société 2; la valeur marchande des actions disposées correspond à peu près à la valeur du billet à demande reçu par Société 1 à l'étape 3, les dispositions de roulement prévues au paragraphe 85(1) L.I.R. sont utilisées et l'acquisition est payable par Société 2 par l'émission d'actions privilégiées de catégorie « E » de son capital-actions;

Étape 5 : rachat par Société 1 des actions privilégiées de catégorie « E » détenues par Société 2, payable par l'émission d'un billet à demande; le rachat produit un dividende présumé reçu par Société 2;

Étape 6 : compensation des billets émis aux étapes 3 et 5.

Les faits décrits dans la demande précisent que IND n'est pas lié avec l'un ou l'autre de Parent, Enfant 1, Enfant 2, Enfant 3, Société 1 ou Société 2. On y indique également que Parent, Enfant 1, Enfant 2 et Enfant 3 forment un groupe lié qui contrôle Société 1, et que Enfant 1, Enfant 2 et Enfant 3 forment un groupe lié qui contrôle Société 2. De plus, le groupe lié formé de Parent et Enfant 1 est en mesure de contrôler Société 1.

Pour l'application de l'article 55 L.I.R., Société 1 est liée à Parent, à Enfant 1, à Enfant 2 et à Enfant 3 en vertu des dispositions prévues à l'alinéa

---

[10] L'exemption est prévue dans la *Loi concernant les droits sur les mutations immobilières*, L.R.Q., c. D-15.1 (ci-après « L.D.M.I. »), art. 19.

251(2)b) L.I.R. Société 1 et Société 2 sont également liées entre elles pour l'application de l'article 55 L.I.R. Par contre, Société 2 et Enfant 1, Enfant 2 et Enfant 3 ne sont pas liés pour l'application de l'article 55 L.I.R. en raison du sous-alinéa 55(5)e)(i) L.I.R. En effet, pour l'application de l'article 55 L.I.R., frères et sœurs ne sont pas considérés comme des personnes liées.

Dans ce contexte, l'ARC a indiqué que, selon elle, les acquisitions d'actions de Société 1 par Société 2 et vice versa ne constitueront pas une acquisition de contrôle.

Pour ce qui est du dividende présumé reçu par Société 1, au moment du rachat prévu à l'étape 3, l'ARC indique que les opérations projetées ne seront pas considérées comme entraînant une disposition de bien ou une augmentation sensible de participation telles qu'elles sont décrites aux sous-alinéas 55(3)a)(i) à (v) L.I.R. Le paragraphe 55(2) L.I.R. ne s'appliquerait donc pas au dividende présumé reçu par Société 1 à cette étape.

Cela est dû au fait que Société 1, le bénéficiaire du dividende, est liée à Société 2, à Parent et à Enfant 1, Enfant 2 et Enfant 3.

Par contre, l'ARC mentionne que le dividende présumé reçu par Société 2 à l'étape 5 ne sera pas visé par les dispositions du paragraphe 55(2) L.I.R. dans la mesure où le dividende est égal ou inférieur au revenu protégé attribuable aux actions rachetées.

En effet, le rachat des actions privilégiées de Société 1 détenues par Société 2 entraîne une augmentation sensible[11] de la participation de Enfant 1, de Enfant 2 et de Enfant 3 dans Société 1, et puisque Société 2 n'est pas liée aux enfants aux fins du paragraphe 55(2) L.I.R., l'événement déclencheur prévu au sous-alinéa 55(3)a)(ii) survient et le dividende sera visé par le paragraphe 55(2) L.I.R. à moins qu'il ne soit égal ou inférieur au revenu protégé attribuable aux actions de catégorie « E ».

Notre premier commentaire est à l'égard de l'acquisition de contrôle. Dans le cas présenté, cette notion aurait de l'importance particulièrement en ce qui a trait à l'impôt provincial, puisque la *Loi sur les impôts*[12] contient une disposition antiévitement relative à la *Loi concernant les droits sur les mutations immobilières*. L'article 1129.29 L.I. prévoit un droit supplétif aux

---

[11] Bien que la décision anticipée ne soit pas aussi explicite à cet égard, il semble que cette conclusion puisse être dégagée de la réponse de l'ARC.

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

droits de mutation exonérés en vertu de l'article 19 L.D.M.I. dans le cas où le contrôle d'une société est acquis dans les 24 mois suivant un transfert d'immeuble à cette société et que l'on peut raisonnablement considérer que le transfert a été réalisé en prévision de l'acquisition de contrôle. Puisque l'ARC considère que la souscription en actions de Société 1 et de Société 2 ne constitue pas une acquisition de contrôle, pouvons-nous conclure que le rachat des actions par Société 1 et Société 2 ne constitue pas non plus une acquisition de contrôle? Nous le croyons, puisqu'il a été déterminé que chaque membre du groupe qui contrôle Société 1 est lié à chaque membre du groupe qui contrôle Société 2.

Toutefois, nous aurions une mise en garde à faire lors de la mise en place d'une telle planification puisque la *Loi concernant les droits sur les mutations immobilières* contient une disposition permettant à toute municipalité d'imposer un droit supplétif aux droits de mutation dans le cas où une exonération est disponible au moment du transfert. À notre connaissance, il est rare qu'une municipalité impose ces droits, mais il serait prudent de connaître les intentions de la municipalité concernée avant d'effectuer le transfert d'un immeuble.

Notre deuxième commentaire concerne l'application du paragraphe 55(2) L.I.R. au dividende présumé reçu par Société 2 à l'étape 5. Évidemment, selon les faits présentés, le revenu protégé attribuable aux actions de catégorie « E » était équivalent à leur valeur de rachat. L'application de la règle antiévitement dans ces circonstances précises n'aurait donc pas de conséquences fiscales négatives pour le contribuable. Par contre, cette situation ne prévaut pas dans la majorité des cas où nous sommes appelés à conseiller un client. Il ne sera donc pas évident d'utiliser cette technique de protection d'actifs dans une situation de partenariat d'affaires entre frères et sœurs.

2. VENTE D'ACTIONS EN CAS DE LIEN DE DÉPENDANCE ET ARTICLE 84.1 L.I.R.

2.1. MISE EN CONTEXTE

L'article 84.1 L.I.R. a été introduit dans sa forme actuelle en 1985, soit au même moment que l'exonération du gain en capital. Comme son titre l'indique, il vise à contrer les transactions d'évitement dans les cas de ventes d'actions entre personnes ayant un lien de dépendance. Plus précisément, il vise à s'assurer que les montants provenant d'une société et remis à un actionnaire qui est un individu seront imposés à titre de dividende et non remis libres d'impôt.

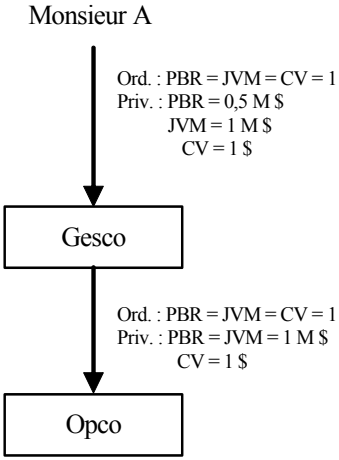
Puisque l'objet de ce texte est d'analyser les nouveautés relatives à l'article 84.1 L.I.R., nous n'irons pas plus loin dans l'exposé des modalités d'application de l'article, mais nous invitons le lecteur à consulter certains textes sur le sujet publiés par l'APFF[13].

2.2. POSITIONS ADMINISTRATIVES RÉCENTES

2.2.1. Transmission d'une entreprise familiale – Vente d'actions avec lien de dépendance

Bien qu'elle ne soit pas parmi les plus récentes, nous avons choisi d'analyser la demande d'interprétation technique 2005-0118601E5[14] puisqu'elle est, selon nous, d'une grande pertinence pour quiconque doit planifier des transactions de relève d'entreprise impliquant des enfants de l'actionnaire actuel.

La situation présentée est la suivante :



[13] Voir plus particulièrement le texte suivant : Denis LACROIX, « Mise à jour sur l'article 84.1 L.I.R. », dans *Congrès 2002*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2003, pp. 31:1-24.

[14] *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 2, interprétation technique 2005-0118601E5, 17 mars 2005.

M. A détient dans Gesco la totalité des actions ordinaires en circulation, dont la JVM, le prix de base rajusté (ci-après « PBR ») et le capital versé (ci-après « CV ») ont une valeur nominale.

M. A détient également la totalité des actions privilégiées de Gesco, ces actions ayant une JVM d'environ 1 M$, un PBR de 500 000 $ et un CV nominal. Le PBR de ces actions provient d'une cristallisation de l'exonération du gain en capital effectuée par M. A il y a quelques années.

M. A avait également procédé, quelques années auparavant, à l'acquisition d'actions détenues anciennement par son frère qui avait, lui aussi, procédé à une cristallisation de son exonération du gain en capital. Le prix d'acquisition de ces actions correspondait à leur JVM à ce moment, laquelle était nominale.

Gesco détient la totalité des actions ordinaires en circulation d'Opco, actions dont la JVM, le PBR et le CV ont une valeur nominale.

Gesco détient également la totalité des actions privilégiées en circulation d'Opco, ces actions ayant une JVM et un PBR de 1 M$ et un CV nominal.

Les enfants de M. A sont impliqués dans l'entreprise familiale depuis plusieurs années et souhaitent prendre la relève de leur père au sein de l'actionnariat. M. A, quant à lui, désire prendre sa retraite.

Les étapes proposées sont les suivantes :

Étape 1 : échange par M. A des actions privilégiées qu'il détient dans Gesco contre des actions privilégiées d'une autre catégorie et des actions ordinaires; les dispositions de roulement prévues au paragraphe 85(1) L.I.R. sont utilisées et les caractéristiques des actions reçues sont les suivantes :

Description	PBR	CV	JVM
Actions privilégiées	500 000 $	0 $	500 000 $
Actions ordinaires	0 $	0 $	500 000 $

Étape 2 : disposition par M. A des actions ordinaires qu'il détient dans Gesco en faveur de ses enfants pour un prix équivalant à la JVM, soit 500 000 $, payable par les enfants par l'émission d'un billet; la vente produirait un gain en capital de 500 000 $ pour M. A à l'égard duquel aucune exonération du gain en capital ne serait réclamée;

Étape 3 : disposition par les enfants de leurs actions ordinaires de Gesco en faveur de Nouco, une société dont ils sont les seuls actionnaires, en contrepartie de billets;

Étape 4 : rachat par Gesco de la totalité des actions privilégiées détenues par M. A contre un billet; le rachat produit un dividende présumé reçu par M. A de 500 000 $ et M. A subit également une perte en capital de 500 000 $ au moment du rachat;

Étape 5 : rachat par Opco des actions privilégiées détenues par Gesco, payable en argent, ce qui permet à Gesco de rembourser le billet en faveur de M. A;

Étape 6 : versement d'un dividende par Gesco sur les actions ordinaires détenues par Nouco, payable en argent, ce qui permet à Nouco de rembourser les billets en faveur des enfants;

Étape 7 : fusion éventuelle de Gesco et de Nouco.

Les questions posées à l'ARC concernent l'application possible de l'article 84.1 L.I.R. et du paragraphe 245(2) L.I.R. à la situation présentée ainsi qu'à deux variantes du scénario initial.

Après avoir énoncé toutes les réserves habituelles, l'ARC a tout d'abord indiqué que si la documentation légale permettait de conclure que M. A avait vendu ses actions de Gesco directement à Nouco, un dividende de 500 000 $ serait présumé versé à M. A par Nouco en vertu de l'alinéa 84.1(1)b) L.I.R.

Par contre, dans le contexte où M. A transfère réellement ses actions à ses enfants dans un premier temps, il semble que l'ARC serait disposée à accepter la transaction préalable à la vente des actions. Cette transaction a pour effet de cristalliser le PBR obtenu par l'exonération du gain en capital dans une catégorie distincte, permettant ainsi d'éviter l'application de l'article 84.1 L.I.R. aux actions vendues aux enfants de M. A.

La première variante proposée était la même transaction que celle présentée, mais sans l'échange d'actions décrit à l'étape 1. Dans ces circonstances, la position de l'ARC diffère et cette dernière est d'avis que l'article 84.1 L.I.R. s'appliquerait à l'étape 3 et un dividende serait présumé versé par Nouco et reçu par les enfants. Cela est dû au fait qu'une partie du PBR des actions de Gesco est attribuable à l'exonération du gain en capital réclamée par M. A au moment de la cristallisation.

Finalement, l'ARC s'est interrogée, sans offrir de réponse, sur la possibilité que les paragraphes 84(2) L.I.R. et 40(3.6) L.I.R. s'appliquent à la situation présentée. L'application du paragraphe 84(2) L.I.R. entraînerait un dividende présumé reçu par M. A sur les actions de Gesco, alors que l'application du paragraphe 40(3.6) L.I.R. aurait pour effet de réputer nulle la perte en capital subie par M. A à l'étape 4.

Il semble également que dans des circonstances semblables à celle présentée, l'ARC envisagerait l'application de la RGAÉ afin de déterminer à nouveau les conséquences fiscales de la série d'opérations et de recaractériser le montant reçu par M. A de ses enfants à titre de dividende.

À la première lecture, cette interprétation semble diverger de la position antérieure de l'ARC énoncée dans l'interprétation technique 2003-0035435 du 14 novembre 2003[15]. Cette dernière présentait une situation similaire où un père souhaitait vendre ses actions à ses fils, qui eux cédaient par la suite ces actions à leur société de gestion respective. Contrairement à l'interprétation de 2005[16], le père n'avait pas cristallisé l'exonération du gain en capital sur ces actions; elles avaient d'ailleurs un PBR nominal.

Dans sa réponse, l'ARC a indiqué qu'il était possible que l'on considère le père comme ayant transféré la propriété des actions directement aux sociétés de gestion de ses fils et que dans ces circonstances, l'alinéa 84.1(1)b) L.I.R. s'appliquerait afin de recaractériser le gain en capital en dividende. Des remarques semblables à celles formulées en 2005 relatives à l'application possible de la RGAÉ ont également été formulées en 2003, celles-ci étant toutefois beaucoup plus affirmatives quant à la qualification de ces transactions à titre d'opérations d'évitement.

En lisant attentivement les deux réponses, nous sommes d'avis qu'elles sont semblables, la deuxième étant par contre beaucoup plus nuancée que la première, ce qui n'est pas pour nous déplaire.

Évidemment, d'un point de vue de planification fiscale, l'idée de pouvoir scinder une catégorie d'actions privilégiées en deux et ainsi d'isoler le « mauvais PBR » dans une catégorie distincte est très attrayante. Cela

---

15 *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 2, interprétation technique 2003-0035435, 14 novembre 2003.

16 *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 2, interprétation technique 2005-0118601E5, 17 mars 2005.

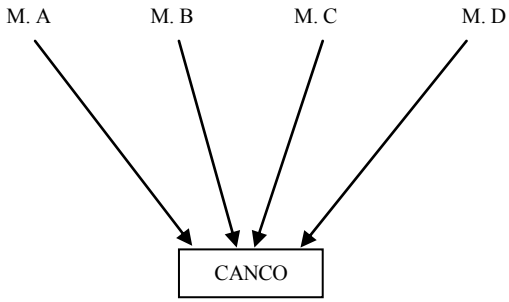
allégerait un peu le fardeau fiscal d'une famille dans le contexte de la transmission de l'entreprise à une génération subséquente.

Toutefois, la possibilité de l'application de la RGAÉ est sans équivoque dans la réponse de l'ARC. Il sera certainement intéressant de voir si des demandes de décisions anticipées ou des décisions éventuelles de tribunaux permettront de statuer de façon plus précise sur les cas où la RGAÉ sera applicable.

2.2.2. Sous-alinéa 84.1(2)a.1)(ii) L.I.R. et article 110.6 L.I.R.

La situation suivante analyse la possibilité pour un contribuable de désigner deux blocs distincts d'actions d'une même catégorie aux fins de l'application de l'article 84.1 L.I.R.[17]

La situation présentée est la suivante :



MM. A, B, C et D sont des personnes liées aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Dans le passé, M. A a acquis toutes les actions détenues par MM. B, C et D à leur JVM. M. B n'a pas réclamé l'exonération du gain en capital alors que M. C et M. D l'ont réclamée à l'encontre de la totalité du gain réalisé à la disposition des actions.

Par la suite, M. A a revendu une partie des actions à M. B et à un tiers non lié. M. A n'a pas réclamé l'exonération du gain en capital au moment de la disposition.

---

[17] Tirée de *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 2, interprétation technique 2005-0163621E5, 9 août 2006.

Plus tard, la JVM des actions de CANCO ayant diminuée, M. A a acheté de nouveau les actions de M. B à leur JVM et, de nouveau, M. B n'a pas réclamé l'exonération du gain en capital au moment de la disposition.

L'objectif de la transaction présentée est le transfert par M. A des actions de CANCO à une société de gestion qu'il détient. M. A souhaite profiter des dispositions de roulement prévues au paragraphe 85(1) L.I.R. et obtenir une contrepartie autre qu'en actions la plus élevée possible sans qu'un dividende soit présumé lui être versé en vertu de l'article 84.1 L.I.R.

La question à laquelle l'ARC a répondu est la suivante : est-il possible, même si le PBR d'actions identiques doit être alloué au prorata de chacune des actions, d'attribuer à chacun des blocs d'actions une proportion différente de l'exonération du gain en capital réclamée antérieurement sur les actions?

La réponse de l'ARC nous offre un rappel de la position administrative énoncée en 2000[18]. Selon cette position, il est possible pour un contribuable de désigner, aux fins de l'application de l'article 84.1 L.I.R., sur quelles actions il réclame l'exonération du gain en capital lorsqu'il détient des actions qui sont des biens identiques. Il semble que l'ARC soit disposée à l'accepter puisqu'il n'y a rien dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui prohibe cette désignation.

Toutefois, cette désignation doit être effectuée par écrit et incluse dans la déclaration de revenus dans laquelle l'exonération du gain en capital est demandée.

Dans le contexte présenté, puisque l'exonération a été réclamée non pas par M. A lui-même mais par une personne liée, il ne nous semble pas évident que l'ARC soit disposée à accepter la désignation par M. A dans sa propre déclaration de revenus, puisque l'ARC indique dans sa réponse qu'elle pourrait refuser cette désignation.

L'intérêt de cette interprétation technique réside dans le fait qu'elle nous offre une occasion de rappeler qu'il est certainement prudent de recommander à un client d'effectuer cette désignation au moment où il cède des actions et réclame l'exonération, surtout dans un contexte où les actions pourraient éventuellement être disposées en faveur de personnes liées.

---

[18] *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 2, interprétation technique 2000-0031395, 25 juillet 2000.

De même, il serait peut-être pertinent de demander à l'ARC si une désignation comme celle effectuée par M. A serait acceptable si elle était faite directement dans le contrat de transfert des actions à la société de gestion.

3. MODIFICATIONS PROPOSÉES À L'ARTICLE 89 L.I.R.

L'objectif de cette section est uniquement de démontrer la tendance du législateur dans sa recherche de protection de l'assiette fiscale. Les règles antiévitement spécifiques sont apparues dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* il y a plusieurs années et les modifications proposées nous indiquent qu'elles y sont pour y rester.

Les modifications à l'article 89 L.I.R. ont été annoncés par le ministre des Finances dans la foulée des nombreuses consultations et annonces diverses concernant l'imposition des dividendes et les fiducies de revenu. Les nouvelles règles sont complexes et ne sont pas encore adoptées au moment d'écrire ces lignes. L'objectif du présent texte n'est pas d'analyser ces mesures proposées, mais plutôt d'examiner la règle antiévitement spécifique qu'elles contiennent afin de voir si l'on peut y découvrir une ligne directrice ou un lien avec les autres règles antiévitement existantes dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Pour une analyse plus détaillée des mesures proposées, nous suggérons au lecteur de consulter le texte de M. Luc Lacombe[19].

3.1. OBJECTIF DES MODIFICATIONS PROPOSÉES

Le fonctionnement actuel de la *Loi de l'impôt sur le revenu* vise l'intégration des revenus entre une société par actions et ses actionnaires. Puisqu'il avait été porté à l'attention du ministre des Finances que l'assiette fiscale pouvait être réduite indûment par l'utilisation de plus en plus fréquente de fiducies de revenu comme véhicule juridique d'exploitation d'une entreprise, ce dernier a entrepris une vaste étude doublée de consultations multiples afin de déterminer si l'assiette fiscale était effectivement menacée, si une iniquité existait en raison des avantages fiscaux liés à l'utilisation des fiducies de revenu et, dans l'affirmative, comment on pouvait y remédier.

---

[19] Luc LACOMBE « Impact de la modification des taux d'impôt : imposition du dividende », dans *Congrès 2006*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2007, pp. 22:1-72.

La réponse est venue par le biais des modifications proposées au traitement des dividendes de sociétés canadiennes.

De façon sommaire, le ministre des Finances propose la création de deux comptes distincts à même lesquels les dividendes seront versés, le contenu de ces comptes étant en fonction du taux d'imposition applicable à la société. Lorsque la société sera assujettie au taux d'impôt élevé, l'actionnaire bénéficiera d'un taux d'imposition réduit sur le dividende reçu, et inversement.

Par exemple, dans le cas d'une société privée, le revenu qui est en sus du revenu admissible à la déduction accordée aux petites entreprises augmentera le solde du compte permettant de verser un dividende à taux réduit à l'actionnaire. Lorsque la société aura un tel compte, il lui sera possible, dans certaines circonstances, de choisir de verser un dividende à taux réduit. Le ministère des Finances a donc cru bon d'inclure une règle antiévitement aux modifications proposées afin de contrer les possibilités de planification liées à la désignation du dividende à taux réduit.

3.2. FONCTIONNEMENT DE LA RÈGLE ANTIÉVITEMENT

La règle antiévitement est présentée sous la forme d'un impôt supplémentaire prévu en cas de désignation excessive d'un dividende à taux réduit. Elle est comparable dans sa forme à l'impôt supplémentaire prévu lorsqu'un individu excède de plus de 2 000 $ les contributions déductibles maximales permises à son régime enregistré d'épargne-retraite.

Cet impôt sera plus sévère dans le cas où la désignation excessive est volontaire et résulte d'une planification par la société plutôt que d'une circonstance involontaire et hors du contrôle de la société.

Il semble que le ministre des Finances ait voulu prévoir des situations où une société pourrait gonfler de façon artificielle son compte de dividende à taux réduit, et punir la planification abusive par une pénalité prenant la forme d'un impôt spécial. Il ne s'agit donc pas, à cet égard, de recaractériser un dividende à taux réduit en dividende à taux général, mais bien d'imposer une pénalité monétaire dans le cas où l'on juge que la société (ou son actionnaire) a tenté de bénéficier d'avantages fiscaux indus.

4. APERÇU DE LA JURISPRUDENCE RÉCENTE

La présente section ne se veut pas une analyse exhaustive ou approfondie de la jurisprudence, mais plutôt un survol permettant de dégager

certaines tendances en ce qui concerne l'application des règles antiévitement. Plusieurs excellents textes fournissent par contre des analyses pertinentes et des commentaires utiles dans l'interprétation des différents jugements. Nous invitons le lecteur qui souhaiterait aller plus loin dans l'examen des affaires citées dans les sections qui suivent à les consulter.

4.1. L'AFFAIRE *BROUILLETTE* C. *LA REINE*[20]

Cette cause traite d'une vente d'actions entre des personnes sans lien de dépendance, le ministre ayant invoqué qu'un lien de fait unissait les deux parties à la transaction et que l'article 84.1 L.I.R. devait s'appliquer afin de recaractériser le produit de disposition en dividende.

La Cour a jugé qu'en présence d'intérêts économiques distincts pour chacune des deux parties, le lien de fait ne pouvait être invoqué pour appliquer l'article 84.1 L.I.R. à la transaction.

Le juge a également laissé entendre que dans de telles circonstances, la RGAÉ serait difficilement applicable puisqu'il s'agit d'une transaction commerciale véritable. Les acquéreurs souhaitaient faire une acquisition et le vendeur souhaitait se retirer progressivement.

4.2. L'AFFAIRE *EVANS* C. *LA REINE*[21]

Cette cause en est une d'encaissement de l'exonération du gain en capital et les règles antiévitement spécifiques n'ont pas été invoquées par l'ARC.

L'intérêt de cette cause est plutôt qu'elle a été la première rendue par la Cour canadienne de l'impôt à la suite des arrêts de la Cour suprême portant sur la RGAÉ[22] et que le juge y a appliqué les principes dégagés par la Cour suprême pour conclure que la RGAÉ ne s'appliquait pas aux transactions effectuées.

Ce qui a également retenu notre attention est que le juge a indiqué que les causes de dépouillement de surplus *RMM Canadian Enterprises inc. et*

---

[20] 2005 D.T.C. 493 (C.C.I.).

[21] 2005 D.T.C. 1762 (C.C.I.).

[22] *La Reine* c. *Hypothèques Trustco Canada*, 2005 D.T.C. 5547 (C.S.C.); *Mathew* c. *La Reine*, 2005 D.T.C. 5563 (C.S.C.).

autres c. *La Reine*[23] et *McNichol* c. *La Reine*[24], qui sont bien connues, auraient pu obtenir un jugement bien différent si ces décisions avaient été rendues après celles de la Cour suprême.

4.3. L'AFFAIRE *DESMARAIS* C. *LA REINE*[25]

Dans cette cause, le contribuable a utilisé les surplus disponibles dans une des sociétés dont il détenait des actions afin d'obtenir un remboursement de capital libre d'impôt provenant d'actions d'une autre société dans laquelle il avait investi.

L'analyse du juge s'est attardée à l'application de l'article 84.1 L.I.R. puisque dans le cadre de la planification, le contribuable a procédé au transfert, en faveur de sa société de gestion, d'un nombre d'actions suffisant pour lui permettre de maximiser le remboursement de capital tout en s'assurant que les deux sociétés ne seraient pas rattachées après le transfert, évitant ainsi l'application possible de l'article 84.1 L.I.R.

Pour appuyer son analyse, le juge a effectué un retour sur les dispositions antiévitement qui existaient dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* avant l'adoption de l'article 84.1 L.I.R., de même que sur les commentaires du ministre des Finances au moment de l'adoption et de la modification de l'article.

Cet examen semble indiquer que l'intention du législateur était d'empêcher le dépouillement de surplus d'une société par ses actionnaires sans que l'impôt attribuable à ces surplus n'ait été versé.

Dans ce contexte, le juge a considéré que le fait d'utiliser pour le rachat d'actions d'une société les fonds d'une autre société reçus à titre de dividendes constitue un contournement abusif de la règle de l'article 84.1 L.I.R. et que par conséquent, toutes les conditions d'application de la RGAÉ sont réunies. Selon lui, le contribuable a utilisé de façon abusive les exceptions prévues à l'article 84.1 L.I.R. de façon à obtenir un avantage fiscal qui n'aurait peut-être jamais été disponible autrement.

---

23 97 D.T.C. 302 (C.C.I.).

24 97 D.T.C. 111 (C.C.I.).

25 2006 D.T.C. 2376 (C.C.I.).

4.4. OÙ LA JURISPRUDENCE NOUS CONDUIT-ELLE?

Là où l'ARC semblait vouloir élargir l'application des règles antiévitement, il semble que les tribunaux élaborent des tests de plus en plus précis afin d'encadrer l'application de ces règles pour des transactions commerciales comportant un élément de planification fiscale légitime. Cela ne peut que réjouir l'ensemble de la communauté fiscale qui cherche à obtenir les avantages fiscaux auxquels les contribuables ont droit sans toutefois tomber dans l'abus des dispositions spécifiques de la *Loi de l'impôt sur le revenu.*

Il semble que nous serons en mesure d'évaluer de façon de plus en plus précise le risque lié à une transaction et d'en discuter avec les différents intervenants à la transaction afin que celle-ci soit réalisée de la meilleure façon possible pour toutes les parties impliquées.

Ainsi, il sera de plus en plus difficile pour l'ARC d'invoquer la RGAÉ dans un contexte de transaction commerciale véritable, là où les deux parties ont des intérêts clairement distincts.

Toutefois, il faudra également s'assurer que chacune de nos planifications ne contourne pas l'objectif et la politique fiscale qui sous-tendent une disposition de la *Loi de l'impôt sur le revenu* puisque les juges examineront de plus en plus les commentaires publiés au moment de l'adoption de la disposition afin d'évaluer si l'esprit de cette dernière a été contourné.

Bien que les décisions dans lesquelles un contribuable n'a pas eu gain de cause nous occasionnent parfois des maux de tête, nous sommes convaincus que plus les paramètres d'application des règles antiévitement seront précis, meilleurs seront nos conseils, et la planification de transactions pour lesquelles nos clients nous consultent si fréquemment ne pourra qu'en être améliorée.

CONCLUSION

Comme nous pouvons le constater, l'évolution des différentes règles antiévitement est constante et relativement rapide. En conséquence, une importante portion du travail d'un spécialiste en fiscalité consiste à suivre cette évolution et à s'assurer de planifier toutes les transactions auxquelles il prend part en fonction de ces règles.

Depuis l'adoption de la RGAÉ, plusieurs causes ont été entendues par les tribunaux et certaines nous donnent un éclairage nouveau sur l'interprétation à donner aux règles antiévitement. Les positions administratives de l'ARC seront-elles modifiées par la jurisprudence? Le travail du fiscaliste sera-t-il facilité par la présence de balises plus précises dans l'application de ces règles?

Il y a probablement deux réponses possibles à ces questions. Le resserrement des règles et la précision des critères d'application seront peut-être un frein à la créativité, ce qui, évidemment, serait au détriment des contribuables.

Toutefois, la possibilité de bénéficier de planifications fiscales avantageuses dans le cadre de transactions commerciales tout en limitant le risque lié à la planification nous apparaît comme un élément positif dont les contribuables pourront tirer profit.

PARTIE B

Louis-Frédérick Côté, associé, avocat, LL. M. (L.S.E.)
McMillan Binch Mendelsohn s.e.n.c.r.l., s.r.l.

INTRODUCTION

Aux fins du présent texte, nous étudierons la règle générale antiévitement (ci-après « RGAÉ ») en matière de taxe sur les produits et services (ci-après « TPS ») à titre de RGAÉ spécifique qui doit être prise en considération lors d'une planification fiscale.

1. LES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES

Dans le contexte de la Partie IX de la *Loi sur la taxe d'accise*[1], la RGAÉ est prévue à l'article 274 L.T.A. qui se lit comme suit :

> « **274**. **(1) Définitions** – Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.
>
> "**attribut fiscal**" S'agissant des attributs fiscaux d'une personne, taxe, taxe nette, crédit de taxe sur les intrants, remboursement ou autre montant payable par cette personne, ou montant qui lui est remboursable, en application de la présente partie, ainsi que tout autre montant à prendre en compte dans le calcul de la taxe, de la taxe nette, du crédit de taxe sur les intrants, du remboursement ou de l'autre montant payable par cette personne ou du montant qui lui est remboursable.
>
> "**avantage fiscal**" Réduction, évitement ou report de taxe ou d'un autre montant payable en application de la présente partie ou augmentation d'un remboursement visé par la présente partie.
>
> "**opération**" Y sont assimilés les conventions, les mécanismes et les événements.
>
> **(2) Disposition générale anti-évitement** – En cas d'opération d'évitement, les attributs fiscaux d'une personne doivent être déterminés de façon raisonnable dans les circonstances de sorte à supprimer un avantage fiscal qui, en l'absence du présent article, découlerait, directement ou indirectement, de cette opération ou d'une série d'opérations dont celle-ci fait partie.
>
> **(3) Opération d'évitement** – L'opération d'évitement s'entend :

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

a) soit de l'opération dont, en l'absence du présent article, découlerait, directement ou indirectement, un avantage fiscal, sauf s'il est raisonnable de considérer que l'opération est principalement effectuée pour des objets véritables – l'obtention d'un avantage fiscal n'étant pas considérée comme un objet véritable;

b) soit de l'opération qui fait partie d'une série d'opérations dont, en l'absence du présent article, découlerait, directement ou indirectement, un avantage fiscal, sauf s'il est raisonnable de considérer que l'opération est principalement effectuée pour des objets véritables – l'obtention d'un avantage fiscal n'étant pas considérée comme un objet véritable.

(4) **Champ d'application précisé** – Il est entendu que l'opération dont il est raisonnable de considérer qu'elle n'entraîne pas, directement ou indirectement, d'abus dans l'application des dispositions de la présente partie lue dans son ensemble – abstraction faite du présent article – n'est pas visée par le paragraphe (2).

(5) **Attributs fiscaux à déterminer** – Sans préjudice de la portée générale du paragraphe (2), en vue de déterminer les attributs fiscaux d'une personne de façon raisonnable dans les circonstances de sorte à supprimer l'avantage fiscal qui, en l'absence du présent article, découlerait, directement ou indirectement, d'une opération d'évitement :

a) tout crédit de taxe sur les intrants et toute déduction dans le calcul de la taxe ou de la taxe nette payable peut être en totalité ou en partie admise ou refusée;

b) tout ou partie de ce crédit ou de cette déduction peut être attribuée à une personne;

c) la nature d'un paiement ou d'un autre montant peut être qualifiée autrement;

d) les effets fiscaux qui découleraient par ailleurs de l'application des autres dispositions de la présente partie peuvent ne pas être pris en compte.

(6) **Demande en vue de déterminer les attributs fiscaux** – Dans les 180 jours suivant la mise à la poste d'un avis de cotisation, de nouvelle cotisation ou cotisation supplémentaire qui tient compte du paragraphe (2) en ce qui concerne une opération, toute personne (à l'exclusion du destinataire d'un tel avis) a le droit de demander par écrit au ministre d'établir à son égard un cotisation, une nouvelle cotisation ou une cotisation supplémentaire en application du paragraphe (2) en ce qui concerne l'opération.

(7) **Exception** – Nonobstant les autres dispositions de la présente partie, les attributs fiscaux d'une personne, par suite de l'application du présent article, ne peuvent être déterminés que par avis de cotisation, de nouvelle cotisation ou de cotisation supplémentaire, en tenant compte du présent article.

> (8) **Obligation du ministre** – Sur réception d'une demande présentée par une personne conformément au paragraphe (6), le ministre doit, dès que possible, après avoir examiné la demande et par dérogation aux paragraphes 298(1) et (2), établir une cotisation, une nouvelle cotisation ou une cotisation supplémentaire, en se fondant sur la demande. Toutefois, une cotisation, une nouvelle cotisation ou une cotisation supplémentaire ne peut être établie en application du présent paragraphe que s'il est raisonnable de considérer qu'elle concerne l'opération visée au paragraphe (6). »

Les articles 478 à 485 de la *Loi sur la taxe de vente du Québec*[2] prévoient essentiellement la même chose. En outre, l'article 274 L.T.A. est presque identique à l'article 245 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[3] qui est l'article qui prévoit la RGAÉ dans le contexte de l'impôt fédéral. D'ailleurs, le juge Archambault de la Cour canadienne de l'impôt, dans le jugement *Ventes d'autos Giordano inc.* c. *La Reine*[4], a écrit ceci :

> « [49] […] La RGAÉ de l'article 274 est semblable à celle figurant à l'article 245 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ("Loi de l'impôt"). Une analyse historique des modifications apportées à la Loi de l'impôt révèle que la RGAÉ a été adoptée après que le ministre, à de nombreuses reprises, n'eut pas été en mesure d'empêcher des contribuables de profiter d'avantages fiscaux indus. Ces contribuables respectaient toutes les dispositions pertinentes de la Loi de l'impôt, et aucune règle particulière ne les empêchait de profiter de ces avantages indus[5]. »

2. LA JURISPRUDENCE

Dans le contexte de l'article 245 L.I.R., la jurisprudence s'est récemment enrichie et est de plus en plus abondante. À cet égard, nous vous référons au récent texte de M[e] Denis Lacroix[6] sur la jurisprudence récente relativement à la RGAÉ.

---

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

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

4 [2001] G.S.T.C. 37 (ci-après « *Ventes d'autos Giordano* »).

5 *Id*., par. 49.

6 Denis LACROIX, « Revue de la jurisprudence récente sur la règle générale antiévitement », dans *Congrès 2006*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2007, pp. 27:1-24.

Dans le contexte de l'article 274 L.T.A., la jurisprudence est pauvre. Dans l'affaire *Michelin North America (Canada) Inc.* c. *Canada*[7], la Cour fédérale a analysé l'article 274 L.T.A. dans le contexte suivant :

> « [35] En l'espèce, je suis convaincu que l'opération que Michelin et Uniroyal ont effectuée le 28 décembre 1990 constitue une vente en vertu de l'article 68.2 de la Loi. Néanmoins, il est évident que cette opération, qui a été suivie quelques jours plus tard par une autre opération dans laquelle les marchandises qui ont été vendues le 28 décembre 1990 ont été revendues à Michelin le 2 janvier 1991, démontre que l'objectif que Michelin visait en effectuant les deux opérations consistait à obtenir le remboursement complet de 13,5 % de la TVF payée, bien qu'en vertu du *Règlement sur le remboursement de la taxe de vente fédérale à l'inventaire* [DORS/91-52], elle n'aurait eu droit qu'à un remboursement de 8,1 % de la TVF payée[8]. »

Voici comment la Cour fédérale a analysé, en l'an 2000 (soit avant la jurisprudence relativement à l'article 245 L.I.R. dont il est question dans le texte de M[e] Denis Lacroix), l'article 274 L.T.A. :

> « [21] N'eût été l'article 274, l'opération de décembre 1990 aurait permis à l'appelante de recevoir un remboursement complet de la TVF, payable au taux de 13,5 %, par opposition au taux prévu de 8,1% qui s'applique à d'autres contribuables dans des circonstances similaires. Cet avantage fiscal aurait procuré à l'appelante la jolie somme de 800 521,20 $.
>
> [22] Comme le propose l'intimée, cette somme constitue un avantage fiscal au sens de l'article 274.
>
> [23] Il incombe à l'appelante d'établir l'existence d'une explication objectivement raisonnable selon laquelle l'objectif principal des opérations était autre que l'obtention de l'avantage fiscal. […]
>
> […]
>
> [24] Les circonstances dans lesquelles les opérations ont été faites n'établissent pas l'existence d'un objectif véritable autre que l'obtention d'un avantage fiscal, et l'appelante n'a produit aucune preuve qui contredit cette conclusion.
>
> [25] En fait, l'appelante a concédé que la série a été conclue d'opérations impliquant Uniroyal en vue d'obtenir un remboursement de la TVF au taux de 13,5 % au lieu de 8,1 %.

---

7 [2000] G.S.T.C. 17 (C.F. 1[re] inst.) (ci-après « *Michelin North America (Canada)* »).

8 *Id*., par. 35.

> […]
>
> [26] Je suis également d'accord avec l'avocat de l'intimée que l'opération ne vise pas d'autre objectif commercial, et que son véritable objectif consiste à éviter des conséquences fiscales habituelles. À mon avis, cela constitue une application abusive de la LTA dans son ensemble : […].
>
> [27] À mon sens, l'appelante a omis d'établir que l'opération du 28 décembre 1990 ne constituait pas une opération d'évitement à laquelle l'article 274 de la LTA doit s'appliquer[9]. »

La Cour fédérale est arrivée à la conclusion que l'article 274 L.T.A. s'appliquait aux opérations effectuées par Michelin Tires (Canada) Ltd. L'analyse du tribunal est très courte et tourne, essentiellement, autour du fait que le seul objectif des opérations consistait à éviter les conséquences fiscales habituelles et que cela constitue une application abusive de la *Loi sur la taxe d'accise* dans son ensemble.

Dans un autre contexte, la Cour canadienne de l'impôt, à deux reprises, a eu à analyser l'application de l'article 274 L.T.A. Il s'agit des affaires *Ventes d'autos Giordano* et *9000-6560 Québec inc.* c. *La Reine*[10]. Dans ces deux causes, la situation factuelle était semblable :

- un concessionnaire d'automobiles vendait des véhicules à des personnes ayant le statut d'Indien au Canada;
- le concessionnaire ne percevait pas la TPS lors de la vente des véhicules aux Indiens;
- les Indiens transféraient les véhicules à des sociétés par actions (ci-après « vendeurs secondaires »);
- les vendeurs secondaires vendaient les véhicules à d'autres sociétés par actions qui exportaient les véhicules (ci-après « exportateurs »); et
- les vendeurs secondaires percevaient la TPS des exportateurs et ne remettaient pas la TPS aux autorités gouvernementales.

---

9 *Id*., par. 21 à 27.

10 [2001] G.S.T.C. 16 (ci-après « *9000-6560 Québec* »).

Dans l'affaire *9000-6560 Québec*, l'avis de cotisation selon l'article 274 L.T.A. avait été émis à l'encontre d'un concessionnaire alors que dans l'affaire *Ventes d'autos Giordano*, l'avis de cotisation en vertu de l'article 274 L.T.A. avait été émis à l'encontre de l'exportateur.

Dans les deux cas, en 2001, la Cour canadienne de l'impôt a annulé les avis de cotisation.

Voici comment la Cour s'est prononcée dans l'affaire *9000-6560 Québec* :

> « [75] À mon avis, l'article 274 de la Loi n'est d'aucune aide à la cause de l'intimée. Tout d'abord, il faut constater que l'intimée reproche essentiellement à Chrysler St-Jovite de ne pas avoir perçu la TPS lorsqu'elle a vendu ses véhicules aux autochtones. Si l'intimée avait réussi à établir que dans les faits Chrysler St-Jovite n'avait pas véritablement vendu ses véhicules aux autochtones mais les avaient vendus aux prétendus mandants des autochtones, c'est le paragraphe 221(1) de la Loi que se serait appliqué. En effet, Chrysler St-Jovite aurait été tenue de percevoir la TPS puisque les mandants non-autochtones n'auraient pas pu bénéficier de l'exonération fiscale prévue à l'article 87 de la *Loi sur les Indiens*. Il n'aurait pas été nécessaire d'avoir recours à l'article 274 de la Loi.
>
> [76] Il faut aussi souligner que cet article ne s'applique qu'à l'égard d'un avantage fiscal que pourrait obtenir un contribuable "*en l'absence du présent article* [274]". Or, si Chrysler St-Jovite avait vendu à des non-autochtones, comme le prétend à tort l'intimée, elle aurait été tenue de percevoir en vertu du paragraphe 221(1) de la Loi la TPS (sic) et d'inclure ce montant perçu dans le calcul de sa taxe nette en vertu de l'article 225 de la loi. Chrysler St-Jovite n'aurait pas pu bénéficier de quelque avantage fiscal que ce soit.
>
> [77] Ayant conclu que l'intimée avait échoué dans sa tâche de démontrer que Chrysler St-Jovite avait vendu des véhicules à des non-autochtones et ayant accepté la preuve de Chrysler St-Jovite qu'elle avait véritablement vendu à des autochtones et que ces derniers bénéficiaient de l'exonération prévue à l'article 87 de la *Loi sur les Indiens*, il s'ensuit que Chrysler St-Jovite s'est tout simplement conformée aux dispositions du paragraphe 221(1) de la Loi qui l'oblige à ne percevoir que la taxe "payable" par l'acquéreur et, ici, les autochtones n'avaient aucune taxe à payer. Chrysler St-Jovite n'avait donc aucune taxe à percevoir, tel que je l'ai conclu plus haut.
>
> [78] Ayant déterminé que l'intimée a échoué non seulement dans sa tâche de démontrer que Chrysler St-Jovite avait vendu ses véhicules à des non-autochtones, mais aussi dans sa tâche de démontrer que cette société faisait partie du réseau de contrebande, il est facile de conclure qu'aucune des trois conditions nécessaires à l'application de l'article 274 de la Loi n'a été remplie. D'abord, les ventes effectuées par Chrysler St-Jovite l'ont été principalement pour des objets véritables, soit des objets commerciaux réalisés dans le cadre

> normal de l'exploitation de son entreprise. Ensuite, elle n'a bénéficié d'aucun avantage fiscal, tel que ce terme est défini à l'article 274 de la Loi. Par conséquent, il n'y a pas d'abus dans l'application des dispositions de la partie IX de la Loi, lue dans son ensemble. Au contraire, appliquer l'article 274 de la Loi aux faits de cet appel constituerait un abus et une violation de cet article[11]. »

Essentiellement, la Cour canadienne de l'impôt a refusé d'appliquer l'article 274 L.T.A. et est arrivée à la conclusion que si la preuve avait démontré que le concessionnaire avait vendu des véhicules à des non-autochtones, l'avis de cotisation aurait dû être justifié en vertu du paragraphe 221(1) L.T.A. qui prévoit qu'un fournisseur (le concessionnaire) doit percevoir la taxe de l'acquéreur (le non-autochtone). En l'espèce, la preuve n'avait pas révélé que le concessionnaire avait vendu des véhicules à des non-autochtones.

Dans le contexte de l'affaire *Ventes d'autos Giordano*, la Cour s'est prononcée comme suit :

> « [49] À mon avis, pour les besoins du présent appel, les mots clés de l'article 274 sont ceux que j'ai soulignés ci-dessus. Pour que le paragraphe 274(2) puisse s'appliquer, il doit y avoir un avantage fiscal qui, en l'absence de cet article, découlerait, directement ou indirectement, d'une opération ou d'une série d'opérations dont celle-ci fait partie. Dans la définition d'une "opération d'évitement" figurant au paragraphe 274(3) de la *Loi*, nous trouvons les mêmes mots clés : une "opération d'évitement" signifie une opération dont, "en l'absence du présent article", découlerait, directement ou indirectement, un avantage fiscal. À mon avis, il est évident que la RGAÉ constitue une disposition de dernier recours et qu'elle ne s'applique que lorsque toutes les autres dispositions de la Loi n'ont pu empêcher une personne de bénéficier d'un avantage fiscal en vertu de la partie IX de la Loi qui constituait un abus. La RGAÉ de l'article 274 est semblable à celle figurant à l'article 245 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ("Loi de l'impôt"). Une analyse historique des modifications apportées à la Loi de l'Impôt révèle que la RGAÉ a été adoptée après que le ministre, à de nombreuses reprises, n'eut pas été en mesure d'empêcher des contribuables de profiter d'avantages fiscaux indus. Ces contribuables respectaient toutes les dispositions pertinentes de la Loi de l'impôt, et aucune règle particulière ne les empêchait de profiter de ces avantages indus.
>
> [50] En l'espèce, il existe une disposition qui pouvait être appliquée par le ministre afin d'empêcher GAS de profiter de l'avantage fiscal prétendu, et elle figure à la section II de la partie IX de la *Loi*. Cette disposition est le paragraphe 165(1), la disposition imposant une responsabilité, lequel est ainsi rédigé :

---

[11] *Id*., par. 75 à 78.

> 165. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente partie, l'acquéreur d'une fourniture taxable effectuée au Canada est tenu de payer à Sa Majesté du chef du Canada une taxe calculée au taux de 7 % sur la valeur de la contrepartie de la fourniture.

[51] Le pouvoir du ministre d'établir une cotisation en vertu du paragraphe 165(1) est conféré par l'alinéa 296(1)*b*) de la *Loi*, qui est ainsi rédigé :

> 296. (1) Le ministre peut établir une cotisation, une nouvelle cotisation ou une cotisation supplémentaire pour déterminer :
>
> […]
>
> *b*) la taxe payable par une personne en application de la section II ou IV;
>
> […]

[52] En outre, en vertu de l'alinéa 298(1)*c*) de la *Loi*, le ministre a le pouvoir d'établir une telle cotisation d'un impôt payable en vertu de la section II au cours d'une période de quatre années après que l'impôt est devenu payable. Par conséquent, si le ministre croyait que GAS avait acheté les 19 véhicules de concessionnaires d'automobiles par un mandat donné à des Autochtones et qu'elle devait payer la TPS sur le prix payé par les Autochtones aux concessionnaires d'automobiles, il aurait dû établir une cotisation à l'égard de GAS en vertu de l'article 165 de la *Loi*. Dans leurs arguments, les avocats de l'intimée n'ont mentionné aucun obstacle légal empêchant cette dernière d'avoir recours à l'article 165 de la *Loi* en l'espèce et, personnellement, je n'en connais aucun. Il n'est absolument pas nécessaire de se fonder sur l'article 274 de la *Loi* pour percevoir la TPS dans les circonstances de l'espèce. Si le ministre avait établi une cotisation à l'égard de GAS en vertu de l'article 165, il aurait perçu plus de taxes qu'il n'en a obtenu en refusant les CTI demandés par GAS lors de son achat des 19 véhicules de CAM. Il s'agit d'une raison de plus pour appliquer la disposition pertinente de la *Loi*. Non seulement il ne serait pas approprié d'appliquer l'article 274 aux faits en l'espèce, mais il s'agirait à mon avis d'un exercice abusif de la disposition elle-même ou d'un recours abusif à celle-ci[12]. »

Essentiellement, la Cour souligne que l'article 274 L.T.A. constitue une disposition de dernier recours et que cet article ne s'applique que lorsque toutes les autres dispositions de la *Loi sur la taxe d'accise* n'ont pu empêcher une personne de bénéficier d'un avantage fiscal. Or, en l'espèce, la Cour arrive à la conclusion que si l'exportateur (Ventes d'autos Giordano inc.) avait réellement acheté les véhicules des concessionnaires et non des

---

12 *Ventes d'autos Giordano*, précité, note 4, par. 49 à 52.

vendeurs secondaires, l'avis de cotisation aurait pu être justifié selon le paragraphe 165(1) L.T.A. qui prévoit qu'un acquéreur doit payer la taxe.

Comme on peut le voir, la jurisprudence en ce qui a trait à l'article 274 L.T.A., qui date des années 2000 à 2001, est pauvre quant au contenu (la Cour fédérale a écrit peu de choses dans le jugement *Michelin North America (Canada)*) et dans le cas des affaires *9000-6560 Québec* et *Ventes d'autos Giordano*, la Cour a refusé d'appliquer l'article 274 L.T.A. parce que la preuve ne démontrait pas que le concessionnaire avait vendu des véhicules à des non-autochtones ni n'avait révélé que l'exportateur avait acheté des véhicules des concessionnaires. Dans le cas où la preuve aurait révélé que le concessionnaire avait vendu des véhicules à des non-autochtones et que l'exportateur avait réellement acheté les véhicules des concessionnaires, la Cour a déterminé que les paragraphes 221(1) et 165(1) L.T.A. auraient pu justifier les avis de cotisation.

3. *SHAM*

Nous venons d'analyser la jurisprudence dans le contexte de l'article 274 L.T.A. Or, il est intéressant de noter que les tribunaux ont également analysé des situations factuelles semblables à celles constatées dans les affaires *Ventes d'autos Giordano* et *9000-6560 Québec*, le tout sur la base d'un tout autre concept : celui de « *sham* ». À cet égard, l'affaire la plus importante est *Les Voitures Orly inc*. c. *La Reine*[13].

Essentiellement, les faits mis en preuve devant la Cour canadienne de l'impôt dans cette affaire ont démontré que Les Voitures Orly inc. (ci-après « Orly ») achetait des véhicules au Canada et exportait lesdits véhicules à l'extérieur du Canada. Les ventes desdits véhicules par Orly dans un marché à l'extérieur du Canada étaient en compétition avec des ventes des mêmes véhicules par des concessionnaires dans ces marchés. Considérant cette compétition, les manufacturiers des véhicules ont mis Orly sur une « liste noire » et Orly ne pouvait plus acheter de véhicules des manufacturiers ou de concessionnaires au Canada.

Orly a donc imaginé un stratagème qui fonctionnait, généralement, comme suit :

---

[13] [2005] C.A.F. 425 (ci-après « *Voitures Orly* »).

1) Orly utilisait une personne ayant le statut d'Indien au Canada dans le but d'acheter des véhicules de concessionnaires au Canada. Ces achats étaient sans TPS étant donné le statut d'Indien des acheteurs;

2) Orly créait une fausse facture en vertu de laquelle Orly achetait le véhicule d'un vendeur secondaire et apparemment payait la TPS à ce vendeur secondaire;

3) Orly émettait un chèque pour le montant de la fausse facture;

4) le chèque était encaissé par un accommodateur qui obtenait un mandat bancaire pour le montant du prix d'achat par la personne ayant le statut d'Indien;

5) la différence entre le montant de l'achat réel (achat du concessionnaire) et le montant de la fausse facture, c'est-à-dire le montant de TPS, revenait à Orly en argent comptant après que l'accommodateur eut encaissé une commission en argent comptant;

6) la personne ayant le statut d'Indien remettait le mandat bancaire au concessionnaire pour compléter la transaction et Orly prenait livraison du véhicule;

7) Orly vendait les véhicules à l'extérieur du Canada, Orly ne percevait donc aucune TPS;

8) Orly demandait, à titre de crédit de taxe sur intrants (ci-après « CTI »), la TPS prétendument payée ou payable sur les fausses factures; et

9) le résultat net est qu'Orly réclamait, à titre de CTI, la TPS qu'Orly n'avait jamais réellement payée ou qui n'était pas réellement payable.

Tel qu'il appert de ce qui précède, les faits dans l'affaire *Voitures Orly* étaient semblables à ceux dans les affaires *9000-6560 Québec* et *Ventes d'autos Giordano*.

Le juge de la Cour canadienne de l'impôt est arrivé à la conclusion que les transactions réelles avaient été effectuées entre les concessionnaires et Orly, le tout sans TPS. Le tribunal est également arrivé à la conclusion que le reste de la documentation n'était que du *window dressing*. La Cour a donc clairement conclu que le stratagème consistait à réclamer des CTI relativement à de la TPS qu'Orly n'avait pas payée ni n'avait l'intention de payer.

La Cour d'appel fédérale a révisé l'ensemble du jugement de la Cour canadienne de l'impôt et est arrivée aux conclusions qui suivent :

1) le juge de la Cour canadienne de l'impôt a bien analysé la preuve et a correctement conclu qu'Orly n'avait pas acheté les véhicules des vendeurs secondaires et qu'Orly n'avait pas payé la TPS; et

2) le juge de la Cour canadienne de l'impôt était mieux placé qu'elle pour déterminer si les témoins d'Orly étaient crédibles et la Cour a refusé de réviser la conclusion de fait du juge de la Cour canadienne de l'impôt selon laquelle les témoins n'étaient pas crédibles.

Finalement, en ce qui concerne la question de fond, à savoir si Orly pouvait réclamer, à titre de CTI, la TPS payée ou payable par Orly, la Cour a écrit :

> « En outre, nous convenons avec le juge en chef adjoint que, lorsque l'opération qui fonde la demande de CTI est fictive et que les sommes censément payées au titre de la TPS ne l'ont jamais été ou ont été réacheminées au réclamant, celui-ci ne peut fonder une réclamation sur le fait que la taxe est devenue payable. Le juge en chef adjoint a conclu, au vu de la preuve, que l'appelante participait à de telles opérations fictives. La Loi et le Règlement ont été conçus pour les opérations de bonne foi entre commerçants de bonne foi. Ils n'ont jamais visé à permettre aux participants à un stratagème impliquant des opérations fictives de tirer doublement partie de ces opérations fictives en demandant avec succès des crédits d'intrants sur la taxe payable[14]. »

Dans la version anglaise, la Cour d'appel fédérale utilise le mot *sham* pour « opérations fictives ».

La Cour d'appel fédérale est claire : lorsqu'un contribuable est impliqué dans un stratagème en vertu duquel la TPS n'est pas payée, n'est pas payable ou retourne au contribuable, le contribuable ne peut pas réclamer de CTI. En l'espèce, sur une base factuelle, Orly était impliquée dans un stratagème de cette nature. La Cour d'appel fédérale confirme donc le jugement de la Cour canadienne de l'impôt selon lequel Orly ne pouvait obtenir les CTI qu'elle avait réclamés.

Cette cause est intéressante car elle fait suite à plusieurs autres décisions de la Cour canadienne de l'impôt dans des contextes semblables ou

---

[14] *Id*., par. 26.

similaires, notamment les affaires *Airport Auto Ltd.* c. *La Reine*[15] et *Joseph Ribkoff inc.* c. *La Reine*[16].

Dans l'affaire *Airport Auto*, les faits étaient semblables à ceux dans le dossier *Voitures Orly*, mais la Cour canadienne de l'impôt, après avoir analysé l'ensemble de la preuve, est arrivée à la conclusion que le contribuable n'avait pas participé à la fraude ou qu'il n'y avait pas de collusion entre le contribuable et les fraudeurs. La Cour a donc accordé les CTI au contribuable. La Cour s'est prononcée comme suit :

> « En résumé, en réponse à la principale question en l'espèce, qui est celle de savoir si la contribuable appelante ou la Couronne supporte le fardeau fiscal lorsqu'un vendeur n'a pas versé la taxe qu'il avait reçue, j'ai conclu que c'était la Couronne et non l'appelante. Le régime législatif établit que les vendeurs qui perçoivent la taxe sur une fourniture le font en tant que mandataires de la Couronne. L'omission en l'espèce est celle de verser la taxe perçue auprès de l'appelante. Permettre à la Couronne de percevoir la taxe pour une deuxième fois auprès de ce contribuable, alors qu'il n'y a pas eu fraude ou collusion, nécessiterait un libellé de la loi très explicite. Ce n'est le cas pour aucune des dispositions pertinentes. Bien que le paragraphe 334(2) prévoie que l'acquéreur d'une fourniture est réputé ne pas avoir payé la taxe, si elle n'est pas reçue par le receveur général, je ne crois pas que cela avait pour but d'obtenir le paiement de la taxe une deuxième fois auprès d'un contribuable acquéreur qui l'avait déjà payée. Si je devais interpréter le paragraphe 334(2) de cette manière, je ne peux qu'envisager une foule de complications ridicules, lorsque le fardeau est placé sur les acquéreurs qui consacreront du temps, de l'argent et de l'énergie pour s'assurer que la taxe qu'ils versent à un vendeur lors de l'acquisition d'une fourniture parvient au receveur général dans chaque cas. Je ne crois pas que la loi avait pour objectif de placer chaque acquéreur dans une situation aussi précaire. En effet, chaque acquéreur serait tenu de vérifier si un vendeur a versé la taxe perçue. Ce serait le cas pour l'achat d'un article de 20 $ ou de 20 000 $. En termes simples, le sens commun dicte que le paragraphe 334(2) ne peut être interprété de façon aussi littérale qu'Il imposerait des exigences impossibles à chaque acquéreur qui achète une fourniture taxable. On ne peut concevoir que l'on ait eu l'intention d'utiliser le paragraphe 334(2) de façon à ce que la Couronne puisse établir une cotisation à l'égard d'un acquéreur pour la taxe en vertu de l'article 296 dans des circonstances où le vendeur a perçu la taxe sur les fournitures dans le premier cas, mais qu'il n'a pas versé l'argent au ministre[17]. » (Notre soulignement)

---

[15] [2003] G.S.T.C. 151 (C.C.I.), procédure générale, 30 septembre 2003 (ci-après « *Airport Auto* »).

[16] [2003] G.S.T.C. 104 (C.C.I.), procédure générale, 12 juin 2003 (ci-après « *Joseph Ribkoff* »).

[17] *Airport Auto*, précité, note 15, par. 22.

La règle énoncée par la Cour canadienne de l'impôt dans cette affaire était donc qu'en l'absence de fraude ou de collusion, un contribuable en activité commerciale qui a payé la TPS à un fournisseur impliqué dans des opérations fictives peut récupérer cette TPS à titre de CTI.

Dans l'affaire *Joseph Ribkoff*, il s'agissait de montants payés à des sous-traitants dans le domaine de la couture. Les sous-traitants n'avaient pas remis la TPS à Revenu Québec qui tentait de récupérer cette TPS du contribuable Joseph Ribkoff inc. tout en refusant les CTI que Joseph Ribkoff inc. avait réclamés pour la TPS payée aux sous-traitants. Dans cette affaire, la Cour a énoncé le principe qui suit :

> « S'il y avait eu connaissance, connivence ou collusion de la part de l'appelante, comme l'avaient pensé les enquêteurs au départ, la décision serait tout autre. L'entente sur les faits est claire : il n'y a aucune preuve de connaissance, connivence ou collusion entre l'appelante et ces sociétés[18]. » (Notre soulignement)

Dans cette affaire, la Cour canadienne de l'impôt, après avoir analysé l'ensemble de la preuve, est arrivée à la conclusion que le contribuable n'avait pas connaissance de la fraude des sous-traitants et qu'il n'y avait pas de collusion entre le contribuable et les sous-traitants. Le tribunal a donc accordé les CTI au contribuable.

Il semble donc que le principe énoncé par la Cour canadienne de l'impôt selon lequel un contribuable en activité commerciale qui paie la TPS à un fournisseur peut la récupérer à titre de CTI, sauf si le contribuable participe à une fraude ou est de connivence avec les fraudeurs, s'est précisé devant la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Voitures Orly*, qui semble vouloir analyser ce genre de situation à travers le concept de *sham*. Ce concept a été défini par la Cour suprême du Canada, notamment, dans l'affaire *Stubart Investments Ltd*. c. *La Reine*[19] :

> « Le trompe-l'œil : cette expression nous vient de décisions du Royaume-Uni et signifie, de façon générale (non sans ambigüité), une opération assortie d'un élément de tromperie de manière à créer une illusion destinée à cacher au percepteur le contribuable ou la nature réelle de l'opération, ou un faux-semblant par lequel le contribuable crée une apparence différente de la réalité qu'elle sert à masquer[20]. »

---

18 *Joseph Ribkoff*, précité, note 16, par. 101.

19 [1984] 1 R.C.S. 536.

20 *Id*., 545-546.

Dans la version anglaise du jugement de la Cour suprême du Canada, la Cour utilise le mot *sham*.

Récemment, dans l'affaire *Sport Collection Paris inc*. c. *La Reine*[21], la Cour canadienne de l'impôt, dans un contexte factuel semblable à celui de l'affaire *Joseph Ribkoff*, a repris le principe énoncé dans cette dernière et le principe énoncé dans l'affaire *Voitures Orly*.

Tel qu'il appert de ce qui précède, dans le contexte factuel des affaires *9000-6560 Québec* et *Ventes d'autos Giordano*, l'article 274 L.T.A. a été écarté par la Cour canadienne de l'impôt, mais dans des contextes factuels semblables (*Voitures Orly*, *Joseph Ribkoff*, *Airport Auto* et *Sport Collection Paris*), les tribunaux ont appliqué les concepts de *sham* et de « collusion » pour justifier l'annulation ou le maintien de l'avis de cotisation. Il semble donc y avoir une tendance à s'éloigner de l'article 274 L.T.A. et à s'approcher des concepts de *sham* et de « collusion » en matière d'évitement en TPS. À cet égard, il y a lieu de souligner que les causes qui portent sur les deux concepts de *sham* et de « collusion » sont plus récentes que celles qui portent sur l'article 274 L.T.A.

CONCLUSION

Dans le *Bulletin d'interprétation* TVQ. 201-1/R, Revenu Québec s'est prononcé comme suit sur la question des remboursements de taxe sur intrants (RTI) dans le contexte de fausse facturation :

> « La position du Ministère est de refuser le RTI à l'inscrit qui produit une fausse facture au soutien de sa demande. Toutefois, lorsque l'inscrit est un tiers au stratagème à l'origine de la fausse facture et qu'il a agi de bonne foi dans le cadre de la transaction, le RTI lui sera accordé si toutes les exigences légales et réglementaires sont par ailleurs rencontrées. Il est à noter à cet égard que la bonne foi d'un inscrit se présume toujours[22]. »

Par conséquent, Revenu Québec aborde la problématique de l'évitement en matière de TVQ selon le concept de bonne foi et non pas en vertu des articles 478 à 485 L.T.V.Q. (équivalant, en TVQ, à l'article 274 L.T.A.). Il reste à déterminer si Revenu Québec amendera le *Bulletin d'interprétation* TVQ. 201-1/R pour y inclure le concept de *sham*.

---

21 C.C.I. nº 2005-2982 (G.S.T.) G, juillet 2006 (ci-après « *Sport Collection Paris* »).

22 REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* TVQ. 201-1/R, « Remboursement de la taxe sur les intrants – Renseignements insuffisants – Exigences documentaires en matière de remboursement de la taxe sur les intrants », 31 janvier 2005, par. 10.

Il reste également à déterminer si la Cour du Québec et la Cour d'appel du Québec suivront l'approche des tribunaux fédéraux et appliqueront les concepts de *sham* et de « collusion » dans les dossiers qui leur seront soumis.

INTERPRÉTATIONS TECHNIQUES

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

Alain Fournier
Avocat, D. Fisc.
Osler, Hoskin & Harcourt,
s.e.n.c.r.l./s.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE A (STÉPHANE ROULEAU)

INTRODUCTION 30:3

1. DÉPOUILLEMENT DES SURPLUS 30:3

1.1. DÉCISION ANTICIPÉE – 2004-0099201R3 ..... 30:4
1.2. INTERPRÉTATION TECHNIQUE – 2005-013483117 ..... 30:5
1.3. DÉCISION ANTICIPÉE – 2005-0142111R3 ..... 30:6
1.4. COMMENTAIRES 30:8

2. DÉPENSES RAISONNABLES 30:8

2.1. INTERPRÉTATION TECHNIQUE – 2005-0146001E5 ..... 30:8
2.2. DÉCISION ANTICIPÉE – 2005-0163741R3 ..... 30:9
2.3. INTERPRÉTATION TECHNIQUE – 2006-0172051E5 ..... 30:9

PARTIE B (ALAIN FOURNIER)

INTRODUCTION 30:11

1. DÉDUCTIBILITÉ DES INTÉRÊTS 30:11

1.1. INTERPRÉTATION TECHNIQUE 2005-0151871I7 ..... 30:11
1.2. INTERPRÉTATION TECHNIQUE 2006-0182321I7 ..... 30:14
1.2.1. Commentaires 30:16
1.3. INTERPRÉTATION TECHNIQUE 2005-0157301R3 ..... 30:17

2. UTILISATION DES PERTES 30:17

2.1. DÉCISION ANTICIPÉE 2006-0185221R3 ..... 30:18
2.1.1. Décisions anticipées rendues 30:20
2.1.2. Commentaires 30:21
2.2. DÉCISION ANTICIPÉE 2005-0155451R3 ..... 30:22
2.2.1. Décision anticipée précédente 2004-0098561R3 ..... 30:22
2.2.2. Décision anticipée subséquente 2005-0155451R3 ..... 30:25
2.2.3. Commentaires 30:27

3. CRÉDIT D'IMPÔT À L'INVESTISSEMENT 30:27

3.1. INTERPRÉTATION TECHNIQUE 2005-0161611I7 ..... 30:28
3.1.1. Commentaires 30:29

4. IMPÔT DE LA PARTIE XIII L.I.R. 30:30

4.1. DÉCISION ANTICIPÉE 2005-0126841R3 ..... 30:31
4.1.1. Commentaires 30:32
4.2. DÉCISION ANTICIPÉE 2005-0155361R3 ..... 30:33
4.2.1. Commentaires 30:34

PARTIE A

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

INTRODUCTION*

Le présent texte fait un résumé de certaines interprétations techniques et décisions anticipées qui ont été publiées lors de la dernière année. Dans le cadre de cette partie, des interprétations techniques traitant particulièrement des dépouillements de surplus et de la notion de dépenses raisonnables seront analysées.

1. DÉPOUILLEMENT DES SURPLUS

Depuis quelques années, plusieurs planifications fiscales visant la distribution de biens, sans impact fiscal, par une société à un ou plusieurs particuliers actionnaires de la société ont été élaborées par la communauté fiscale. De leur côté, les autorités fiscales tentent de contrecarrer ce genre de planification. Par exemple, l'article 84.1 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[1] vise à empêcher un particulier d'encaisser sa déduction pour gains en capital (ci-après « DGC »)[2] sans vendre ses actions à un tiers sans lien de dépendance. De plus, l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») semble vouloir appliquer la disposition générale antiévitement (ci-après « DGAÉ »)[3] afin de contrecarrer des planifications fiscales qu'elle juge trop radicales.

Dernièrement, la Cour canadienne de l'impôt, dans la cause *Claude Desmarais* c. *La Reine*[4], s'est prononcée relativement à un contribuable qui avait mis en place une planification fiscale visant à contourner l'application de l'article 84.1 L.I.R. de façon à encaisser sa DGC. En effet, M. Desmarais avait mis en place une structure lui permettant d'utiliser sa DGC lors d'un

---

* L'auteur tient à remercier M. Guy Laroche, CA, M. Fisc., M^e^ Jean-Philippe Beaulieu, avocat, M. Fisc., de même que M^me^ Ginette Paquette de leur précieuse collaboration au texte.

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

2 Tel qu'il est prévu par l'article 110.6 L.I.R.

3 Tel qu'il est prévu par le paragraphe 245(2) L.I.R.

4 2006 D.T.C. 2376 (C.C.I.) (ci-après « *Desmarais* »).

transfert d'actions d'une société exploitante à une société de portefeuille qu'il contrôlait. Le transfert s'est effectué expressément de façon que la société exploitante ne soit pas rattachée[5] à la société de portefeuille de M. Desmarais, de manière à éviter l'article 84.1 L.I.R. Finalement, une autre société rattachée à la société de portefeuille a versé un dividende déductible du revenu imposable[6] à la société de portefeuille de M. Desmarais. La société de portefeuille a ensuite distribué le produit du dividende libre d'impôt à M. Desmarais, en rachetant les actions émises par la société de portefeuille lors du transfert des actions de la société exploitante. Dans son jugement, la Cour canadienne de l'impôt a mentionné que la DGAÉ s'appliquait, car la planification avait seulement comme but de dépouiller les surplus de la société exploitante. Ainsi, il s'agissait d'un usage abusif de l'article 84.1 L.I.R.

1.1. DÉCISION ANTICIPÉE – 2004-0099201R3[7]

Dans cette demande de décision anticipée, l'ARC devait se prononcer sur l'application de la DGAÉ à propos d'une planification visant à transformer des dividendes imposables issus d'une société exploitante en gain en capital imposable.

Le contribuable, seul actionnaire d'une société exploitante, voulait mettre en place une planification visant à convertir les dividendes que la société exploitante lui verse annuellement en gain en capital imposable. Pour ce faire, le contribuable voulait convertir, annuellement, ses actions participantes de la société exploitante en actions privilégiées de la société exploitante sur une base imposable (vraisemblablement en utilisant les dispositions du paragraphe 85(1) L.I.R.[8]). Chaque année, le contribuable voulait réaliser un gain en capital imposable lors de cette conversion, sans toutefois réclamer la DGC.

Par la suite, le contribuable désirait transférer les actions privilégiées de la société exploitante à une société de portefeuille dont l'unique actionnaire était le contribuable. Ces actions ont un prix de base rajusté (ci-après

---

5 Au sens du paragraphe 186(4) L.I.R.

6 En vertu du paragraphe 112(1) L.I.R.

7 *Tax Window Files*, dans *Tax Works* (CD-ROM), Don Mills, Ont., CCH Canadian, décision anticipée 2004-0099201R3, 26 avril 2006.

8 Les éléments présentés dans la demande de décision anticipée ne permettent pas de mentionner exactement les faits en cause de même que les opérations projetées.

« PBR ») égal à leur juste valeur marchande (ci-après « JVM ») à la suite de la conversion d'actions ordinaires de la société exploitante. L'article 84.1 L.I.R. ne s'appliquerait pas lors du transfert des actions privilégiées de la société exploitante à la société de portefeuille, car aucune DGC n'a été réclamée par le contribuable. De cette façon, la société de portefeuille pourrait ensuite remettre des biens libres d'impôt au contribuable.

À la suite de la réponse verbale de l'ARC selon laquelle la DGAÉ s'appliquerait à la transaction puisque le but de la transaction est de dépouiller les surplus de la société exploitante, le contribuable a retiré sa demande de décision anticipée.

1.2. INTERPRÉTATION TECHNIQUE – 2005-013483117[9]

Dans le cadre de cette interprétation technique, l'avis de l'ARC a été demandé sur une planification fiscale permettant à un contribuable d'encaisser la DGC résultant d'une augmentation du PBR en vertu du paragraphe 40(3.6) L.I.R. après un rachat d'une autre catégorie d'actions ayant occasionné une perte en capital réputée nulle.

Holdco 1 et Holdco 2 possèdent chacune 50 % des actions du capital-actions d'Opco. Deux frères possèdent chacun respectivement l'ensemble des actions du capital-actions de Holdco 1 et de Holdco 2. Plus précisément, Frère 1 possède l'ensemble des actions ordinaires et des actions privilégiées de Holdco 1. Frère 2 possède l'ensemble des actions ordinaires et des actions privilégiées de Holdco 2. Les actions privilégiées émises par Holdco 1 et par Holdco 2 ont un PBR environ égal à la JVM des actions privilégiées. Le capital versé (ci-après « CV ») des actions privilégiées est nominal. Le PBR, environ égal à la JVM des actions privilégiées, résulte d'une cristallisation de la DGC à l'égard des actions d'Opco.

Par la suite, Holdco 1 et Holdco 2 procèdent au rachat des actions privilégiées détenues par chacun des frères. Le rachat des actions privilégiées entraîne un dividende réputé en vertu du paragraphe 84(3) L.I.R. pour chacun des frères. La perte en capital qui résulterait du rachat est réputée nulle en vertu du paragraphe 40(3.6) L.I.R. et, en vertu du même paragraphe, la perte en capital s'ajoute au PBR des actions ordinaires détenues par chacun des frères dans Holdco 1 et Holdco 2.

---

9 *Tax Window Files*, *op. cit*., note 7, interprétation technique 2005-013483117, 31 août 2005.

Les actions ordinaires de Holdco 1 et de Holdco 2 sont ensuite transférées par chacun des frères à NewHoldco 1 et à NewHoldco 2. Les transferts s'effectuent sous forme de roulement fiscal en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R. et la somme convenue est égale au PBR des actions transférées. Le CV des actions privilégiées émises NewHoldco 1 et NewHoldco 2 est aussi égal au PBR des actions transférées.

Finalement, chacun de NewHoldco 1 et de NewHoldco 2 procédera au rachat des actions privilégiées détenues par chacun des frères.

L'ARC s'est prononcée sur le fait que l'alinéa 84.1(1)a) L.I.R. ne s'applique pas à la transaction de manière à réduire le CV des actions émises par NewHoldco 1 et NewHoldco 2. Par contre, si une demande de décision anticipée était présentée pour ce type de planification, elle sera soumise au comité de la DGAÉ.

1.3. DÉCISION ANTICIPÉE – 2005-0142111R3[10]

Dans le cadre de cette décision anticipée, l'ARC a donné son opinion sur une planification *post mortem*. Le but de la planification était de ramener dans les mains des légataires d'un actionnaire décédé des biens dont la JVM correspondra au PBR pour chacun des légataires, aux fins de l'article 84.1 L.I.R., des actions du capital-actions de sociétés qui ont été acquises par suite du décès de l'actionnaire.

Immédiatement avant son décès, M. A possédait la totalité des actions du capital-actions de Placements et de Gestion, deux sociétés privées sous contrôle canadien. Les actions du capital-actions de Placements et de Gestion ne sont pas des actions admissibles de petite entreprise au sens du paragraphe 110.6(1) L.I.R. Le CV et le PBR attribuables aux actions de Placements et de Gestion détenues par M. A étaient nominaux.

Au décès de M. A, la totalité des actions du capital-actions de Placements et de Gestion a été léguée à ses enfants et petits-enfants. En vertu de l'alinéa 70(5)a) L.I.R., M. A est réputé avoir disposé, immédiatement avant son décès, de la totalité des actions du capital-actions de Placements et de Gestion lui appartenant et avoir reçu un produit de disposition égal à leur JVM immédiatement avant son décès. Cette disposition réputée des actions

---

[10] *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 7, décision anticipée 2005-0142111R3, 2 novembre 2005.

du capital-actions de Gestion et de Placements a entraîné un gain en capital pour M. A et aucune DGC n'a été réclamée.

Holdco et Nouco seront créés et les actionnaires de Holdco et de Nouco seront les enfants et petits-enfants légataires de M. A. Par la suite, la succession de M. A prévoit transférer, sous forme de roulement fiscal, la totalité des actions du capital-actions de Gestion à Holdco en retour d'actions privilégiées de roulement de Holdco ayant un CV égal à la JVM des actions du capital-actions de Gestion au moment du transfert. La succession de M. A prévoit également transférer, sous forme de roulement fiscal, la totalité des actions du capital-actions de Placements à Nouco en retour d'actions privilégiées de roulement de Nouco ayant un CV égal à la JVM des actions du capital-actions de Placements au moment du transfert. À la suite de ces transactions, la totalité des actions du capital-actions de Gestion sera détenue par Holdco, et la totalité des actions du capital-actions de Placements sera détenue par Nouco.

La société Gestion ne sera pas liquidée dans la société Holdco et la société Placements ne sera pas liquidée dans la société Nouco pour une période d'au moins une année après les opérations projetées décrites plus haut. Le paragraphe 88(1) L.I.R. sera applicable aux liquidations éventuelles de Placements et de Gestion.

Au moment approprié, Succession A effectuera au profit des enfants et des petits-enfants de M. A une distribution de ses biens, soit les actions privilégiées de gel détenues dans la société Holdco et dans la société Nouco.

Finalement, Holdco réduira le CV des actions privilégiées de gel possédées par les enfants et les petits-enfants de M. A. Nouco réduira également le CV des actions privilégiées de gel possédées par les enfants et les petits-enfants de M. A.

Dans sa réponse, l'ARC a mentionné que l'article 84.1 L.I.R. s'appliquera seulement pour réduire le CV des actions privilégiées de roulement émises par Holdco et Nouco en faveur de Succession A à un montant correspondant à la JVM des actions détenues par M. A immédiatement avant son décès. L'ARC a également mentionné que les dispositions du paragraphe 84(2) L.I.R. ne s'appliqueront pas. Finalement, l'ARC n'appliquera pas la DGAÉ aux opérations projetées qui permettent de ramener dans les mains des enfants et petits-enfants de M. A des biens dont la JVM correspondra au PBR, pour chacun des légataires, des actions du capital-actions des sociétés Gestion et Placements.

1.4. COMMENTAIRES

La possibilité de l'application de la DGAÉ par l'ARC n'est toujours pas évidente à cerner malgré les récents jugements rendus pas les tribunaux. Toutefois, l'ARC semble vouloir appliquer la DGAÉ afin de contrecarrer toute planification visant à monnayer la DGC. D'ailleurs, dans la cause *Desmarais*[11], l'ARC a eu gain de cause sur ce type de transaction. Par contre, lorsque le PBR élevé résulte d'une disposition où le contribuable n'a pas tenté de contourner l'application de l'article 84.1 L.I.R., l'ARC ne semble pas vouloir appliquer la DGAÉ pour contrecarrer une opération de dépouillement de surplus.

2. DÉPENSES RAISONNABLES

Le paiement d'un boni ou d'un honoraire de gestion afin de maximiser la situation fiscale d'un contribuable est monnaie courante comme planification fiscale. Toutefois, l'article 67 L.I.R. mentionne qu'une dépense doit être raisonnable pour être déductible dans le calcul du revenu du payeur. Voici certaines interprétations techniques et décisions anticipées qui traitent de la notion de dépenses raisonnables.

2.1. INTERPRÉTATION TECHNIQUE – 2005-0146001E5[12]

M. A possède la totalité des actions du capital-actions d'Aco. Aco gagne du revenu d'intérêts sur des prêts effectués à diverses parties sans lien de dépendance. Aco est alors considérée comme une entreprise de placement déterminé au sens du paragraphe 125(7) L.I.R. Chaque année, le profit d'Aco est versé à M. A de façon que le revenu net d'Aco soit nul.

M. A prévoit créer la société Bco, et Bco fournira les services de M. A à Aco. Comme Aco et Bco seront associées, les honoraires de gestion reçus par Bco ne proviendront pas d'une entreprise de prestation de services personnels au sens du paragraphe 125(7) L.I.R. Ainsi, Bco pourra réclamer la déduction accordée aux petites entreprises prévue à l'article 125 L.I.R.

---

[11] Précité, note 4.

[12] *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 7, interprétation technique 2005-0146001E5, 3 octobre 2005.

L'ARC a mentionné que, pour être déductibles conformément à l'article 67 L.I.R., les honoraires versés à Bco devront être raisonnables. Pour ce faire, les honoraires versés à Bco ne devraient pas dépasser les revenus d'Aco qui excèdent le rendement du capital généré par Aco sans les services rendus par M. A.

À la suite du fait que du revenu provenant d'une entreprise de placement déterminé au sens du paragraphe 125(7) L.I.R. est transformé en revenu d'entreprise exploitée activement, l'ARC considère également l'éventualité d'appliquer la DGAÉ à la planification, mais elle signale qu'il est plus probable qu'elle applique l'article 67 L.I.R.

2.2. DÉCISION ANTICIPÉE – 2005-0163741R3[13]

Après la vente des éléments d'actif et de l'achalandage, Opco souhaite verser un boni aux dirigeants, qui sont également indirectement actionnaires d'Opco, par le biais de sociétés de portefeuille ou de fiducies. Depuis quelques années, Opco a comme pratique générale de verser un boni à ses dirigeants si son revenu excède le plafond des affaires au sens du paragraphe 125(2) L.I.R.

L'ARC n'appliquera pas l'article 67 L.I.R. si un boni est versé aux dirigeants d'Opco en compensation de leur contribution dans la gestion et pour permettre de verser le produit de disposition de façon à minimiser la charge fiscale. Cette position de l'ARC est conforme à sa position de longue date de ne pas contester le caractère raisonnable de la rémunération de l'actionnaire/dirigeant[14].

2.3. INTERPRÉTATION TECHNIQUE – 2006-0172051E5[15]

Après la vente des actions d'une société exploitante, une société de portefeuille désire verser un boni à son actionnaire.

---

[13] *Tax Window Files*, *op. cit*., note 7, décision anticipée 2005-0163741R3, 15 mars 2006.

[14] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 22, 11 janvier 2002.

[15] *Tax Window Files*, *op. cit*., note 7, interprétation technique 2006-0172051E5, 19 mai 2006.

L'ARC mentionne que la position de l'ARC de ne pas contester le caractère raisonnable de la rémunération de l'actionnaire/dirigeant dans le calcul du revenu net d'une société ne s'applique pas aux sociétés de portefeuille ni à la rémunération versée à même le produit de la vente d'actions. Selon les faits en cause, en vertu de l'article 67 L.I.R., l'ARC se réserve le droit de contester le caractère raisonnable des paiements.

PARTIE B

Alain Fournier, avocat, D. Fisc.
Osler, Hoskin & Harcourt, s.e.n.c.r.l./s.r.l.

INTRODUCTION*

Le présent texte résume et commente différentes interprétations techniques qui furent rendues publiques au cours de la dernière année. Plus particulièrement, dans le cadre de cette partie, nous ferons la revue d'interprétations techniques se rapportant notamment à la déductibilité des intérêts, à l'application de l'impôt de la Partie XIII de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[1], à la mise en place de structures de consolidation de pertes et à d'autres sujets divers.

1. DÉDUCTIBILITÉ DES INTÉRÊTS

La déductibilité des intérêts payés par les contribuables canadiens se retrouvent souvent au cœur même de débats, parfois orageux, entre le contribuable, ses représentants et les autorités fiscales. La publication du *Bulletin d'interprétation* IT-533[2] quant à la position de l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») illustre bien l'importance de cette question pour les contribuables et les autorités fiscales dans l'administration du régime fiscal canadien. Les interprétations qui suivent illustrent notamment l'application stricte de la position de l'ARC qui est énoncée audit bulletin.

1.1. INTERPRÉTATION TECHNIQUE 2005-015187II7[3]

Dans le cadre de cette interprétation technique, le service des décisions en impôt de l'ARC a eu à se prononcer sur la déductibilité des intérêts payés

* L'auteur tient à remercier ses confrères de Osler, Hoskin & Harcourt de leurs précieux commentaires à la préparation de ce texte. Les commentaires de l'auteur n'engagent toutefois que ce dernier.

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

2 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-533, « Déductibilité de l'intérêt et questions connexes », 31 octobre 2003.

3 *Revenue Canada Views*, dans *Tax Partner* (CD-ROM), Scarborough, Ont., Carswell, interprétation technique 2005-015187II7, 3 mars 2006.

par une société dans le cadre d'une demande qui lui fut soumise par l'un des bureaux de services fiscaux.

Une société avait trois contribuables comme seuls actionnaires et déclara un dividende en faveur des détenteurs de ses actions. Le montant du dividende qui fut ainsi déclaré n'excédait pas le solde des bénéfices non répartis (ci-après « BNR ») de la société. Le paiement du dividende fut effectué par la remise, à chacun des actionnaires bénéficiant dudit dividende, d'un billet ne portant pas intérêt dont le principal représentait le montant du dividende payable. Subséquemment, les billets ainsi émis par la société furent l'objet d'un refinancement. À cette occasion, la société a émis de nouveaux billets, portant désormais intérêt, en faveur des détenteurs des anciens billets. Au cours des années suivantes, la société déclara et paya des dividendes additionnels en procédant de façon similaire.

Dans le calcul de son revenu, la société déduisit les intérêts qui étaient payables sur les billets qu'elle avait ainsi émis à ses actionnaires.

Le bureau des services fiscaux chargé de la révision du dossier du contribuable était d'avis que l'usage des sommes empruntées ne constituait pas un usage admissible des fonds donnant droit à une déduction en vertu de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. À son avis, les billets initiaux furent émis en paiement d'un dividende en faveur des actionnaires de la société. Les nouveaux billets émis par la société représentaient une substitution des billets initiaux et, à cette fin, doivent recevoir le même traitement fiscal que celui se rapportant à la dette initiale.

Les représentants du contribuable alléguaient, pour leur part, que la société avait contracté un nouvel emprunt auprès de chacun des actionnaires. Le produit de ce nouvel emprunt servit à payer les sommes dues représentées par les billets initiaux. À cette fin, les billets initiaux furent annulés. De nouveaux billets furent émis afin de constater le nouvel emprunt contracté auprès des actionnaires de la société. Ainsi, les représentants du contribuable mentionnaient que les nouveaux billets ne constituaient pas des billets qui remplaçaient, par voie de substitution ou autrement, les billets initiaux, mais qu'ils représentaient plutôt une nouvelle dette qui fut contractée par la société afin de payer le principal des billets initiaux.

Étant donné que la documentation ne faisait pas référence à une substitution des billets initiaux par les nouveaux billets, les représentants du contribuable étaient d'avis que les nouveaux billets ne constituaient pas des billets émis en remplacement des billets initiaux. Notamment, aucune

mention n'était inscrite sur les nouveaux effets financiers selon laquelle ils remplaçaient les billets initiaux.

À la suite de l'analyse du dossier, la division des décisions en impôt de l'ARC fut d'avis que l'alinéa 20(1)c) L.I.R. ne pouvait s'appliquer en l'espèce. Selon elle, les conditions d'application de cet article n'avaient pas été respectées. Notamment, l'ARC était d'avis que les intérêts n'étaient pas versés sur une somme ayant été empruntée et utilisée en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien ou à l'égard d'une somme payable pour un bien acquis à une telle fin.

L'ARC précisa notamment que les sommes dues et représentées par les billets initiaux ne constituaient pas des sommes payables pour l'acquisition d'un bien puisque ces dettes avaient été contractées lors du versement des dividendes.

L'alinéa 20(1)c) L.I.R. requiert que les intérêts déduits se rapportent à de l'argent emprunté en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien. Se fondant en particulier sur les décisions *Bronfman Trust* c. *La Reine*[4], *Shell Canada Ltée* c. *La Reine*[5] et *Singleton* c. *La Reine*[6], où il fut mentionné que le critère applicable pour la déductibilité était basé sur l'utilisation directe des fonds empruntés, l'ARC était d'avis que les sommes n'avaient pas été empruntées à une fin admissible.

De surcroît, l'ARC précisa que, si elle devait retenir les prétentions des représentants du contribuable selon lesquelles la société a emprunté une somme, l'alinéa 20(1)c) L.I.R ne trouverait pas application. En effet, puisque les sommes furent utilisées en vue de remplacer ou de rembourser les billets initiaux, l'utilisation des fonds ne constituait pas une utilisation admissible des fonds en vertu de l'alinéa 20(1)c) L.I.R., sauf lorsque le paragraphe 20(3) L.I.R. s'applique. Or, compte tenu du fait que l'ARC était d'avis que la dette représentée par les billets initiaux n'avait pas été contractée à une fin admissible, le paragraphe 20(3) L.I.R. ne pouvait trouver application.

---

4 1987 D.T.C. 5059 (C.S.C.).

5 1999 D.T.C. 5669 (C.S.C.) (ci-après « *Shell Canada* »).

6 2001 D.T.C. 5533 (C.S.C.).

1.2. INTERPRÉTATION TECHNIQUE 2006-018232117[7]

Le 18 mai dernier, à la suite de l'interprétation technique discutée préalablement, une seconde interprétation technique fut émise après des représentations additionnelles des représentants du contribuable. Sommairement, les représentants du contribuable réitérèrent que les billets initiaux qui furent émis lors du versement du dividende et en paiement de ce dernier avait été acquittés et annulés à même le produit du prêt contracté auprès des actionnaires du contribuable. De façon subsidiaire et alternative, les représentants du contribuable soulevaient que la position de l'ARC dans l'interprétation technique précédente était injuste notamment en raison du fait que les parties et le contribuable auraient pu structurer les opérations de façon différente et que, dans cette hypothèse, les intérêts payés en faveur des actionnaires auraient alors été déductibles.

L'ARC évita de se prononcer sur la solution de rechange soulevée par les représentants du contribuable puisque, selon elle, le résultat de cette analyse n'aurait pas été pertinent dans l'analyse du présent. En effet, l'analyse du traitement fiscal d'une opération est déterminée en fonction des relations juridiques véritables, tel que le soulignait la Cour suprême du Canada dans le cadre de la décision *Shell Canada*. Ainsi, l'ARC limita son analyse à la situation factuelle qui lui avait été soumise et, à cette fin, réitéra que les intérêts payés ne pouvaient être déductibles dans le calcul du revenu du contribuable dans la situation qui lui avait été présentée.

Étant donné que les billets initiaux furent émis lors du versement du dividende et en paiement de ce dernier, le sous-alinéa 20(1)c)(ii) L.I.R. ne peut s'appliquer compte tenu du fait qu'aucun bien n'était acquis en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien à cette occasion. L'ARC précisa à cet effet que « les billets ont été émis lors du versement des dividendes. À notre avis, les dettes portant intérêt n'ont pas servi à payer les dividendes ». Ainsi, l'intérêt payable à l'égard des nouveaux billets émis en remplacement des billets initiaux ne sont pas déductibles pour le contribuable.

Les représentants du contribuable firent également référence à la notion qui fut reconnue par les tribunaux et qui est définie dans le *Bulletin d'interprétation* IT-533 sous la désignation « vide à combler » :

---

[7] *Revenue Canada Views*, *op. cit.*, note 3, interprétation technique 2006-018232117, 18 mai 2006.

« 23. Les frais d'intérêt sur l'argent emprunté pour racheter des actions ou rembourser le capital peut constituer une exception en ce qui a trait au critère d'utilisation directe. En pareil cas, le critère de la fin est respecté si l'argent emprunté remplace le capital (capital contribué ou bénéfices accumulés) qui a été utilisé à des fins qui auraient été admissibles en vue de la déductibilité des intérêts si le capital avait été emprunté (fins admissibles). Conformément au concept du vide à combler, le capital contribué désigne généralement les fonds fournis par les actionnaires pour commencer une entreprise ou pour poursuivre les opérations de celle-ci. Bien que, dans la plupart des cas, le capital légal ou le capital déclaré tel qu'établi selon la législation concernant les sociétés constitue la meilleure mesure du capital contribué à cette fin, d'autres mesures pourraient s'avérer plus appropriées selon les circonstances. Lorsqu'une partie des actions est remplacée par de l'argent emprunté, seul le capital afférent à ces actions, calculé au prorata, est réputé avoir été remplacé par de l'argent emprunté. Le déficit d'une société ne réduit pas le capital contribué aux fins de cette exception.

De même, en cas de versement de dividendes (y compris les dividendes réputés), l'argent emprunté et utilisé pour remplacer les bénéfices accumulés d'une société qui avaient été conservés et utilisés à des fins admissibles peut constituer une exception en ce qui a trait au critère d'utilisation directe. Les bénéfices accumulés sont généralement les bénéfices non répartis de la société, calculés sur une base non consolidée, alors que les placements sont enregistrés au coût. Les bénéfices non répartis d'une société ne se rattachent pas aux actions en circulation.

Les bénéfices accumulés reflètent généralement les opérations qui surviennent dans le cours normal des activités d'une entreprise entre des parties ayant un lien de dépendance. L'impact sur les bénéfices accumulés des autres transactions entre parties ayant un lien de dépendance doit être examiné en tenant compte des faits particuliers des transactions.

Le principal concept dans ce contexte reste celui qui consiste à "combler le vide" laissé par le retrait de capital de l'entreprise[8]. » (Notre soulignement)

Or, l'ARC rejeta cet argument compte tenu du fait qu'à sa connaissance le principe du « vide à combler » dans une situation similaire à celle du contribuable n'a pas fait l'objet de décisions judiciaires et que la situation à l'étude diffère de la situation où l'utilisation indirecte des fonds empruntés constitue une utilisation admissible des fonds aux fins de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. en vertu de ce principe.

---

[8] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 2, par. 23.

1.2.1. Commentaires

La position énoncée dans le cas présent par l'ARC est conforme à ce qui est mentionné au *Bulletin d'interprétation* IT-533 :

> « Conformément à la décision rendue dans l'affaire *Penn Ventilateur*, lorsqu'un billet est émis pour acheter et annuler ou racheter des actions, les frais d'intérêt peuvent être déductibles en vertu du sous-alinéa 20(1)c)(ii) dans la mesure où les intérêts sur le montant du billet émis tombent dans les limites prévues au numéro 23 pour le rachat d'actions. L'intérêt sur les billets émis pour le versement de dividendes ou le remboursement de capital ne serait pas déductible, étant donné qu'aucun bien n'est acquis en pareil cas, comme l'exige le sous-alinéa 20(1)*c*)(ii)[9]. » (Notre soulignement)

Tel qu'il est précisé à ce paragraphe, l'ARC permet de déduire les intérêts payés sur un billet qui a été émis à l'occasion du rachat des actions de l'un des actionnaires dans les limites édictées au principe du « vide à combler ». Cette position repose sur la décision *Penn Ventilator Canada Ltd.* c. *La Reine*[10]. Dans cette décision, le contribuable avait émis des billets à l'occasion du rachat d'une partie de ses actions détenues par ses actionnaires en règlement d'un litige qui avait été intenté contre certaines sociétés du groupe.

Le tribunal vint à la conclusion que le sous-alinéa 20(1)c)(ii) L.I.R. pouvait trouver application à l'égard de l'achat ou le rachat, par une société, de ses actions :

> « Étant donné que le billet émis pour le rachat des actions remplaçait le capital versé et les bénéfices non répartis qui étaient utilisés dans l'entreprise et qu'il y avait une acquisition de biens de cette manière, je conclus qu'il y a eu une acquisition de biens en vue de tirer un revenu d'une entreprise au sens du sous-alinéa 20(1)c)(ii) de la Loi et que les frais d'intérêts sur le billet peuvent être déduits en conséquence[11]. »

L'application du sous-alinéa 20(1)c)(i) L.I.R. dans les circonstances particulières de cette décision aurait été difficile compte tenu du fait que la société n'avait pas contracté un emprunt afin de procéder au rachat de ses actions.

---

9 *Id.*, par. 29.

10 2002 D.T.C. 1498 (C.C.I.) (ci-après « *Penn Ventilator* »).

11 *Id.*, par. 75.

Bien que le résultat de ces interprétations techniques soit accablant, il semble qu'il respecte la lettre de la loi et la jurisprudence applicable en la matière.

Dans le cadre d'une décision anticipée récente[12], l'ARC rendit une décision anticipée favorable à l'égard de la déductibilité des intérêts engagés sur des sommes empruntées en vue de payer un dividende à son unique actionnaire qui était une société non résidente du Canada en vertu du sous-alinéa 20(1)c)(i) L.I.R.

1.3. INTERPRÉTATION TECHNIQUE 2005-0157301R3[13]

De façon sommaire, une société canadienne imposable, dont la totalité des actions étaient détenues par une société non résidente, avait réalisé un gain à la suite de la disposition par elle des actions qu'elle détenait dans une autre société. À l'occasion du rapatriement d'une partie de son capital, la société canadienne désira remplacer une partie de son capital en faveur de son actionnaire représenté par ses BNR par des capitaux empruntés.

À cette fin, la société contracta un emprunt auprès d'une institution financière et déclara de façon concurrente un dividende en faveur de son unique actionnaire. Le montant de ce dividende n'excédant pas les BNR de la société.

L'ARC confirma que les intérêts payables à l'égard du prêt étaient déductibles pour la société canadienne en vertu de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. et que la règle générale antiévitement (ci-après « RGAÉ ») n'était pas applicable en l'espèce.

2. UTILISATION DES PERTES

Au Canada, le régime fiscal ne prévoit pas que les diverses entités qui composent un groupe corporatif puisse être traitées comme une seule entité aux fins du calcul de leur revenu. Ainsi, diverses sociétés faisant partie d'un même groupe corporatif peuvent, d'une part, réaliser des profits et être assujetties à l'impôt alors que, d'autre part, certaines sociétés de ce même

---

[12] *Revenue Canada Views*, *op. cit.*, note 3, interprétation technique 2005-0157301R3, 19 mai 2006.

[13] *Id.*

groupe peuvent réaliser des pertes dans le cadre de l'exploitation de leurs entreprises respectives.

Afin d'utiliser les pertes accumulées au sein d'un même groupe corporatif, les sociétés procèdent parfois à la réorganisation de leurs activités ou mettent en place des structures temporaires qui permettront aux entités profitables du groupe d'utiliser les pertes accumulées ou courantes des autres entités de ce même groupe afin de réduire globalement leur assujettissement à l'impôt[14].

Ainsi, année après année, des décisions anticipées se rapportant à des structures permettant de consolider les pertes des entités membres d'un groupe corporatif sont rendues par l'ARC. Cette dernière année ne fait pas exception à la règle. Nous avons cru bon de résumer succinctement deux cas où de telles structures furent l'objet de décisions anticipées au cours de la dernière année.

2.1. DÉCISION ANTICIPÉE 2006-0185221R3[15]

Dans cette première décision anticipée, une société étrangère contrôle, de façon indirecte, deux autres sociétés qui se qualifient à titre de société canadienne aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Ces sociétés canadiennes, soit Aco et Bco, œuvrent dans des secteurs d'activités différents.

Dans cette décision anticipée, il est mentionné que la société Aco tire, de l'exploitation de son entreprise, un revenu et est rentable alors que la société Bco accumule des pertes dans le cadre de l'exploitation de son entreprise. De plus, la société Bco avait divers autres comptes fiscaux qu'elle avait accumulés aux cours de ses années d'imposition antérieures, dont un solde de dépenses de recherche scientifique et développement expérimental

---

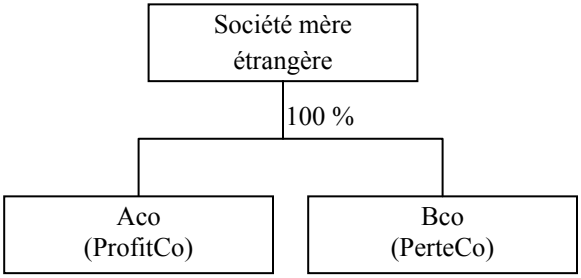
[14] Ces structures requièrent parfois qu'un instrument de dette soit mis en place entre les diverses sociétés du groupe afin de générer des revenus dans l'une des sociétés accumulant ou ayant accumulé des pertes. Le paragraphe 32 du *Bulletin d'interprétation* IT-533 précise à cet effet comment le test de l'utilisation directe des fonds sera généralement appliqué dans ces circonstances. Pour une revue de différentes opérations de consolidation, nous vous invitons à consulter le texte de François AUGER, « La consolidation fiscale d'un groupe corporatif », dans *Congrès 2004*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2005, pp. 18:1-60.

[15] *Tax Window Files*, dans *Tax Works* (en ligne), Don Mills, Ont., CCH Canadian, décision anticipée 2006-0185221R3, 23 août 2006.

(ci-après « RS & DE »), des crédits d'impôt à l'investissement (ci-après « CII ») non utilisés ainsi que des pertes autres qu'en capital reportées.

Afin que les attributs fiscaux de la société Bco, incluant notamment ses pertes autres qu'en capital reportées, son solde de dépenses de RS & DE ainsi que ses CII reportés, puissent être appliqués à l'encontre des revenus tirés de l'exploitation de l'entreprise de la société Aco, la réorganisation suivante fut mise en place.

Situation initiale



Dans un premier temps, la société mère étrangère obtient une somme qui fut tirée de sa ligne de crédit qu'elle a contractée auprès d'une institution financière avec laquelle elle traite à distance. Cette somme est par la suite prêtée à la société Aco, le tout conformément aux politiques de prêts de la société mère à l'égard des prêts effectués en faveur de ses filiales.

La société Aco utilise par la suite le capital qui lui fut octroyé par la société mère précédemment afin de souscrire à des actions privilégiées de la société Bco.

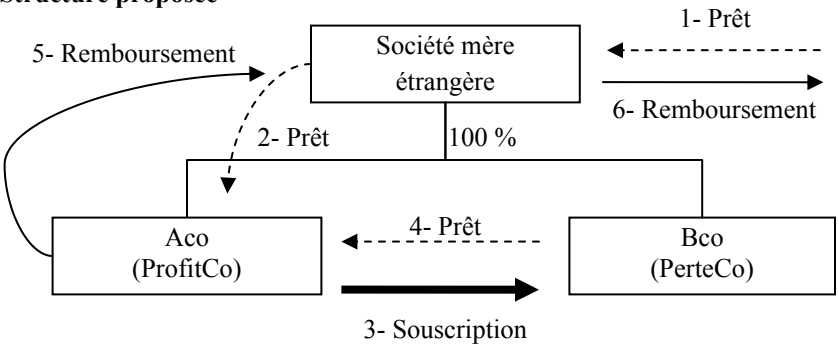
Ces actions privilégiées furent créées expressément afin de procéder à la transaction. À cette occasion, le capital-actions de la société Bco fut modifié afin de permettre l'émission d'un nombre illimité d'une catégorie d'actions privilégiées, comportant notamment les droits suivants : non votantes et donnant droit à un dividende cumulatif annuel à un taux déterminé fixe calculé sur leur valeur de rachat.

La société Bco utilise par la suite le produit de souscription de ses actions privilégiées émises en faveur de la société Aco afin d'effectuer un prêt en faveur de cette dernière. Le prêt sera remboursable à demande et portera intérêt à un taux correspondant au taux qui est alors applicable à l'égard de prêts similaires consentis par une institution financière.

Il convient de préciser que le taux applicable à l'égard du dividende fixe et cumulatif est légèrement supérieur au taux d'intérêt applicable à l'égard du prêt que la société Bco a consenti en faveur d'Aco. Il est par ailleurs mentionné que la société Aco a la capacité financière de rembourser le prêt qui lui est consenti.

Le produit de ce prêt sera alors utilisé par la société Aco afin de rembourser le prêt que la société mère lui avait précédemment consenti.

Structure proposée



Cette structure ne modifiera pas les flux monétaires générés par les opérations des entreprises exploitées respectivement par les sociétés Aco et Bco compte tenu du fait que le paiement des intérêts par Aco sera financé à même les dividendes reçus sur les actions de Bco qu'elle détient.

2.1.1. Décisions anticipées rendues

Plusieurs décisions anticipées furent demandées et rendues dans le cadre de la transaction décrite précédemment.

Premièrement, l'ARC confirma que les intérêts payés ou payables par Aco à l'égard du prêt que lui a consenti Bco seront déductibles en vertu de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. en raison du paragraphe 20(3) L.I.R., dans la mesure où Aco a une obligation légale de payer des intérêts, que le prêt est utilisé de façon continue à une fin admissible et que le montant des intérêts est raisonnable. En effet, étant donné que le produit du prêt qui a été consenti par Bco est utilisé afin de rembourser le produit du prêt accordé par la société mère en faveur d'Aco, le test de l'utilisation directe des fonds empruntés doit être déterminé en vertu du paragraphe 20(3) L.I.R.

Les dividendes que la société Aco recevra sur les actions privilégiées de la société Bco seront déductibles dans le calcul de son revenu imposable et leur déduction ne sera pas limitée par l'application des paragraphes 112(2.1), 112(2.2), 112(2.3) ou 112(2.4) L.I.R.

Les sociétés Aco et Bco ne seront pas respectivement assujetties à l'impôt de la Partie IV.1 ni de la Partie VI.1 L.I.R. relativement aux dividendes versés sur les actions privilégiées de la société Bco et détenues par Aco compte tenu du fait que ces dividendes seront considérés comme des dividendes exclus aux fins de ces parties. De plus, dans la mesure où Bco ne peut obtenir un remboursement au titre de dividende dans une année d'imposition où des dividendes sont versés sur les actions privilégiées détenues par Aco, cette dernière ne sera pas assujettie à l'impôt de la Partie IV L.I.R.

Finalement, l'ARC confirma que la RGAÉ ne sera pas applicable à la présente situation.

2.1.2. Commentaires

Un des éléments intéressants de cette décision anticipée est la divulgation de l'attribution du revenu imposable gagné dans une province par les sociétés Aco et Bco. Ainsi, le transfert du revenu de la société Aco en faveur de la société Bco et de l'utilisation par cette dernière de ses divers attributs fiscaux, incluant notamment ses pertes autres qu'en capital reportées, pourrait avoir des conséquences fiscales importantes sur le revenu imposable qui est gagné dans chacune des provinces où les sociétés en cause ont un établissement, en fonction de la répartition de leur revenu dans chacune de ces provinces. Ainsi, les attributs fiscaux de la société Bco pourraient de façon indirecte diminuer substantiellement le revenu imposable attribuable à une province où la société Aco a un établissement, sans que ces attributs fiscaux se rapportent à une entreprise exploitée dans cette province.

Dans le cadre de la table ronde du congrès annuel 2005 de l'Association canadienne d'études fiscales[16], l'ARC a eu à se pencher sur les incidences fiscales pour les provinces à l'occasion de structures de consolidations de pertes. L'ARC précise que les demandes de décisions anticipées doivent désormais comprendre une analyse de l'effet de la structure de consolidation des pertes sur les incidences fiscales pour les provinces. L'ARC a également

[16] « Table ronde de l'Agence du revenu du Canada », dans *2005 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2006, pp. 6B:1-48, aux pages 6B:13-15.

mentionné qu'elle consultera les autorités fiscales provinciales à l'égard desquelles une entente de perception est en vigueur lorsque la demande de décision anticipée modifie de façon matérielle l'allocation des revenus attribuables à ces provinces. Dans les autres situations, l'ARC enverra une copie de la décision anticipée aux autorités fiscales concernées. Il fut par ailleurs confirmé que la décision anticipée délivrée par l'ARC n'allait pas comprendre de conclusion à l'égard des RGAÉ provinciales. Par ailleurs, il fut mentionné qu'un groupe de travail avait été constitué afin d'analyser les transactions pouvant altérer les assiettes fiscales provinciales, incluant les structures de consolidation de pertes.

Les informations se rapportant à la distribution ou à l'attribution du revenu des sociétés en cause dans les provinces où ces dernières ont un établissement ne sont malheureusement pas divulguées. Il aurait été intéressant de connaître si cette différence aurait conféré un avantage fiscal additionnel au groupe corporatif.

Nous avons contacté l'ARC à ce sujet. Sans obtenir davantage de précisions sur l'identité des provinces en cause et quant à l'attribution des revenus s'y rapportant, nous avons été informés que la différence entre l'allocation du revenu imposable des sociétés en cause dans chacune des provinces n'était pas significative.

2.2. DÉCISION ANTICIPÉE 2005-0155451R3[17]

Cette deuxième décision anticipée est particulièrement intéressante. En effet, il s'agit d'une décision anticipée qui fut rendue à la suite d'une autre décision anticipée qui visait la consolidation des pertes d'un groupe corporatif dans le cadre d'un plan à deux étapes permettant l'utilisation des pertes reportées de l'une des sociétés faisant partie du groupe corporatif.

2.2.1. Décision anticipée précédente 2004-0098561R3[18]

Dans le cadre de la décision anticipée rendue à l'occasion de la première réorganisation[19], le groupe corporatif avait réorganisé ses opérations afin d'utiliser les attributs fiscaux d'une société du groupe.

---

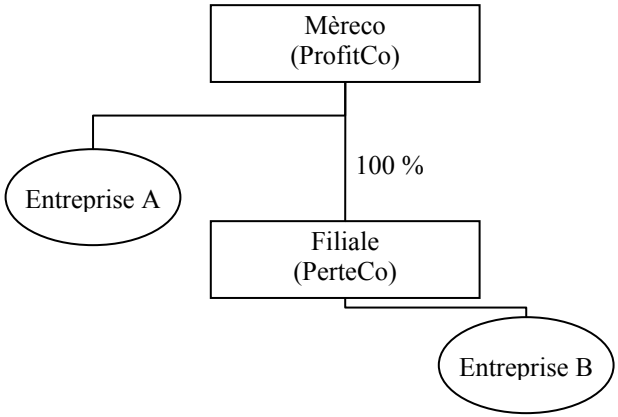
17 *Revenue Canada Views*, *op. cit*., note 3, décision anticipée 2005-0155451R3, 6 janvier 2006.

18 *Revenue Canada Views*, *op. cit*., note 3, décision anticipée 2004-0098561R3, 26 janvier 2005.

19 *Id.*

Dans cette décision, une société (ci-après « Mèreco ») exploitait une entreprise et tirait des revenus de l'exploitation de cette dernière. Par ailleurs, Mèreco détenait la totalité des actions d'une autre société (ci-après « Filiale »), qui exploitait également une entreprise. Toutefois, l'entreprise de Filiale était exploitée à perte et, par conséquent, Filiale avait accumulé des pertes autres qu'en capital et avait également des CII qui n'avaient pas été utilisés antérieurement.

Situation initiale



La réorganisation qui fut mise en place à cette occasion était grandement similaire à la réorganisation qui fit l'objet d'une décision de la Cour suprême du Canada dans le cadre de l'affaire *Stubart Investments Ltd.* c. *La Reine*[20].

Dans le cadre de cette décision anticipée, Mèreco transféra les biens qu'elle utilisait dans le cadre de l'exploitation de son entreprise manufacturière en faveur de Filiale. Ce transfert s'effectua sur une base de roulement conformément aux dispositions de l'article 85 L.I.R. et des actions de Filiale furent émises en contrepartie à Mèreco. Lorsqu'elles étaient requises, Mèreco obtenait les approbations nécessaires auprès de ses créanciers afin de procéder à ce transfert. Par ailleurs, les locaux et bâtiments

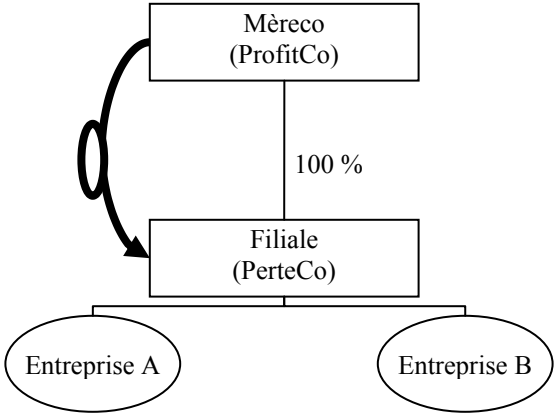
---

[20] 84 D.T.C. 6305 (C.S.C.) (ci-après « *Stubart* »). Pour un résumé des faits de cette affaire, voir notamment : Vivian MORGAN, « Stubart: What the Courts Did Next », International Tax Planning Feature, (1987), vol. 35, n° 1 *Revue fiscale canadienne* 155-181; Guy DUBÉ, « L'arrêt Stubart et le code d'interprétation et de planification fiscale », dans *Congrès 85*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1986, pp. 387-409.

où l'entreprise de Mèreco était, avant ce moment, exploitée furent cédés à Filiale sous forme de bail.

Filiale et Mèreco ratifièrent plusieurs autres conventions afin que les activités d'exploitation se rapportant aux biens transférés par Mèreco en faveur de Filiale soient toujours exercées par Mèreco et ses employés contre rémunération. De plus, en vertu de leurs ententes, les biens produits par Filiale étaient cédés à Mèreco pour une contrepartie correspondant à leur juste valeur.

Transaction et situation finale



Ainsi, la structure de consolidation mise en place consistait à utiliser les attributs fiscaux de Filiale à l'encontre des bénéfices tirés de l'exploitation de l'entreprise, qui autrefois était détenue et exploitée par Mèreco.

La décision anticipée rendue alors confirma que les paragraphes 15(1), 56(2) et 246(1) L.I.R. n'étaient pas applicables à l'égard de la transaction proposée. De même, l'ARC confirma que le paragraphe 245(2) L.I.R. ne serait pas applicable afin de recaractériser les conséquences fiscales de la transaction proposée.

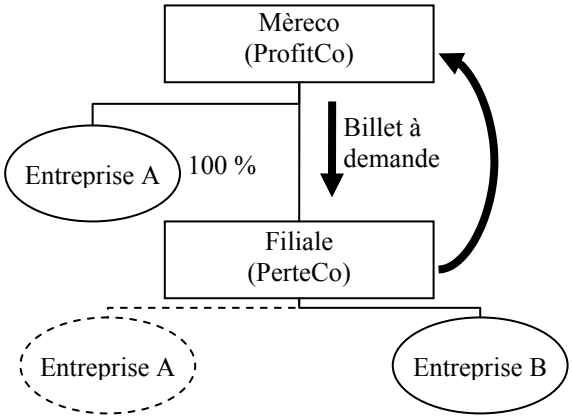
2.2.2. Décision anticipée subséquente 2005-0155451R3[21]

La décision anticipée qui fut rendue en 2006 nous semble être la seconde étape de la réorganisation visant l'utilisation des attributs fiscaux de Filiale.

Dans le cadre de cette seconde réorganisation, il est mentionné que Mèreco a des pertes autres qu'en capital reportées qui furent générées, semble-t-il**,** au cours des années d'imposition terminées depuis la réorganisation visée à la décision anticipée précédente. De son côté, Filiale avait encore des attributs fiscaux qui n'avaient pas été utilisés à la suite de la première réorganisation.

Ainsi, dans le cadre de la seconde réorganisation, les biens qui furent transférés une première fois en faveur de Filiale sur une base de roulement furent cédés à nouveau, cette fois en faveur de Mèreco. À cette occasion, Mèreco et Filiale obtinrent les autorisations nécessaires au transfert de ces biens, lorsque cela était requis, auprès de leurs créanciers. La contrepartie de ce transfert fut respectée par la remise par Mèreco d'un billet à demande ne portant pas intérêt et représentant une somme correspondant à la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») des biens ainsi transférés. Par conséquent, ce transfert s'effectua sur une base imposable.

Transaction proposée

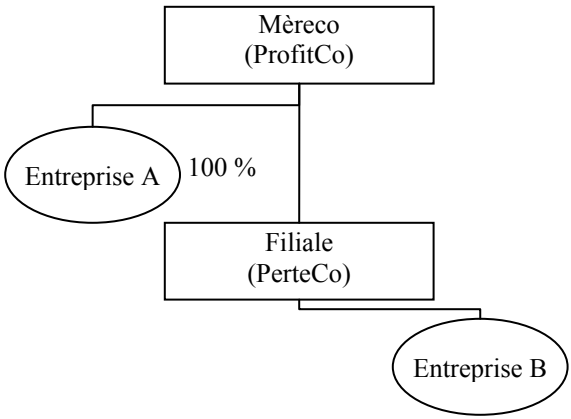


[21] *Revenue Canada Views*, *op. cit*., note 3, décision anticipée 2005-0155451R3, 6 janvier 2006.

De façon subséquente, Filiale, qui était une société autre qu'une société publique, réduisit le capital versé (ci-après « CV ») attribuable à ses actions ordinaires d'un montant équivalant à la JVM des biens transférés précédemment en faveur de Mèreco. À cette occasion, Filiale remit un billet à demande en faveur de Mèreco pour un montant équivalant à cette valeur. Il convient de mentionner que le montant de la réduction du CV était à la fois inférieur au CV attribuable à ces actions et inférieur à leur prix de base rajusté.

Les billets à demande qui furent émis par Filiale et Mèreco en faveur respectivement de cette dernière et de Filiale furent réciproquement l'objet de compensation et furent par conséquent annulés.

Situation finale



Étant donné que la valeur des biens ainsi transférés excédait la fraction non amortie du coût en capital qui était attribuable aux catégories auxquelles ces biens se rapportent, Filiale réalisa un revenu à l'occasion de ce transfert en raison de la récupération de l'amortissement qui avait été réclamé par Mèreco au cours des années antérieures. Filiale déduisit ses pertes autres qu'en capital reportées à l'encontre du revenu généré par ce transfert.

La décision anticipée mentionne que le but des transactions est d'utiliser les attributs fiscaux de Filiale à l'encontre du revenu qui est réalisé à la suite du transfert des biens en faveur de Mèreco et d'augmenter la base fiscale de ces biens en faveur de cette dernière.

L'ARC confirma par sa décision anticipée que les paragraphes 15(1), 56(2) et 246(1) L.I.R. n'étaient pas applicables à l'égard de la transaction

projetée. De plus, l'ARC confirma que la RGAÉ ne trouverait pas application afin de recaractériser les conséquences fiscales de la transaction proposée. D'autres décisions anticipées à l'égard de certaines règles applicables aux biens amortissables transférés furent également rendues.

2.2.3. Commentaires

Il est intéressant de constater que, dans le cadre des deux décisions anticipées rendues à l'égard de ces transferts, aucune ne confirme que les pertes autres qu'en capital reportées pouvaient être déductibles dans le calcul du revenu imposable de Filiale. De plus, dans le cadre de la seconde transaction, aucune décision anticipée ne confirma que le paragraphe 69(11) L.I.R. n'allait pas trouver application. Nous présumons que les parties étaient satisfaites de son inapplication puisque Mèreco était affiliée à Filiale au moment du transfert.

3. CRÉDIT D'IMPÔT À L'INVESTISSEMENT

Le régime fiscal canadien accorde certains avantages fiscaux aux contribuables qui effectuent des activités de RS & DE au Canada. En particulier, les contribuables qui engagent des dépenses à l'égard de telles activités peuvent bénéficier d'une aide fiscale sous la forme d'un crédit d'impôt pouvant être utilisé à l'encontre de leurs impôts autrement payables.

Le crédit correspond habituellement à 20 % des dépenses de RS & DE engagées par le contribuable au Canada. Lorsque la société se qualifie de société privée sous contrôle canadien (ci-après « SPCC »), le contribuable peut bénéficier d'un crédit qui peut, dans certaines circonstances, être majoré d'un montant représentant 15 % de ces dépenses de RS & DE.

Lorsque le CII se rapportant aux activités de RS & DE du contribuable excède l'impôt autrement payable par celui-ci, le crédit peut être appliqué à l'encontre des impôts payables d'une des trois années antérieures ou être reporté à l'encontre des impôts autrement payables par lui au cours des 20 années d'imposition subséquentes. Toutefois, dans la mesure où la société est une SPCC, cet excédent peut lui être remboursé dans certaines circonstances[22]. Il en sera notamment ainsi à l'égard du crédit au taux combiné de 35 % que la société réclame. Toutefois, lorsque seul le crédit de base au taux de 20 % est disponible, le crédit se rapportant à des dépenses de

[22] Le taux de remboursement varie notamment en fonction de la nature des dépenses de RS & DE qui donnent droit au crédit.

RS & DE de nature courante ne pourra être remboursé que dans la mesure où la société se qualifie à titre de société admissible, au sens du paragraphe 127.1(2) L.I.R. L'alinéa a) de cette définition est rédigé de la façon suivante :

> « a. société qui est une société privée sous contrôle canadien tout au long de l'année donnée, sans être associée à une autre société au cours de cette année, et dont le revenu imposable pour son année d'imposition précédente, calculé avant la prise en compte des conséquences fiscales futures déterminées, ne dépasse pas son plafond des affaires pour cette année précédente. »

Le *Bulletin d'interprétation* IT-151R5 mentionne ce qui suit :

> « Pour une année d'imposition donnée qui commence après 1995, les sociétés (et les sociétés associées) dont le capital imposable utilisé au Canada au cours de l'année d'imposition précédente (ou de la dernière année se terminant au cours de l'année civile précédente) dépasse 15 000 000 $ n'auront pas de plafond des affaires (voir le numéro 81) et, par conséquent, ne rempliront pas les conditions leur permettant d'être des sociétés admissibles. Comme elles auront aussi une limite de dépenses nulle (voir le numéro 81), elles ne pourront pas gagner des crédits d'impôt à l'investissement remboursables. Pour les années d'imposition qui commencent après 1995, pour déterminer si une SPCC est une société admissible pour une année d'imposition donnée, son revenu imposable pour l'année précédente et celui des sociétés avec lesquelles elle est associée au cours de l'année donnée pour la dernière année d'imposition se terminant au cours de l'année civile précédente doit être déterminé avant la prise en compte des conséquences fiscales futures pour cette année. L'expression "conséquence fiscale future déterminée" est définie au paragraphe 248(1)[23]. »

3.1. INTERPRÉTATION TECHNIQUE 2005-016161117[24]

Dans le cadre de cette interprétation technique interne, un bureau local de services fiscaux demanda l'avis à la division des décisions en impôt relativement à la position exposée au paragraphe 87 du *Bulletin d'interprétation* IT-151R5 compte tenu des représentations des conseillers fiscaux du contribuable.

Selon ces derniers, le contribuable, qui est par ailleurs une SPCC, peut se qualifier à titre de « société admissible » au sens du paragraphe 127.1(2)

---

[23] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-151R5 (consolidé), « Dépenses de recherche scientifique et de développement expérimental », 28 juillet 2003, par. 87.

[24] *Revenue Canada Views*, *op. cit.*, note 3, interprétation technique 2005-016161117, 28 avril 2006.

L.I.R. malgré le fait que son capital imposable excède, au cours de son année d'imposition antérieure, la somme de 15 M$. À cet égard, ils mentionnent qu'en vertu du libellé du paragraphe 125(5.1) L.I.R., le plafond des affaires ne peut donner qu'un résultat positif en raison des termes utilisés à ce paragraphe :

> « Malgré les paragraphes (2) à (5), le plafond des affaires d'une société privée sous contrôle canadien pour une année d'imposition donnée se terminant au cours d'une année civile correspond à l'excédent éventuel de son plafond des affaires déterminé par ailleurs pour l'année donnée sur le résultat du calcul suivant […][25]. » (Notre soulignement)

De façon alternative, les conseillers du contribuable soutiennent qu'en vertu du paragraphe 125(5.1) L.I.R., lorsque le capital imposable d'une société pour son année d'imposition antérieure excède la somme de 15 M$, le plafond des affaires de la société correspond alors à zéro plutôt que de conclure, comme l'avance l'ARC, que la société n'a tout simplement pas de plafond des affaires.

Dans le cadre de l'interprétation technique à l'étude, l'ARC confirma que la position qui est énoncée au *Bulletin d'interprétation* IT-151R5 représente toujours la position de l'ARC. À cet effet, lorsque le capital imposable d'une société excède la somme de 15 M$ au cours de son année d'imposition antérieure, la société ne peut à aucun moment se qualifier à titre de « société admissible » aux fins du paragraphe 127.1(2) L.I.R.

3.1.1. Commentaires

Malgré la position de l'ARC qui est mentionnée au *Bulletin d'interprétation* IT-151R5[26], la position du contribuable nous semble avoir du mérite sur le plan technique. Ainsi, lorsque le revenu imposable d'un contribuable est égal à zéro au cours de son année d'imposition antérieure, il peut difficilement être conclu que ce revenu excède le plafond des affaires de la société au cours de cette même année. L'ARC est d'avis toutefois que, dans les circonstances discutées préalablement, il n'y a aucun plafond des affaires[27]. Par conséquent, les conditions d'application de la définition de « société admissible » ne peuvent être respectées.

---

[25] Par. 125(5.1) L.I.R.

[26] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 23.

[27] Plutôt que de considérer que le plafond des affaires correspond à 0 $, l'ARC est d'avis qu'il n'existe aucun plafond des affaires lorsque le capital de la société excède la somme de 15 M$ au cours de son année d'imposition antérieure.

Nous notons à cet égard que les notes techniques se rapportant aux modifications apportées en 1995 à l'égard du calcul de la limite de dépenses prévue au paragraphe 127(10.2) L.I.R. prévoient explicitement que le plafond des affaires peut être égal à zéro :

> « In other words, the CCPC's expenditure limit will be reduced in accordance with the reduction in the CCPC's business limit under section 125 of the Act. Consequently, where the CCPC's business limit is zero, the CCPC's expenditure limit is also zero. » (Notre soulignement)

Par ailleurs, compte tenu du fait que la présente interprétation technique émane d'un bureau des services fiscaux, cette question pourrait éventuellement être débattue devant les tribunaux.

4. IMPÔT DE LA PARTIE XIII L.I.R.

Lorsqu'une personne qui est résident du Canada, ou qui est réputé l'être, effectue un paiement ou crédite une somme qui est de l'intérêt en faveur d'une personne qui est non-résident du Canada, ou qui est réputé l'être, cette personne doit retenir une somme à titre d'impôt qui est payable par le non-résident.

Toutefois, lorsque le paiement d'intérêt est effectué par une société en faveur d'une personne avec laquelle le payeur n'a pas de lien de dépendance et que la société ne peut être tenue de rembourser plus de 25 % du principal du prêt au cours des cinq premières années du prêt, le paiement d'intérêts en faveur de non-résidents du Canada ne sera pas assujetti à l'impôt de la Partie XIII L.I.R.

De façon administrative, dans les situations où l'emprunteur est une société de personnes, l'ARC applique l'exemption prévue au sous-alinéa 212(1)b)(vii) L.I.R. lorsque tous les membres de la société de personnes sont des sociétés[28]. Toutefois, lorsque l'un des membres de la société de personnes n'est pas une société, à la suite de la disposition d'une part de la société de personnes ou autrement, la position administrative de l'ARC ne trouvera pas application.

De façon générale, les ententes de financement font supporter le coût de tout impôt de retenu, dont l'impôt de la Partie XIII L.I.R., à l'emprunteur.

---

[28] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-361R3, « Exemption de l'impôt de la partie XIII sur les intérêts versés à des non-résidents », 12 février 1996.

Ainsi, l'emprunteur doit généralement payer une somme additionnelle au prêteur lorsqu'une somme est payable au Receveur général en vertu de l'article 212 L.I.R.

Ainsi, le coût relié au financement des entreprises exploitées par une entité autre qu'une société, tel une société de personnes ou une fiducie, pourrait être beaucoup plus lourd. Il en sera notamment ainsi lorsque l'un des membres d'une société de personnes n'est pas une société par actions.

Toutefois, des structures alternatives de financement peuvent être mises en place pour bénéficier de l'exemption du sous-alinéa 212(1)b)(vii) L.I.R. à l'égard du financement accordé indirectement à ces entités.

4.1. DÉCISION ANTICIPÉE 2005-0126841R3[29]

Cette décision anticipée a été rendue à l'égard d'un prêt consenti afin de financer les coûts afférents à un projet de construction immobilier d'une société de personnes constituée en société en commandite. Les membres de la société de personnes concernée étaient tous des sociétés qui étaient des résidents du Canada, incluant le commandité ainsi que sa filiale (ci-après « Finco »).

Afin de financer les activités de la société de personnes, Finco contracta un prêt auprès de divers prêteurs. En vertu des modalités du prêt, les conditions d'application de l'exception prévue au sous-alinéa 212(1)b)(vii) L.I.R. étaient respectées. Notamment, l'emprunteur était une société et le prêt était contracté auprès d'une ou plusieurs personnes traitant à distance avec cette dernière.

Finco utilisa le produit du prêt afin d'effectuer un second prêt en faveur de la société en commandite. Ce second prêt aura les mêmes modalités que le prêt principal accordé à Finco, à l'exception du taux d'intérêt applicable au second prêt qui est légèrement plus élevé.

Il est mentionné que le produit du prêt principal sera par ailleurs garanti par les membres de la société de personnes, y compris son commandité et Finco.

---

[29] *Revenue Canada Views*, *op. cit.*, note 3, décision anticipée 2005-0126841R3, 18 janvier 2006.

Malgré le fait que le prêt principal aurait pu se qualifier s'il avait été effectué directement en faveur de la société de personnes plutôt qu'en faveur de Finco en raison de la position administrative de l'ARC mentionnée précédemment, il fut jugé souhaitable de contracter le prêt principal par l'entremise de Finco pour pallier toute incertitude relativement à la disponibilité de l'exception du sous-alinéa 212(1)b)(vii) L.I.R., dans la mesure où l'ARC devait modifier sa position, et pour faciliter la libre cession des parts de la société de personnes par ses membres. En procédant ainsi, le groupe s'assurait de conserver le bénéfice de l'application du sous-alinéa 212(1)b)(vii) L.I.R. même si une personne autre qu'une société acquérait un intérêt dans la société de personnes.

Étant donné que le prêt accordé en faveur de Finco était en fait accordé indirectement au bénéfice de la société de personnes, le contribuable demanda à l'ARC de confirmer que le prêt octroyé à Finco respectait les exigences prévues au sous-alinéa 212(1)b)(vii) L.I.R.

L'ARC confirma à cet effet que le prêt consenti en faveur de Finco respectait les conditions énoncées au sous-alinéa 212(1)b)(vii) L.I.R. et que l'admission d'un nouveau membre de la société de personnes par une personne autre qu'une société ne disqualifiera pas le prêt aux fins de l'application de cette exception. De plus, l'ARC confirma que la RGAÉ ne serait pas applicable en l'espèce.

4.1.1. Commentaires

Il convient de préciser que l'ARC a déjà mentionné qu'elle invoquera la RGAÉ à l'égard des structures *back-to-back loans* mises en place afin de bénéficier de l'exemption prévue à l'alinéa 212(1)b)(vii) L.I.R. lorsque cette exemption ne sera pas par ailleurs applicable[30].

À la lumière des décisions anticipées récentes en la matière et qui sont similaires à celle qui a été discutée précédemment, il semble que désormais l'ARC est d'avis que le paragraphe 245(2) L.I.R. ne s'appliquera pas lorsqu'un prêt est contracté par une société en vue d'effectuer un prêt à une entité ne pouvant bénéficier de l'exemption prévue au sous-alinéa 212(1)b)(vii) L.I.R.

---

[30] Voir notamment *Revenue Canada Views*, *op. cit.*, note 3, interprétations techniques 3M05190, 11 juin 1992, et 1990-361, novembre 1990.

4.2. DÉCISION ANTICIPÉE 2005-0155361R3[31]

Dans cette autre décision anticipée rendue à l'égard d'une transaction similaire, l'ARC confirma qu'une structure *back-to-back loan* était acceptable pour l'ARC aux fins de l'application du sous-alinéa 212(1)b)(vii) L.I.R.

Cette décision concerne également une société de personnes qui est une société en commandite. Bien que la décision anticipée évoque que le commandité de la société de personnes est une société, aucune précision n'est fournie quant à l'identité ou à la classification de commanditaires de la société de personnes. Toutefois, nous croyons qu'il s'agit de personnes autres que des sociétés.

La décision anticipée fait état que la société de personnes avait antérieurement contracté un prêt à l'égard de l'acquisition des biens utilisés dans le cadre de ses opérations. Dans le cadre du refinancement de ses opérations et de ses dettes à long terme, la société de personnes agissant par le biais de son commandité voulait s'assurer d'obtenir de nouvelles facilités de crédit à des conditions avantageuses. Le financement ayant les meilleures conditions était offert par un syndicat de prêteurs comprenant des personnes qui n'étaient pas des résidents du Canada. Par ailleurs, la convention de crédit prévoyait les dispositions usuelles de ce type de convention, incluant les clauses de majoration de coût où tout impôt de retenu, y compris l'impôt de la Partie XIII L.I.R., est à la charge de l'emprunteur.

Ainsi, dans la mesure où l'exemption prévue au sous-alinéa 212(1)b)(vii) L.I.R. ne serait pas offerte à l'égard de ce prêt, les coûts se rapportant au financement de l'entreprise exploitée par la société de personnes seraient plus élevés.

Afin de bénéficier de l'exception prévue au sous-alinéa 212(1)b)(vii) L.I.R., la société de personnes constitua une société (ci-après « Finco ») dont elle détiendra toutes les actions. Finco empruntera auprès des prêteurs désignés préalablement les sommes nécessaires aux opérations de financement envisagées par la société de personnes. Le produit du prêt sera par la suite prêté par Finco en faveur de la société de personnes à des conditions sensiblement identiques. Toutefois, le taux d'intérêt applicable à l'égard du prêt consenti à la société de personnes par Finco sera légèrement plus élevé que celui applicable à l'égard du prêt consenti à Finco.

---

[31] *Revenue Canada Views*, *op. cit.*, note 3, décision anticipée 2005-0155361R3, 24 mai 2006.

En vertu de la convention de crédit intervenue entre les prêteurs et Finco, le prêt sera garanti sur les biens utilisés par la société de personnes dans l'exploitation de son entreprise.

Le produit du prêt consenti à la société de personnes fut utilisé par elle dans son entreprise, notamment afin de refinancer sa dette à long terme.

Compte tenu du fait que le prêt accordé en faveur de Finco était en réalité accordé indirectement au bénéfice de la société de personnes dont les membres n'étaient pas tous des sociétés, le contribuable demanda à l'ARC de confirmer que le prêt octroyé à Finco respectait les exigences prévues au sous-alinéa 212(1)b)(vii) L.I.R.

L'ARC confirma à cet effet que le prêt consenti en faveur de Finco respectait les conditions énoncées au sous-alinéa 212(1)b)(vii) L.I.R. et que la RGAÉ ne serait pas applicable en l'espèce.

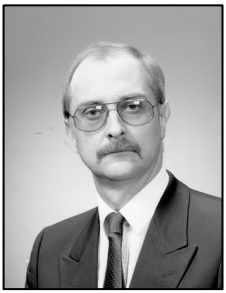
4.2.1. Commentaires

Compte tenu du fait que la société de personnes comportait des membres qui n'étaient pas des sociétés par actions, le produit du prêt pouvait être inclus en vertu du paragraphe 15(2) L.I.R. dans le calcul de leur revenu respectif lorsque les conditions d'application de cette disposition sont par ailleurs respectées.

À cette fin, une décision anticipée favorable fut également rendue dans le cadre de cette décision anticipée pour confirmer que le paragraphe 15(2.3) L.I.R allait s'appliquer à la situation. L'ARC considéra, à la lumière des faits qui lui avaient été exposés, que Finco avait consenti le prêt dans le cours normal de ses activités.

L'application par l'ARC des règles prévues au sous-alinéa 212(1)b)(vii) et au paragraphe 15(2.3) L.I.R. ne peut être que bénéfique aux entreprises canadiennes qui financent leurs opérations sur les marchés étrangers. Il est difficile de déterminer, toutefois, si cet élément fut considéré dans le cadre du renversement de la position de l'ARC quant à l'application de la RGAÉ à l'égard de prêts effectués indirectement en faveur d'entités qui ne pourraient bénéficier par ailleurs de l'exemption prévue au sous-alinéa 212(1)b)(vii) L.I.R.

POT-POURRI DE NOUVEAUTÉS EN MATIÈRE DE FIDUCIES



Marc Jolin
Avocat, M. Fisc.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 31:5

1. « FIDUCIE POUR SOI » ET CHANGEMENT DANS LA PROPRIÉTÉ EFFECTIVE 31:5

1.1. M. WILLIAMS EST-IL LE SEUL BÉNÉFICIAIRE DE LA FIDUCIE? 31:7
1.1.1. Clause faisant référence aux bénéficiaires 31:8
1.1.2. Clause de bénéficiaires privilégiés 31:8
1.1.3. Clauses de non-retour (*non reversion clause*) 31:9
1.1.4. Clause d'amendement 31:10
1.1.5. Clause de non-attribution (*no vesting section*) 31:10
1.1.6. Documents accessoires 31:11
1.2. LE SEUL BÉNÉFICIAIRE A-T-IL LA PROPRIÉTÉ EFFECTIVE DES BIENS DE LA FIDUCIE? 31:11
1.3. ALINÉA 248(3)F) L.I.R. 31:13
1.4. POSITION ADMINISTRATIVE DE L'ARC 31:13

1.5. DOCTRINE 31:14
1.6. DÉCISION DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA 31:14
1.7. QUELQUES PRINCIPES D'INTERPRÉTATION 31:15

2. PARAGRAPHE 75(2) L.I.R. ET ACTIONS SOUSCRITES PAR UNE FIDUCIE DONT LA SOCIÉTÉ EST ELLE-MÊME BÉNÉFICIAIRE 31:16

2.1. TABLE RONDE SUR LA FISCALITÉ FÉDÉRALE DU CONGRÈS 2005 ..... 31:16
2.2. SITUATIONS OÙ LE PARAGRAPHE 75(2) L.I.R. NE S'APPLIQUE PAS POUR UNE RAISON TECHNIQUE 31:18
2.3. QUELLES SONT LES SITUATIONS OÙ LE PARAGRAPHE 75(2) L.I.R. NE S'APPLIQUE PAS AUX FIDUCIES QUI COMPTENT PARMI LEURS BÉNÉFICIAIRES DES SOCIÉTÉS? 31:19
2.3.1. Droit des sociétés 31:19
2.3.2. Droit des fiducies 31:20
2.3.3. Comment la jurisprudence fiscale analyse-t-elle les actes de fiducie? 31:24
2.4. ANALYSE DE CERTAINS ASPECTS DU PARAGRAPHE 75(2) L.I.R. 31:26
2.4.1. Dans une émission d'actions par une société à une fiducie, les actions sont-elles « reçues » par la société? 31:26
2.4.2. Revenir ou *revert* 31:28
2.5. L'APPLICATION DU PARAGRAPHE 75(2) L.I.R. 31:33
2.6. IMPÔT DE LA PARTIE IV L.I.R. 31:35
2.7. CESSER L'EXISTENCE DE LA PERSONNE 31:37
2.7.1. Fusion 31:38
2.7.2. Liquidation ou dissolution 31:39
2.8. VIVRE AVEC L'APPLICATION DES DISPOSITIONS DU PARAGRAPHE 75(2) L.I.R. 31:45

3. FIDUCIE D'ÉTALEMENT DE RÉGIMES ET RÉGIMES ENREGISTRÉS D'ÉPARGNE-RETRAITE 31:46

3.1. DIVISION 60L)(II)(B) L.I.R. 31:46
3.2. RENTE ADMISSIBLE DE FIDUCIE POUR ENFANTS MINEURS 31:46
3.2.1. Date d'acquisition 31:47
3.2.2. Modalités de la rente 31:47
3.2.3. Durée de la rente 31:51
3.2.4. Après 2005, au décès de l'enfant avant le dernier paiement de la rente 31:51

3.3. PARAGRAPHE 146(8.1) L.I.R. 31:51
3.3.1. Propositions législatives 31:51

4. FIDUCIE DE PRESTATIONS À VIE 31:53

4.1. CONDITIONS APPLICABLES À L'IDENTITÉ DU CONTRIBUABLE (BÉNÉFICIAIRE, LÉGATAIRE OU HÉRITIER) 31:53
4.2. CONDITIONS APPLICABLES À LA FIDUCIE 31:54
4.3. FIDUCIE DE PRESTATIONS À VIE ET FIDUCIE EXCLUSIVE 31:55
4.4. RENTE ADMISSIBLE DE FIDUCIE 31:56
4.4.1. Acquisition de la rente 31:57
4.4.2. Le rentier est une fiducie de prestations à vie 31:57
4.4.3. Types de rentes 31:58
4.4.4. Au décès du contribuable 31:59
4.4.5. Règles additionnelles selon le paragraphe 60(3) L.I.R. 31:59
4.4.6. Rentes admissibles de fiducie acquises après 2000 et avant 2006 ..... 31:62
4.5. RÈGLES APPLICABLES AUX RENTES ADMISSIBLES DE FIDUCIE 31:62
4.5.1. Attribution du revenu de la rente 31:63
4.5.2. Juste valeur marchande de la rente au décès du contribuable 31:63
4.5.3. Juste valeur marchande de la participation au capital de la fiducie 31:64
4.6. FIDUCIE DE TYPE « HENSON » 31:65
4.6.1. Interprétation technique 31:65
4.6.2. Décisions en matière de sécurité du revenu, d'aide et d'allocation sociale 31:66

INTRODUCTION

La présente conférence se propose d'examiner quatre thèmes, lesquels sont les principales nouveautés en matière de fiducies pour l'année 2006. Nous commencerons par une analyse de l'arrêt *Williams* c. *La Reine*[1] concernant le changement se rapportant au *beneficial ownership* dans le contexte de la fiducie pour soi pour un particulier âgé de moins de 65 ans. Nous commençons par l'analyse de cette décision étant donné que certains des principes que nous y dégageons nous serviront dans notre analyse portant sur l'interprétation de l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») traitant du paragraphe 75(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[2] et des actions d'une société souscrites par une fiducie dont la société est elle-même bénéficiaire.

Nous examinerons ensuite les modifications législatives proposées aux fiducies d'étalement de régimes et finalement, nous analyserons le régime fiscal des nouvelles fiducies de prestations à vie et du concept de rentes admissibles de fiducies, et les fiducies « Henson ».

1. « FIDUCIE POUR SOI » ET CHANGEMENT DANS LA PROPRIÉTÉ EFFECTIVE

La décision *Williams* de la Cour canadienne de l'impôt, rendue le 19 août 2005, soulève des questions intéressantes et projette un éclairage perspicace concernant les « fiducies pour soi »[3].

Rappelons que lors de la Table ronde sur la fiscalité fédérale au Congrès 2002 de l'APFF[4], quelques questions avaient été adressées à l'ARC pour déterminer si une fiducie possédant certaines caractéristiques pouvait bénéficier du transfert sans incidence fiscale par un particulier à une fiducie pour soi. L'affaire *Williams* permet de se pencher avec plus de précision sur certaines des questions alors posées et auxquelles l'ARC avait répondu : « […] nous ne pouvons répondre à cette question en ce moment. »

---

1 [2005] 4 C.T.C. 2499 (C.C.I.) (ci-après « *Williams* »).

2 L.R.C. (1985), 5e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »); comprend également la *Loi sur les impôts*, L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »).

3 S.-al. 73(1.01)c)(ii) et 73(1.02)b)(ii) L.I.R.

4 « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2002*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2003, pp. 57:1-59.

Cette décision est aussi importante parce qu'elle fournit de précieuses indications sur la façon dont les tribunaux interprètent les actes de fiducie aux fins d'en déterminer certaines incidences fiscales. Dans ce contexte, les principes dégagés dans cette décision nous serviront à mieux déterminer une question analysée plus loin concernant l'application potentielle des dispositions du paragraphe 75(2) L.I.R. dans le contexte d'une fiducie ayant souscrit à des actions d'une société qui est elle-même bénéficiaire de la fiducie.

Les faits sont très simples. En avril 1991, M. Williams constitue une fiducie à son bénéfice et y transfère 62 500 actions de catégorie « A » du capital-actions d'une société, Golders Green Holdings Ltd. (ci-après « Golders Green »). Au moment du transfert des actions à la fiducie, les actions avaient un prix de base rajusté (ci-après « PBR ») de 62,50 $ et une juste valeur marchande (ci-après « JVM ») de 2,5 M$.

L'ARC a adopté la position que le transfert des 62 500 actions de catégorie « A » de Golders Green avait été effectué à la JVM. Le contribuable prétend que le transfert a été fait au PBR[5].

L'extrait pertinent de l'article 54 L.I.R. se lit comme suit :

> « "**Disposition de biens**"
>
> Sont compris dans la disposition de biens, sauf dispositions contraires expresses :
>
> c) tout transfert de biens à une fiducie ou tout transfert des biens d'une fiducie à tout bénéficiaire de cette fiducie, sous réserve de l'alinéa e);
>
> Il demeure toutefois entendu que le terme ne vise pas :
>
> […]
>
> e) un transfert de biens à la suite duquel il y a un changement dans la propriété légale du bien sans changement dans la propriété effective de ce biens; […]. » (Notre soulignement)

---

[5] En 1991, l'article 54 L.I.R. contenait alors une définition de l'expression « disposition de biens ». Cette définition a été abrogée en 2001 pour les opérations et événements se produisant après le 23 décembre 1998. Une nouvelle définition de « disposition » se trouve désormais au paragraphe 248(1) L.I.R.

La version anglaise de l'ancien article 54 L.I.R. se lisait comme suit : « (v) Any transfer of property by virtue of which there is a change in the legal ownership of the property without any change in the beneficial ownership thereof, […]. »

L'extrait pertinent du sous-alinéa 73(1.02)b)(ii) L.I.R. actuel se lit comme suit : « le transfert n'a pas pour effet de changer la propriété effective du bien […] ». (Notre soulignement)

Nous voyons donc immédiatement l'importance de cette décision étant donné que l'expression « sans changement dans la propriété effective de ce bien » à l'ancien article 54 L.I.R. est pratiquement identique à l'expression « le transfert n'a pas pour effet de changer la propriété effective du bien » au sous-alinéa 73(1.02)b)(ii) L.I.R.

Pour répondre à la question, le juge décide de se poser deux questions successives :

1) M. Williams est-il le seul bénéficiaire de la fiducie?

2) Le seul bénéficiaire d'une fiducie a-t-il nécessairement la propriété effective des biens de la fiducie?

1.1. M. WILLIAMS EST-IL LE SEUL BÉNÉFICIAIRE DE LA FIDUCIE?

Sur cette question, l'ARC prétend que la fiducie est un véhicule de fractionnement de revenu qui prévoit que les enfants et les petits-enfants pourraient devenir bénéficiaires de la fiducie alors que le contribuable prétend qu'il est le seul bénéficiaire.

Selon l'acte de fiducie, les trois fiduciaires, dont le constituant, ont les pouvoirs d'administration très larges, incluant ceux de vendre les biens. Ils ont la discrétion de payer le revenu et le capital de la fiducie à M. Williams en tout temps et le capital de la fiducie doit être remis à M. Williams au plus tard 21 ans après la date de la constitution de la fiducie.

Même si les termes fondamentaux de l'acte de fiducie suggèrent que les biens de la fiducie sont détenus exclusivement pour le bénéfice de M. Williams, l'acte contient un certain nombre de dispositions accessoires qui semblent suggérer autrement.

L'ARC prétend, en regardant l'acte de fiducie dans son ensemble, que l'on pourrait en arriver à la conclusion que les enfants et les petits-enfants du constituant pourraient recevoir des distributions.

L'ARC se base sur les extraits suivants de l'acte de fiducie pour appuyer sa prétention :

a) des références dans l'acte au terme « bénéficiaires »;

b) un pouvoir permettant le choix de bénéficiaires privilégiés;

c) une clause de non-attribution (*a "no vesting" clause*);

d) une clause de non-retour (*a "no reversion" clause*);

e) une disposition permettant d'amender l'acte de fiducie.

1.1.1. Clause faisant référence aux bénéficiaires

Le procureur du contribuable a prétendu que les clauses mentionnées ci-dessus ont été incluses par erreur par quelqu'un qui s'est basé sur un autre type de fiducie pour construire la fiducie faisant l'objet du présent appel. De plus, il suggère que l'acte de fiducie, dans son ensemble, ne permet pas d'appuyer la position de l'ARC étant donné qu'il ressort tout de même clairement que les fiduciaires ne peuvent distribuer le capital de la fiducie qu'à M. Williams et à personne d'autre. La décision est intéressante parce qu'elle permet de voir jusqu'où l'ARC est prête à aller pour interpréter un acte de fiducie dans le sens qui fait plutôt son affaire.

1.1.2. Clause de bénéficiaires privilégiés

Le juge Wood commence donc par examiner la portée de la clause de l'acte de fiducie permettant des distributions aux bénéficiaires privilégiés dans le but de les compenser pour toute augmentation de l'impôt résultant du choix de bénéficiaire privilégié.

Même si cette clause était à l'époque fréquemment utilisée dans les fiducies de fractionnement de revenu par le fait qu'elle permettait une distribution de revenu à des bénéficiaires sans qu'il y ait distribution effective de revenu pour eux, analysant l'expression « bénéficiaire

privilégié »[6], le juge Wood remarque qu'un bénéficiaire privilégié est nécessairement un bénéficiaire de la fiducie.

Même si l'expression « bénéficiaire privilégié » comprend non seulement l'auteur de la fiducie, mais aussi le conjoint, l'enfant, le petit-enfant, l'arrière-petit-enfant de l'auteur de la fiducie, le juge Wood en arrive à la condition cependant que la seule présence de la définition de « bénéficiaire privilégié » dans l'acte de fiducie n'a pas pour effet d'ajouter à M. Williams d'autres bénéficiaires à la fiducie.

En conséquence, le juge Wood en arrive à la conclusion que le contribuable est la seule personne qui peut recevoir des distributions (de revenu ou de capital) aux termes de l'acte de fiducie.

1.1.3. Clauses de non-retour (*non reversion clause*)

Les clauses de non-retour sont des clauses que l'on retrouve souvent dans des actes de fiducie et dont l'effet principal est d'éviter l'application des dispositions du paragraphe 75(2) L.I.R.

La Couronne se base sur la présence d'une telle clause dans l'acte de fiducie pour conclure que les biens de la fiducie ne pouvaient pas être distribués au particulier constituant. La clause en question, située dans les pouvoirs additionnels au fiduciaire (ARTICLE 9) se lit comme suit :

> [TRADUCTION] « ATTENDU QUE aucune disposition de cet ARTICLE 9 ne devra être interprétée comme permettant à un bien ou à un bien substitué à un bien reçu par les fiduciaires directement ou indirectement de toute personne de revenir (retourner) à telle personne dans le sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (Canada) telle qu'amendée de temps à autre. »

Comme l'observe le juge Wood, ce type de clause est courant dans certains types de fiducies et elle vise à éviter l'attribution du revenu et du gain en capital au constituant par application du paragraphe 75(2) L.I.R. Cette clause n'a aucun sens lorsque le constituant et le bénéficiaire sont la même personne. L'avocat du contribuable suggère que, dans le contexte de la fiducie analysée, cette clause est stupide et qu'elle n'a aucun effet.

Le juge Wood reformule donc la question qu'il doit se poser en ces termes : « La question est de savoir si la clause a pour effet d'empêcher les

---

6 Par. 108(1) « bénéficiaire privilégié » L.I.R.

actions de Golders Green ou des biens substitués aux dites actions à être distribués au constituant. » Le juge Wood en vient à la conclusion que cette clause ne produit pas ce résultat. Il observe que les pouvoirs additionnels donnés aux fiduciaires ne peuvent pas déroger aux autres pouvoirs que le fiduciaire possède, soit aux termes d'autres dispositions de l'acte de fiducie ou aux termes de la loi. Parmi ces devoirs, il a le pouvoir de distribuer le revenu et le capital de la fiducie en tout temps et il a l'obligation de distribuer le capital de la fiducie le jour de son 21e anniversaire. Ainsi, la clause citée ci-dessus, même si elle mentionne clairement que le fiduciaire ne peut remettre les biens détenus par la fiducie à la personne qui a remis les biens à la fiducie, ne peut pas avoir pour effet d'empêcher le fiduciaire de remettre les biens de la fiducie au constituant.

En d'autres termes, lorsqu'il s'agit d'examiner la portée d'une clause dans un acte de fiducie, il ne s'agit pas seulement de regarder cette seule clause, mais il importe de considérer l'ensemble de l'acte de fiducie et si une clause spécifique ne cadre pas avec l'ensemble de l'acte, son effet sera limité ou tout simplement annulé.

1.1.4. Clause d'amendement

L'ARC se réfère ensuite aux clauses d'amendement aux termes desquelles les fiduciaires pourraient modifier certaines dispositions de l'acte de fiducie avec le consentement du constituant et tant qu'il est apte. La Couronne suggère qu'une analyse des clauses d'amendement pourrait mener à la conclusion qu'il serait possible d'effectuer un amendement à l'acte de fiducie qui pourrait faire en sorte que le capital de la fiducie soit distribué à des personnes autres que le constituant. Sur cette question, le juge Wood semble d'accord que les clauses d'amendement pourraient permettre cette possibilité, mais il remarque cependant que l'amendement ne pourrait être effectué sans le consentement du constituant. Tant et aussi longtemps qu'aucune action n'est entreprise, permettant de changer le bénéficiaire avec le consentement du constituant, il n'y a qu'une possibilité que le constituant se départisse de ses participations dans la fiducie et tant que le mécanisme de modification n'est pas enclenché, le juge Wood en vient à la conclusion que les clauses d'amendement n'ont pas pour effet d'effectuer un changement dans la propriété effective.

1.1.5. Clause de non-attribution (*no vesting section*)

La Couronne fait ensuite référence à une clause de non-attribution qui stipule qu'aucun revenu ou capital de la fiducie n'est attribué aux bénéficiaires avant la date de division. Normalement, ce type de clause est

inclus dans un acte de fiducie seulement lorsque la participation du bénéficiaire est contingente. L'avocat du contribuable suggère que cette clause a été incorporée dans l'acte de fiducie par erreur. Sans trancher la question, le juge remarque tout simplement que la clause n'a pas pour effet de faire en sorte que les biens de la fiducie soient distribués à des personnes autres que le contribuable. Cette position semble suggérer qu'aux fins de déterminer s'il y a un changement dans la propriété effective, il est plus important de regarder le fait que personne d'autre que le constituant ne puisse avoir droit ni à du revenu ni à du capital que de regarder l'étendue du droit du constituant au revenu et au capital.

1.1.6. Documents accessoires

L'avocat de la Couronne se réfère à des actes d'apport ultérieurs à la constitution de la fiducie. Dans certains de ces documents, il est spécifiquement mentionné que le constituant transfère tous ses intérêts à titre de bénéficiaire dans les biens à la fiducie alors que dans certains autres actes d'apport, cette mention ne se retrouve pas.

D'après le juge Wood, les actes d'apport subséquents n'aident pas la position de la Couronne. Tout d'abord, les droits du contribuable à l'égard des biens transférés à la fiducie sont définis par l'acte de fiducie. Les documents constatant les transferts de biens à la fiducie n'ont pas pour effet d'étendre ou de réduire ces droits. Que l'acte de fiducie ait pour effet de provoquer un changement dans la propriété effective ou non, l'intention du contribuable, telle qu'elle peut être exprimée, dans des actes d'apport subséquents, ne peut pas modifier la situation juridique telle qu'elle se dégage de la rédaction de l'acte de fiducie.

Le juge mentionne ensuite que l'expression « propriété effective » peut avoir plusieurs sens en fonction du contexte dans lequel l'expression est utilisée. Pour toutes ses raisons, le juge en arrive à la conclusion que les actions de Golders Green sont détenues pour le seul bénéfice du constituant.

1.2. LE SEUL BÉNÉFICIAIRE A-T-IL LA PROPRIÉTÉ EFFECTIVE DES BIENS DE LA FIDUCIE?

La deuxième question à se poser est alors la suivante : est-ce que le seul bénéficiaire d'une fiducie a la propriété effective des biens de la fiducie? Cette question concerne plus spécifiquement le sens de « propriété effective » (*beneficial ownership*). Plus spécifiquement, M. Williams a-t-il conservé la propriété effective des actions qu'il détenait dans le

capital-actions de Golders Green lorsqu'il a transféré la gestion et le contrôle desdites actions entre les mains des fiduciaires?

La Couronne prétend qu'il y a eu un changement dans la propriété effective étant donné que M. Williams n'a pas conservé les incidents usuels de la propriété tels la possession, l'usage et le risque. Le juge commence donc son analyse pour cerner le concept de « propriété effective » en remarquant que le concept à définir n'est pas celui de « propriété » mais de « propriété effective ». Il remarque que la position de l'ARC est basée beaucoup plus sur le concept de « propriété » que sur celui de « propriété effective ». Ainsi, le juge Wood, se basant sur cette différence de concept, trouve qu'il n'est pas très utile d'examiner les principes généraux applicables en matière de droit des fiducies concernant la nature de la participation d'un bénéficiaire dans les biens détenus dans la fiducie. Il fait référence à un article de la principale autorité en la matière au Canada, Donavan Waters, qui affirme qu'il y a toujours eu un débat très long dans les milieux académiques pour savoir si l'on pouvait dire qu'un bénéficiaire possède un droit de propriété dans les biens détenus en fiducie. Selon une théorie, le seul droit du bénéficiaire serait d'obliger les fiduciaires à satisfaire à leurs obligations aux termes de l'acte de fiducie. Selon cette dernière théorie, un bénéficiaire d'une fiducie ne serait pas propriétaire des biens de la fiducie (il ne détiendrait pas un *ownership interest in trust property*). Pour le juge, que la théorie soit correcte ou non, elle n'est pas pertinente aux fins de répondre à la question posée étant donné que le concept pertinent est celui de « propriété effective » et non pas celui de « propriété ». Même si l'expression « propriété effective » est souvent utilisée dans le sens de « pleine propriété », à l'exception du simple titre de propriété, ladite expression peut avoir d'autres significations et le juge trouve qu'il n'y a aucune raison de retenir l'interprétation la plus restreinte dans le contexte de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Le juge commence donc par examiner le sens ordinaire de l'expression.

Se reportant à un article écrit par Robert Couzin en matière de contrôle corporatif[7], le juge fait sienne la citation suivante : « The beneficiaries of a trust are, after all, the quintessential "beneficial owners". »

Appliquant cette définition à la fiducie, il observe que les biens de la fiducie sont détenus pour le seul bénéfice de M. Williams. Personne d'autre

---

[7] Robert COUZIN, « Some Reflections on Corporate Control », (2005), vol. 53, n° 2 *Revue fiscale canadienne* 305-332, à la page 325.

que lui ne peut profiter des biens de la fiducie et les fiduciaires sont obligés de gérer les biens dans le seul intérêt de M. Williams.

Donc, la seule personne qui pourrait avoir la « propriété effective » des biens de la fiducie est M. Williams. Le juge Wood fait ensuite référence à la définition de *beneficial ownership* contenue dans le *Black's Law Dictionary*. Le juge retient la définition suivante :

> « "Beneficial owner"
>
> 1. One recognize in equity as the owner of something because use and title belong to that person, even though legal title may belong to someone else; esp.; one of whom property is held in trust. […]
>
> "Beneficial ownership"
>
> 1. A beneficiary's interest in trust property. […][8]. »

Sur cette question, le juge, en se référant au contexte général dans lequel l'expression est utilisée, ne voit aucune raison qui pourrait se dégager de l'économie générale de la loi pour laquelle une interprétation restrictive devrait être donnée à l'expression « propriété effective ». Dans ces circonstances, le juge Wood est réticent à adopter une interprétation autre qu'une interprétation large.

1.3. ALINÉA 248(3)F) L.I.R.

Troisièmement, le juge se réfère à l'alinéa 248(3)f) L.I.R. qui s'applique aux fiducies en vigueur dans la province de Québec et selon cet alinéa, un bénéficiaire d'une fiducie est présumé avoir la propriété effective des biens de la fiducie. Comme le paragraphe 248(3) L.I.R. a été introduit dans le but d'harmoniser la législation de la province de Québec avec celle applicable dans le reste du Canada, il est alors difficile de conclure que le Parlement avait l'interprétation restrictive suggérée par l'ARC au moment où ce paragraphe a été introduit dans la loi.

1.4. POSITION ADMINISTRATIVE DE L'ARC

Quatrièmement, la position adoptée par l'ARC dans cette cause donnait un résultat plus sévère (*harsher*) que la position administrative de l'ARC

---

8 *Black's Law Dictionary*, 8e éd., St-Paul, Minn., West Publishing Co., 2004.

telle qu'on peut la lire dans le bulletin *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*[9]. Dans ce document, l'ARC avait mentionné un certain nombre de conditions à satisfaire pour qu'il n'y ait pas de changement dans la propriété effective de biens afin de pouvoir tirer avantage de l'article 54 « disposition de biens », alinéa e) L.I.R., pourvu que certaines conditions soient satisfaites, dont celle selon laquelle le constituant était soumis à la règle d'attribution prévue au paragraphe 75(2) L.I.R.

À la lumière de cette position administrative de l'ARC, le juge est réticent à conclure que la loi devrait avoir une interprétation encore plus restrictive que celle déjà approuvée par l'ARC à moins que le texte de la loi requière une telle interprétation, ce qui n'était pas le cas ici selon le juge Wood.

1.5. DOCTRINE

La Couronne s'est basée finalement sur un article d'un auteur, professeur d'université[10]. Examinant l'article dans son ensemble, le juge arrive à la conclusion que la position de M^e^ Brown est beaucoup plus floue que ce que l'ARC prétend. Ainsi, cette dernière ne pourrait se baser sur cet article pour soutenir une interprétation restrictive à donner à l'expression « propriété effective ».

1.6. DÉCISION DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA

Finalement, le juge analyse sommairement l'argument de l'avocat de M. Williams basé sur une décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *MRN* c. *Transcanada Investment Corp.*[11] Cependant, dans cette dernière décision, le bénéficiaire de la fiducie pouvait demander en tout temps la distribution des biens de la fiducie à son avantage. Si la fiducie de M. Williams avait été identique à celle que la Cour suprême a analysée dans l'arrêt *Transcanada Investment Corp*., M. Williams aurait non seulement eu la propriété effective, mais bien la propriété des biens de la fiducie. Mais comme selon l'acte de fiducie, M. Williams n'a aucun contrôle sur la distribution des biens de la fiducie avant la date de la liquidation de celle-ci

---

9 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n^o^ 7, 21 février 1996.

10 Catherine BROWN, « Symposium: Beneficial Ownership and the Income Tax Act », (2003), vol. 51, n^o^ 1 *Revue fiscale canadienne* 401-453.

11 [1956] R.C.S. 49 (ci-après « *Transcanada Investment Corp*. »).

prévue pour 21 ans après la date de sa constitution, ladite décision ne peut s'appliquer.

Cette décision apporte un éclairage considérable à la question de savoir dans quelles circonstances se produira un changement dans la « propriété effective » d'un bien lorsqu'une personne transfère des biens de son patrimoine à celui d'un patrimoine fiduciaire qu'il constitue et dont il est bénéficiaire.

1.7. QUELQUES PRINCIPES D'INTERPRÉTATION

Au début de son analyse, le juge mentionne ce qui suit :

> « I would note at the outset that no one testified at the earing and there was no agreed statement of facts. As a result, there was no evidence regarding the purpose of the trust and no explanation of inconsistencies in the agreement. This has led me to view the trust agreement with some suspicion[12]. »

Par cette remarque, le juge Wood indique qu'il aurait apprécié qu'une preuve extrinsèque soit apportée afin de comprendre l'objectif du contribuable au moment de la rédaction de la fiducie. Nous verrons plus loin[13], dans un autre jugement ayant analysé la portée fiscale d'une clause dans une fiducie testamentaire, que les juges de la Cour canadienne de l'impôt admettent assez facilement une preuve testimoniale en dehors du texte même de l'acte de fiducie ou du testament pour mieux en saisir sa portée.

Dans cette décision, le juge Wood a toujours interprété les clauses de l'acte de fiducie en harmonie avec ou en tenant compte de l'ensemble de l'acte. De plus, il ne s'est pas basé sur une clause spécifique et isolée de l'acte de fiducie pour en étendre la portée au-delà de l'intention générale du constituant telle qu'elle se dégage de l'ensemble de l'acte de fiducie. Relisons à cet effet les sections 1.1.3., 1.1.4. et 1.1.5. du présent texte.

---

12 *Williams*, précité, note 1, par. 12.

13 *Infra*, section 2.3.3.

2. PARAGRAPHE 75(2) L.I.R. ET ACTIONS SOUSCRITES PAR UNE FIDUCIE DONT LA SOCIÉTÉ EST ELLE-MÊME BÉNÉFICIAIRE

2.1. TABLE RONDE SUR LA FISCALITÉ FÉDÉRALE DU CONGRÈS 2005

Au Congrès 2005 de l'Association de planification fiscale et financière, la situation suivante a été soumise à l'ARC :

> « Une fiducie (ci-après « Fiducie ») constitue une société (ci-après « Société ») en vertu de la Partie IA de la *Loi sur les compagnies* (Québec). Toutes les actions de la Société sont émises à la Fiducie. La Société est bénéficiaire discrétionnaire du revenu et du capital de la Fiducie. Considérant que les actions de la Société détenues par la Fiducie peuvent être attribuées à la Société conformément à l'acte de fiducie, le paragraphe 75(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* pourrait-il s'appliquer aux revenus, aux pertes, aux gains en capital imposables et aux pertes en capital déductibles réalisés par la Fiducie de façon à les attribuer à la Société[14]? »

La réponse de l'ARC a été la suivante :

> « Eu égard à la situation hypothétique mentionnée ci-dessus, bien que les faits soumis ne nous permettent pas de tirer une conclusion définitive, il semble que dans la mesure où le scénario décrit ci-dessus ne contrevient pas aux droits des sociétés et aux droits des fiducies applicables, le paragraphe 75(2) L.I.R. serait susceptible de s'appliquer dans un tel cas afin d'attribuer à la Société tout revenu ou toute perte résultant des actions de la Société détenues par la Fiducie ou de biens y substitués, […][15]. »

Lorsque le paragraphe 75(2) L.I.R. s'applique à un moment quelconque à l'égard d'un bien de la fiducie, le paragraphe 107(4.1) L.I.R. s'applique à la distribution de tous les biens de la fiducie, et ce, même si aucun revenu

---

14 « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2005*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2006, pp. 59:1-72, question 3, à la page 59:5; s.-al. 75(2)a)(i) L.I.R.; pour une analyse générale des dispositions du paragraphe 75(2) L.I.R., voir Marc JOLIN, « Fiducie », dans *Cours – Formation continue – Planification fiscale et financière des particuliers*, série 4, cours 6, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2006; Marc JOLIN, « Le fractionnement du revenu et les pièges insoupçonnés des règles d'attribution », dans *Colloque – La fiducie : le véhicule fiscal du nouveau millénaire*, 88, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1999, pp. 2:1-124, à la page 2:49 et suiv.; Brenda L. CROCKETT, « Le paragraphe 75(2) : un rabat-joie », (2005), vol. 53, n° 3 *Revue fiscale canadienne* 831-857.

15 « Table ronde sur la fiscalité fédérale », *op. cit.*, note 14, pp. 59:5-6.

n'aurait été attribué à l'auteur ou à la personne de qui certains biens ont été acquis par la fiducie.

Ainsi, lorsque le paragraphe 75(2) L.I.R. s'applique et si la personne de qui la fiducie a reçu un bien existe au moment où le bien est ainsi attribué, toute attribution de bien à un bénéficiaire du capital autre que la personne de qui la fiducie a reçu un bien ou autre que le conjoint de l'auteur du transfert, ne sera pas au coût indiqué[16] c'est-à-dire au PBR dans le cas d'une immobilisation mais plutôt à la JVM[17], ce qui peut occasionner la réalisation d'un gain en capital au niveau de la fiducie.

Cette interprétation technique a créé un certain vent de panique parce que, dans un certain nombre de situations, des contribuables ont soudainement découvert, souvent à cause d'une clause très générale dans l'acte de fiducie prévoyant, par exemple, que toute société contrôlée par M. X sera bénéficiaire de la fiducie, que la fiducie est exposée à l'application des dispositions du paragraphe 75(2) L.I.R. et, par ricochet, que les dispositions du paragraphe 107(2) L.I.R. risquent de ne pas s'appliquer au moment où la fiducie remettra les actions à un bénéficiaire. Nous devons donc examiner la situation de plus près et tenter de répondre aux questions suivantes, à savoir :

1) Quelle est la portée de la réponse de l'ARC?

2) Quelles sont les situations où le paragraphe 75(2) L.I.R. ne s'appliquera pas aux fiducies qui comptent parmi leurs bénéficiaires des sociétés?

3) Quelles sont les situations où le risque d'application des dispositions du paragraphe 75(2) L.I.R. est plus probable?

4) Quels sont les impacts de l'application du paragraphe 75(2) L.I.R. dans une telle situation?

5) Comment est-il possible de s'en sortir?

En définitive, nous verrons que cette nouvelle réponse de l'ARC soulève plusieurs questions dont certaines nous laissent perplexe.

---

16 Par. 107(2) L.I.R.; art. 688 L.I.

17 Par. 107(4.1) L.I.R.

2.2. SITUATIONS OÙ LE PARAGRAPHE 75(2) L.I.R. NE S'APPLIQUE PAS POUR UNE RAISON TECHNIQUE

Voici quelques exemples (la liste n'est pas exhaustive) de situations où une fiducie compte parmi ses bénéficiaires une société dont elle détient des actions dans le capital-actions et où les dispositions du paragraphe 75(2) L.I.R. ne s'appliquent pas pour une raison technique.

Premier exemple

Les actions que la fiducie détient dans le capital-actions d'une société qui est elle-même, par ailleurs, bénéficiaire de la fiducie, ne sont pas assujetties aux dispositions du paragraphe 75(2) L.I.R. si les actions n'ont pas été souscrites et émises à la fiducie, mais si elles ont été transférées à la fiducie par le constituant ou, subséquemment, par une tierce personne.

Deuxième exemple

Se rappelant que les dispositions du paragraphe 75(2) L.I.R. s'appliquent à des transferts de capital et ne s'appliquent pas au revenu produit par les biens remis à la fiducie, une clause dans un acte de fiducie prohibant expressément toute remise de capital à une société empêchera par le fait même les actions que la fiducie détient de revenir à une société et empêchera les dispositions du paragraphe 75(2) L.I.R de s'appliquer. La clause est certainement efficace, mais elle a pour effet secondaire d'empêcher des planifications légitimes et parfois même utiles. Par exemple, il pourrait être utile que des actions du capital-actions d'une compagnie opérante détenue par une fiducie puissent être remises à une société de gestion dont la fiducie détient les actions participantes. C'est la raison pour laquelle nous préférons plutôt une formulation comme dans l'exemple suivant.

Troisième exemple

L'acte de fiducie contient une clause empêchant dans tous les cas toute remise de biens de la fiducie à une personne (société ou particulier) de qui la fiducie a reçu les biens (comprenant des biens substitués au sens donné à cette expression au paragraphe 248(25) L.I.R.). La clause peut même être rédigée pour s'appliquer non seulement à une remise de nature « capital » mais aussi à une remise de nature « revenu » ou « revenu capitalisé ». Encore ici, les biens ne pouvant revenir à la personne de qui ils ont été reçus, les dispositions du paragraphe 75(2) L.I.R. ne s'appliqueront pas. Si une telle clause est utilisée et que la société ne souscrit pas à des actions du

capital-actions d'une société, mais que de telles actions seront transférées à la fiducie par le constituant ou par une tierce personne, nous avons alors une double protection contre l'application potentielle des dispositions du paragraphe 75(2) L.I.R.

Une remarque en passant : faire attention à la façon de désigner les sociétés comme bénéficiaires d'une fiducie. Dernièrement, j'ai eu à analyser un acte de fiducie dans lequel, parmi les bénéficiaires discrétionnaires, nous retrouvons toute société dans laquelle M. X détient des actions dans le capital-actions. Une telle définition si large pourrait avoir des conséquences inattendues. Pensons, par exemple, aux règles des sociétés associées[18].

2.3. QUELLES SONT LES SITUATIONS OÙ LE PARAGRAPHE 75(2) L.I.R. NE S'APPLIQUE PAS AUX FIDUCIES QUI COMPTENT PARMI LEURS BÉNÉFICIAIRES DES SOCIÉTÉS?

Dans la table ronde citée précédemment[19], l'ARC n'a jamais affirmé que les dispositions du paragraphe 75(2) L.I.R. seraient appliquées, mais elle a mentionné deux restrictions et une réserve. La réserve est que « les faits soumis ne nous permettent pas de tirer une conclusion définitive ». Les deux restrictions sont les suivantes :

1) dans la mesure où le scénario décrit ci-dessus ne contrevient pas au droit des sociétés;

2) dans la mesure où le scénario décrit ci-dessus ne contrevient pas au droit des fiducies.

2.3.1. Droit des sociétés

Le droit des sociétés empêche-t-il qu'une société reçoive des actions de son propre capital-actions? Nous savons qu'une société a le pouvoir de procéder à un rachat de ses actions, si la description du capital-actions le permet, et aussi d'acheter de gré à gré des actions de son propre capital-actions. Une société a généralement le pouvoir d'accepter des dons. Nous ne pouvons trouver de disposition, tant dans la *Loi sur les compagnies*[20] du

---

18 Par l'effet de l'alinéa 256(1.2)f) L.I.R.

19 « Table ronde sur la fiscalité fédérale », *op. cit.*, note 14.

20 L.R.Q., c. C-38.

Québec que dans la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*[21], qui indiquerait clairement qu'une société n'a pas le droit de se faire donner ou d'acquérir des actions de son propre capital-actions. En ce sens, la possibilité qu'une société se fasse remettre des actions de son propre capital-actions ne contrevient pas en soi au droit des sociétés.

2.3.2. Droit des fiducies

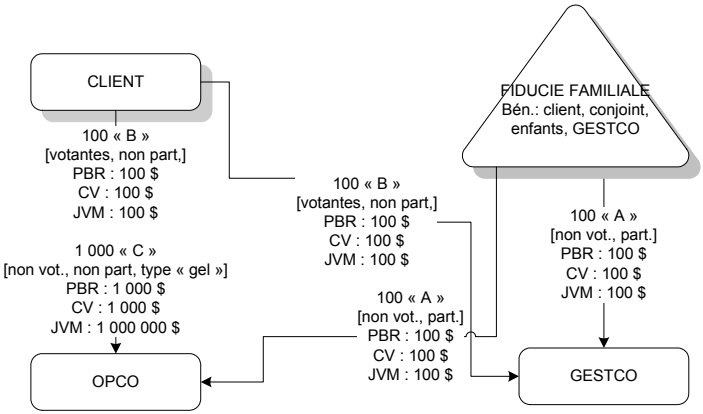
Indépendamment du fait que les dispositions du paragraphe 75(2) L.I.R. ne devraient pas s'appliquer à la simple situation d'actions souscrites par une fiducie dans une société qui est elle-même bénéficiaire du capital de la fiducie, à cause de l'analyse des concepts de « revenir » et *revert*[22], il faut aussi se poser la question suivante, à savoir : un fiduciaire peut-il valablement remettre des actions du capital-actions formant le capital d'une fiducie à la société de qui les actions ont été souscrites par la fiducie? Pour répondre à une telle question, chaque cas est un cas d'espèce en ce sens qu'il faut examiner l'ensemble de l'acte de fiducie. Si l'acte de fiducie contient des clauses d'affectation qui précisent le mandat des fiduciaires et que l'on retrouve des expressions telles « subvenir à l'entretien, l'éducation, le bien-être des membres de la famille de M. X », que plusieurs clauses expriment l'idée que les véritables bénéficiaires de la fiducie sont des membres de la famille d'une certaine personne et que les autres entités bénéficiaires (fiducies ou sociétés) ne le sont que dans la mesure où leur remettre du revenu ou du capital profite aux véritables bénéficiaires particuliers, il sera souvent assez facile de démontrer, et ce, malgré un texte dont la portée était souvent beaucoup plus large que la véritable intention du constituant, que les seuls véritables bénéficiaires sont des particuliers et, dans une moindre mesure selon les actes de fiducie, d'autres fiducies pour le bénéfice des mêmes particuliers ou encore des sociétés dont les actions sont détenues par les particuliers qui sont par ailleurs bénéficiaires de la fiducie. En admettant une preuve extrinsèque, il est évident, et c'est d'ailleurs la réalité, que ni le constituant ni le fiduciaire n'ont jamais pensé que les fiduciaires pouvaient remettre à une société des actions de son propre capital-actions que la fiducie aurait elle-même souscrit. Cela se démontre d'ailleurs assez facilement lorsqu'on examine les principales situations qui sont à l'origine de l'incorporation dans certains actes de fiducie de clauses prévoyant que des sociétés pouvaient être bénéficiaires.

---

21 L.R.C. (1985), c. C-44 et mod.

22 Voir *infra*, section 2.4.2.

Prenons un peu de recul et examinons les principales situations où les contribuables ont commencé à ajouter des sociétés comme bénéficiaires discrétionnaires de fiducies entre vifs. Une première situation est celle où le particulier, à la suite d'une transaction de type « gel », fait détenir les nouvelles actions participantes par une fiducie entre vifs mais désire de plus avoir un mécanisme permettant d'accumuler les liquidités excédentaires de la compagnie opérante dans une société distincte dont les actions n'appartiennent pas au particulier ni à d'autres membres de sa famille parce que le particulier désire profiter d'une structure de protection de patrimoine. De cette façon et en s'assurant que la compagnie de portefeuille GESTCO détenue par la fiducie soit rattachée[23] à OPCO, non seulement la plus-value future d'OPCO ne fait pas partie du patrimoine du client, mais les actions de GESTCO non plus. L'organigramme classique est le suivant :



Par la double détention des actions de contrôle (catégorie « B »), OPCO est rattachée à GESTCO permettant aux dividendes versés par OPCO à la fiducie d'être versés à GESTCO sans impôt ni de la Partie I ni de la Partie IV L.I.R.

Cette même structure est parfois utilisée par des clients qui ont dans leur famille des enfants qui travaillent dans OPCO et d'autres qui n'y travaillent pas. Ainsi la structure permet éventuellement de remettre à un ou plusieurs des enfants qui travaillent dans OPCO les actions participantes d'OPCO et de remettre les actions de GESTCO aux parents et/ou aux enfants qui ne travaillent pas dans OPCO.

---

[23] Par. 186(4) L.I.R.

Au début, souvent dans de telles structures, la compagnie bénéficiaire de la fiducie était identifiée d'une façon très précise, c'est-à-dire par son nom. Cependant, cette situation n'est pas toujours possible. Par exemple, lorsque GESTCO n'existe pas encore et que son existence n'est pratiquement pas utile avant plusieurs années étant donné qu'aucun dividende provenant d'OPCO n'est prévu pour plusieurs années. Dans certaines situations, il peut devenir utile d'ajouter une deuxième ou même une troisième compagnie dont les actions sont détenues par la fiducie afin, à titre d'exemple, éventuellement, d'être en mesure de remettre à l'enfant A les actions de GESTCO A, à l'enfant B les actions de GESTCO B, à l'enfant C les actions de GESTCO C, les actions de contrôle de ces sociétés pouvant être remises à des personnes autres que les enfants dans le cas où le client le désire. Plusieurs juristes ont voulu, par souci de souplesse additionnelle, s'accommoder à des situations susceptibles de survenir et ont donc commencé à utiliser des formulations permettant d'ajouter dans le futur d'autres sociétés comme bénéficiaires de la fiducie. Certaines formulations sont plus restrictives quant à la détention des actions de contrôle et incorporent un mécanisme d'élection permettant de faire en sorte qu'une société respectant certains critères puisse devenir bénéficiaire de la fiducie sans toutefois l'être automatiquement. Certains ont adopté une formulation extrêmement large du genre « toute société incorporée au Canada contrôlée par M. X ». Pour notre part, nous n'avons jamais aimé cette dernière formulation pour les raisons suivantes :

1) Si M. X décède, la compagnie cesse automatiquement d'être bénéficiaire de la fiducie, ce qui n'est pas souhaitable dans tous les cas.

2) Il y a des situations où l'on peut vouloir comme bénéficiaire de la fiducie une société dont les actions de contrôle appartiennent à une personne autre que le client. Pensons par exemple aux situations où il devient inapte.

3) Il peut y avoir des situations où les actions de contrôle de la société qui est bénéficiaire de la fiducie seront détenues par la fiducie elle-même permettant une certaine souplesse à l'égard de la destination ultime des actions de contrôle de cette société.

Quoi qu'il en soit et quel que soit le nombre de sociétés dont la fiducie détient des actions et qui sont bénéficiaires de la fiducie, nous n'avons jamais vu de situation où il était prévu ou même prévisible que les actions d'une société souscrites par la fiducie soient remises ou retournent à ladite société. Quand un acte de fiducie prévoit, dans ses clauses générales d'affectation, que la fiducie est constituée pour l'entretien, la subsistance et

l'éducation des bénéficiaires de la fiducie, le fait que les dividendes reçus d'une société par une fiducie ou que les actions d'une société puissent, selon l'acte de fiducie, être remis à une société n'est possible que dans la mesure où cette remise profite aux véritables bénéficiaires de la fiducie qui sont les membres de la famille du client. Or, indépendamment du régime fiscal applicable à l'égard du paragraphe 75(2) L.I.R., la remise n'est jamais dans l'intérêt ni au profit des bénéficiaires, ni dans la poursuite de l'affectation fiduciaire lorsque la fiducie remet à la société de qui elle a reçu des dividendes une partie ou la totalité desdits dividendes reçus, ou encore lorsque la fiducie remet à la société dans laquelle elle a souscrit des actions, lesdites actions à cette même société.

Dans un ouvrage, une auteure mentionne ce qui suit :

> « L'obligation de loyauté exprime ou met en œuvre ce rapport nécessaire entre la prérogative conférée à l'administrateur et la finalité en vue de laquelle l'attribution lui est faite. Pouvoir, finalité, loyauté sont des éléments indissociables de la qualité en vertu de laquelle cet agent juridique accompli des actes sur le bien d'autrui : il n'a de pouvoir qu'en vue de l'intérêt à servir ou de la fin à réaliser; […][24]. » (Notre soulignement)

Un autre auteur mentionne ceci :

> « Aux obligations de prudence, de diligence et de loyauté que partage le fiduciaire avec tous les autres administrateurs du Code se greffe une autre obligation qui, celle-là, viendra en quelque sorte « moduler » l'ensemble des fonctions de ce dernier; il s'agit, en l'occurrence, de l'obligation d'agir dans l'intérêt du bénéficiaire ou de la poursuite de l'affectation fiduciaire[25]. » (Notre soulignement)

Donc, il est possible d'affirmer que dans le cas où une fiducie familiale constituée dans un contexte de gel ou un contexte similaire a souscrit à des actions du capital-actions d'une société qui se retrouve par ailleurs

---

[24] Madeleine CANTIN-CUMYN, *L'administration du bien d'autrui*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 245; John B. CLAXTON, *Studies on the Quebec Law of Trust*, Toronto, Carswell, 2005, p. 409 :

> « Moreover, the administrator must exercise his powers according to a prescribed standard as a *prudent administrator*, […]. Again, the administrator must exercise his powers solely for the purposes authorized by the law (or the constituting act), and for the benefit of the person for whom the administration is provided. »

[25] Jacques BEAULNE, *Droit des fiducies*, 2e éd., La Collection Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, p. 277.

bénéficiaire discrétionnaire de la fiducie, le fait que le fiduciaire d'une telle fiducie remette à la société de qui la fiducie détient des actions souscrites par la fiducie contrevient au droit des fiducies. Si un tel geste contrevient au droit des fiducies, c'est qu'il n'est pas permis et qu'il est en quelque sorte *ultra vires* aux pouvoirs du fiduciaire, et, s'il n'est pas permis, les actions ne peuvent alors revenir à la société. En conséquence les dispositions du paragraphe 75(2) L.I.R. ne sauraient s'appliquer.

2.3.3. Comment la jurisprudence fiscale analyse-t-elle les actes de fiducie?

Pour répondre à la question, l'analyse en détail de deux décisions de la Cour canadienne de l'impôt dans lesquelles les juges analysent la portée de clauses dans des actes de fiducie est nécessaire. Les deux jugements à analyser sont *Williams* et *Succession Terrill Lewis* c. *MRN*[26].

L'affaire *Williams* a été analysée plus haut et nous nous référons à la Partie I L.I.R. La clause du testament de M. Terrill applicable à une fiducie exclusive au bénéfice du conjoint se lisait ainsi :

> « ARTICLE NINE In addition to all powers confered by law, I give my Executors and Trustees the right and power, without the intervention or consent of the beneficiaries herein named:
>
> (g) To determine and distinguish capital from revenue and to credit or charge receipts and disbursements to capital or revenue of my Estate in such proportions and amounts as they may think proper. »

Considérant l'ensemble de l'article du testament contenant cette clause, le tribunal en arriva à la conclusion que celle-ci ne contaminait pas la fiducie :

> « En premier lieu, la décision de considérer un montant comme du revenu ou du capital n'est pas une décision purement arbitraire selon le caprice des exécuteurs testamentaires. Il s'agit là d'une question purement objective appuyée sur les principes généraux de comptabilité. "... As they may think proper", qui sont les derniers mots de la clause 9(g), invitent, selon moi, à cette base objective. [...]
>
> Cela ne veut pas dire cependant que les administrateurs ne pourraient pas, en vue de placement, considérer temporairement comme capital un surplus de revenu, disons 5 000 $ de l'année B en vue de le faire fructifier pendant

[26] 87 D.T.C. 492 (C.C.I.) (ci-après « *Succession Terrill Lewis* »).

> quelques mois ou plus durant l'année C. Après tout, l'exécuteur doit être un administrateur avisé cherchant à tirer le plus de revenu possible de la succession.
>
> La somme de 5 000 $ cependant et le revenu en découlant ne peuvent pas être changés de nature au gré des exécuteurs testamentaires. Selon la preuve d'ailleurs, on voit qu'en février 1986, le National Trust possédait ainsi 9 000 $ dans le compte dit "de revenu" (par. 3.26). Cela ne veut pas dire que le National Trust ne peut pas le faire fructifier et que, s'il le fait, cela change sa nature pour toujours[27]. »

Dans cette décision, le juge a eu, en ce qui concerne la production complète de la preuve, à déterminer si la clause en question était claire ou non, car si le testament n'est pas clair, cela donne à l'appelante la possibilité de faire une preuve de l'intention du testateur par des faits ou documents extrinsèques au testament. Comme le juge le mentionne : « En droit civil, en effet, la preuve de faits extrinsèque au testament n'est possible que si une clause est ambiguë et que le testament lui-même n'est pas clair[28]. »

Cela a permis au juge d'entendre le témoignage du fils du défunt, de l'employé de la société de fiducie de même que celui de l'épouse de M. Terrill.

Sur la question de la preuve extrinsèque, le juge mentionne : « Si un doute subsistait, la preuve extrinsèque appuie largement la thèse de l'appelante[29]. »

Ainsi, basé sur cette preuve extrinsèque qui exprimait plus clairement la volonté du testateur, le juge a finalement déterminé ce qui suit :

> « En conclusion, la clause 9(g) du testament ne peut, en substance, être considérée comme accorder aux exécuteurs testamentaires le pouvoir de changer à leur gré la nature d'un montant reçu comme revenu en montant reçu comme capital, ou vice-versa. […] Une telle clause, à mon sens, ne peut contaminer une fiducie[30]. »

Par conséquent, une simple lecture technique de la clause 9(g) aurait pu permettre de conclure que les fiduciaires, ayant le pouvoir clairement

---

27 *Id*., 503.

28 *Id*., 495.

29 *Id*., 502.

30 *Id*., 503.

exprimé de réputer « capital » un montant de revenu, le conjoint n'a pas droit à tout le revenu de la fiducie, sa vie durant. Mais comme ailleurs dans le testament il était indiqué que le conjoint avait droit à tout le revenu de la fiducie, le juge a limité tellement la portée de la clause 9(g) que, finalement, le testament est interprété comme si cette clause n'était même pas incluse dans l'acte de fiducie.

À la suite de cette décision, l'ARC a modifié sa position en ces termes :

> « It is our view that such discretionary powers cannot change the nature of an amount of income or deductible expense into a capital receipt or expenditure or vice versa. [...] The Department would not accept that the trustee would have the power to rule that income (e.g. interest) could be capital[31]. »

Il se dégage des décisions *Williams* et *Succession Terrill Lewis* que la jurisprudence fiscale se réfère toujours aux grands principes d'interprétation des testaments et des fiducies plutôt que de s'arrêter seulement sur une clause prise hors contexte. Cela est encore plus évident dans l'affaire *Succession Terrill Lewis* où finalement la Cour canadienne de l'impôt n'a donné pratiquement aucun effet à la clause donnant le pouvoir aux fiduciaires de réputer capital un montant de nature revenu étant donné que cette clause ne pouvait pas avoir une telle portée (même si c'est exactement cela qu'elle disait) compte tenu de l'ensemble des modalités de la fiducie. De la même façon, un tribunal pourrait déterminer en regardant l'ensemble du texte d'un acte de fiducie, la planification dans laquelle elle s'insère et en se basant sur la doctrine civile selon laquelle le fiduciaire n'a de pouvoirs qu'en fonction de l'intérêt à servir ou de la fin à réaliser, que le fait qu'un fiduciaire remettre à une société des dividendes qu'elle a reçus de la même société n'est pas compatible avec l'économie générale de l'acte de fiducie et que le fiduciaire ne peut donc pas le faire.

2.4. ANALYSE DE CERTAINS ASPECTS DU PARAGRAPHE 75(2) L.I.R.

2.4.1. Dans une émission d'actions par une société à une fiducie, les actions sont-elles « reçues » par la société?

Les dispositions du paragraphe 75(2) L.I.R. s'appliquent lorsque « ces biens sont détenus à condition que ces derniers puissent revenir (*revert*) à la

---

[31] *Revenue Canada Views*, dans *Tax Partner* (CD-ROM), Scarborough, Ont., Carswell, interprétation technique 1990-38, octobre 1990.

personne dont les biens (ou les biens qui leur sont substitués) ont été reçus […] ». La version anglaise mentionne : « revert to the person form whom the property or property from which it was substituted was directly or indirectly received. »

La question de l'application ou non du paragraphe 75(2) L.I.R. est une question de droit à cause de l'expression « détenu à condition […] » et non de fait.

Pour que le paragraphe 75(2) L.I.R. s'applique, il faut que les biens détenus par la fiducie, ou des biens qui leur sont substitués, puissent revenir (*revert*) à la personne dont les biens (ou les biens qui leur sont substitués) ont été reçus directement ou indirectement. L'expression *from whom* est traduite en français par « dont ». L'équivalent de l'expression *from whom* serait plutôt « de qui ».

Si la fiducie souscrit à des actions d'une société et que la société émet des actions à la fiducie, peut-on dire que les actions ont été reçues directement ou indirectement de la société? Le verbe « reçu » est un verbe qui s'apprécie plutôt en fonction de la personne qui reçoit et non pas en fonction de la personne de qui le bien est reçu. Les actions non encore émises et qui n'existent pas appartiennent-elles à la société?

Lorsqu'une société émet des actions du trésor à la fiducie, la société est-elle « la personne dont les biens (actions) ont été reçus »?

Dans l'affaire *L. Blais* c. *MRN*, le juge Garon s'exprime en ces termes : « In fact, the expression "received" involves the idea of being put in possession of something. Whether the amount is paid or "received", both expressions involve the idea of a physical operation involving a transfer of funds[32]. »

Dans la décision *Morin* c. *La Reine*, le juge Lacroix mentionne ceci : « The word "receive" obviously means "to get" or "to derive benefit from something", to enjoy its advantages without necessarily having it in one's hands[33]. »

---

32 [1990] 2 C.T.C. 2005; 90 D.T.C. 1499 (C.C.I.) (ci-après « *L. Blais* »).

33 [1975] C.T.C. 106, 110 (C.F.).

La décision *L. Blais* a été reprise dans l'affaire *Jones* c. *La Reine*[34], et elle a été reprise ensuite dans l'arrêt *Simser* c. *La Reine*[35] par la Cour d'appel fédérale.

Le problème devient plus complexe dans l'exemple suivant porté à notre attention récemment. Un particulier est le constituant d'une fiducie entre vifs. Le don ayant servi à la constitution a été une somme de 100 $. La somme de 100 $ est utilisée par la fiducie pour souscrire à 100 actions ordinaires d'une société (contrôlée par le constituant) qui émet les actions à la fiducie. Parmi les bénéficiaires discrétionnaires du revenu et du capital de la fiducie se trouvent le constituant ainsi que toute société contrôlée directement et indirectement par le constituant. Dans cette situation, les actions que la fiducie acquiert sont clairement un bien substitués à la somme de 100 $ transférée par le constituant et reçue par la fiducie. Si la société déclare un dividende à la fiducie, selon les dispositions du paragraphe 75(2) L.I.R., les dividendes payés au détenteur des 100 actions ordinaires seront-ils réputés un revenu du constituant ou un revenu de la société? Le paragraphe 75(2) L.I.R. peut-il s'appliquer à l'égard d'un même revenu à deux personnes différentes? Le même bien ou un bien y substitué peut-il avoir été reçu par la fiducie de deux personnes différentes?

Dans l'exemple plus haut, et compte tenu des raisons qui sont à l'origine de l'introduction du paragraphe 75(2) L.I.R. en 1934, il est évident que le paragraphe 75(2) L.I.R. devrait s'appliquer à l'égard du constituant et non pas à l'égard de la société.

L'analyse du concept de « reçu » dans la jurisprudence citée ci-dessus nous indique que si une fiducie souscrit des actions dans le capital-actions d'une société et que cette dernière lui émet des actions, la société est probablement une « personne dont les biens (actions) ont été reçus » même si le terme « reçu » n'est jamais utilisé en droit corporatif ni dans le langage courant dans un contexte d'émission d'actions de sociétés.

2.4.2. Revenir ou *revert*

Le *Petit Robert* définit le terme « revenir » ainsi : « Venir d'un lieu, d'une situation, au lieu, à la situation où l'on était auparavant[36]. »

---

34 [2002] T.C.J. nº 338 (C.C.I.).

35 [2005] 1 C.T.C. 229 (C.A.F.).

36 *Le Petit Robert 1*, Paris, Les dictionnaires Le Robert, 1993, p. 1975.

Le concept de *revert* est, quant à lui, un concept juridique beaucoup plus précis et beaucoup plus limité que le mot « revenir ».

Dans le *Dictionary of Canadian Law*, le terme *revert* est défini comme suit : « To return; e.g., when the owner of land rents a small estate to another person and when that estate terminates, the land reverts to the grantor[37]. »

Selon le *Black's Law Dictionary*, le terme *reversion* est défini comme suit :

> « A future interest in land arising by operation of law whenever an estate honor grants to another a particular estate, such as a life estate or a term of years, but doesn't dispose of the entire interest. A reversion occurs automatically upon the determination of the prior estate, as when the life tenant dies[38]. »

Le concept juridique de *revert* est beaucoup plus limité que celui de « revenir ».

Nous sommes donc en présence de deux termes dont l'un, *revert* dans son sens juridique, a une portée beaucoup plus restreinte que le terme « revenir » utilisé dans la version française. Comment les tribunaux fiscaux ont-ils géré une telle situation?

Dans l'affaire *Boger (A) Estate* c. *MRN*[39], le juge Jérôme de la Cour fédérale mentionne ce qui suit :

> « I do not agree with council for the defendant that concepts and terminology from estates and real property law do not assist in the interpretation of the *Income Tax Act*. Language associated with these areas has been used and any interpretation must take into account the meaning ascribed to the terms[40]. »

Dans la cause *Bélair cie d'assurances* c. *La Reine*[41], le juge Couture fait sienne la remarque du Conseil privé dans l'affaire *La Reine* c. *Sigh*[42], « […] where the legislature selects technical word to convey its meaning it is not in

---

37 *Dictionary of Canadian Law*, Scarborough, Carswell, 1991.

38 *Black's Law Dictionary*, 7e éd., St-Paul, Minn., West Publishing Co., 1999, p. 1320.

39 [1991] 2 C.T.C. 168 (C.F. 1re inst.).

40 *Id*., 177.

41 [1996] 2 C.T.C. 2374, 2380 (C.C.I.).

42 [1950] A.C. 345; [1950] 2 W.W.R. 835.

general to be supposed that it uses them in any but their technical senses or that their technical senses was unfamiliar to it ».

Dans l'affaire *La Reine* c. *McLaughlin*[43], le juge Marceau de la Cour fédérale mentionne :

> « In any event, in construing the enactment, regard must be had to both its versions, English and French, and preference must be given to the version thereof that better corresponds to the true spirit, intent and meaning of the enactment […]. In my view, the meaning conveyed by the English version is much more in keeping with the apparent scheme and philosophy behind the section taken as a whole, however sweeping it was intended to be. Moreover, this is a taxing enactment which, as it is well known, requires a strict interpretation […] and if it can be said that a difference exists between the two versions, the narrower one must prevail. »

Dans la décision *La Reine* c. *Continental Air Photo Ltd.*[44], le juge Noël de la Cour de l'Échiquier résume assez bien la situation lorsqu'un terme est susceptible de deux interprétations :

> « There is some authority to the proposition that if there is a difference in meaning between the definition of the word in the dictionary and the usage by persons who are familiar with the subject matter of the legislation, of whether there is any doubt about which definition in the dictionary is to be preferred, then the meaning given to the persons who are familiar with the subject matter of the legislative should be preferred[45]. »

Dans l'arrêt *Will-Kare Paving & Contracting Ltd.* c. *La Reine*[46], la Cour suprême du Canada s'est exprimée en ces termes sur la définition à utiliser d'un terme défini par ailleurs en droit privé et utilisé dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* :

> « Nevertheless, it remains that in drafting the manufacturing processing incentives to include reference to sale or lease, Parliament has chosen to use language that imports relatively fine private law distinctions. Indeed, the Act is replete with such distinctions. Absent express direction that an interpretation other than that ascribed by settled commercial law be applied, it would be inappropriate to do so.

---

43 [1978] C.T.C. 602; 78 D.T.C. 6406; [1979] 1 C.F. 470.

44 62 D.T.C. 1306 (C. de l'É.).

45 *Id*., 1311.

46 [2000] 1 R.C.S. 915.

> To apply a "plain meaning" interpretation of the concept of a sale in the case at bar would assume that the Act operates in a vacuum, oblivious to the legal characterization of the broader commercial relationships it affects. It is not a commercial code in addition to a taxation statute. Previous jurisprudence of this Court has assumed that reference must be given to the broader commercial law to give meaning to words that, outside of the Act, are well-defined. See *Continental Bank Leasing Corp. v. Canada*, [1998] 2 S.C.R. 298. See also P. W. Hogg, J. E. Magee and T. Cook, *Principles of Canadian Income Tax Law* (3rd ed. 1999), at p. 2, where the authors note:
>
> > The Income Tax Act relies implicitly on the general law, especially the law of contract and property. ... Whether a person is an employee, independent contractor, partner, agent, beneficiary of a trust or shareholder of a corporation will usually have an effect on tax liability and will turn on concepts contained in the general law, usually provincial law.
>
> Referring to the broader context of private commercial law in ascertaining the meaning to be ascribed to language used in the Act is also consistent with the modern purposive principle of statutory interpretation[47]. » (Notre soulignement)

Dans le *Shorter Oxford English Dictionary*[48], le sens du terme *revert* est défini ainsi : « To return, to come or go back, to or from a place or position. Now rare. To return to the former possessor or his heirs ». Cette dernière définition vise clairement et uniquement la personne qui a fait une contribution ou un apport à la fiducie d'un bien dont il était propriétaire.

Comme le terme *revert* est utilisé dans un paragraphe qui traite spécifiquement de fiducies et qu'il vise d'abord et avant tout la situation d'un constituant de qui la fiducie a reçu des biens, il est beaucoup plus probable que les tribunaux retiennent un sens qui est plus proche du concept de *revert* que celui de « revenir », surtout que le concept de « revenir », étant plus large que le concept de *revert*, le sens qui permet de concilier la version française et la version anglaise avec l'économie générale de cette disposition incluse dans la loi depuis 1934 est clairement le sens que l'on donne à l'expression *revert* dans la version anglaise.

Cela ne signifie aucunement que le paragraphe 75(2) L.I.R. ne saurait s'appliquer à l'égard d'une société. En effet, si une société constitue une fiducie et qu'elle est aussi bénéficiaire du capital de la fiducie, les dispositions du paragraphe 75(2) L.I.R. s'appliqueront clairement à l'égard de la société.

---

47 *Id*., par. 30, 31 et 32.

48 *Shorter Oxford English Dictionary*, 3e éd., Oxford, Clarendon Press, 1973.

La jurisprudence interprète le paragraphe 75(2) L.I.R. de façon très restreinte.

Dans la cause *P.M. Fraser* c. *MRN*[49], il s'agissait de déterminer si les pertes réalisées par une fiducie devaient être considérées comme des pertes de la fiducie ou bien, par application des dispositions du paragraphe 75(2) L.I.R., comme des pertes subies par les investisseurs qui détenaient des unités dans la fiducie. Dans cette décision, c'était le ministre du Revenu national qui prétendait que les dispositions du paragraphe 75(2) L.I.R. ne s'appliquaient pas. L'extrait pertinent de cette décision rendue par le juge Reed est le suivant :

> « It is argued [par le ministre] that while the GMS Agreement states that the plaintiff may request a sale or redemption of her units, and the agreement goes on to state that the syndicate will not continue making investments until redemption has taken place, there is in fact no absolute right to redemption. It is argued [par le ministre] that the documentation does not give an absolute right of reversion. I accept this as a correct interpretation of subsection 75(2) and the facts of the present case. In my view, subsection 75(2) anticipates a situation in which the whole corpus of the trust is capable of reverting to the settlor (75(2)(a)) or where the corpus during the life of the trust remains under the control of the settlor (75(2)(b)). It is not suggested that the second situation exists in the present case. And, the facts do not establish that the first exists either. The property was not held by the trustees subject to the right of reversion contemplated in subsection 75(2)(a)[50]. » (Notre soulignement)

Dans les interprétations techniques sur le sujet, l'ARC a généralement favorisé l'interprétation large plutôt que le sens technique précis du concept de *revert* en droit des fiducies.

Après avoir prétendu en Cour canadienne de l'impôt que le terme *revert* dans le paragraphe 75(2) L.I.R. avait un sens très limité, l'ARC a toujours affirmé le contraire par la suite, par exemple, dans une interprétation technique[51], où l'ARC affirme que si les termes d'une fiducie sont tels qu'il existe une possibilité, même éloignée, qu'une personne puisse réacquérir un bien détenu en fiducie, le paragraphe 75(2) L.I.R. s'applique.

---

[49] [1991] 1 C.T.C. 314 (C.F.) (ci-après « *P.M. Fraser* »); confirmé par *Fraser* c. *La Reine*, 95 D.T.C. 5684 (C.A.F.). Voir aussi *Markovzki* c. *La Reine*, 98 D.T.C. 2040 (C.C.I.).

[50] *P.M. Fraser*, précité, note 49, 322.

[51] *Revenue Canada Views*, *op. cit*., note 31, interprétation technique 9601665, 20 août 1993.

Encore récemment, lors de la conférence annuelle de la Society of Trust and Estate Practitioners (STEP), l'ARC a réaffirmé ce qui suit :

> « Finally, we would like to offer a comment on the meaning of the word "revert". Some commentators have suggested that the term "revert" should be restricted to its legal meaning.[52] Although the word "revert" has a particular meaning in a legal context, it is found in most dictionaries and has the ordinary meaning of "return to its former state". Thus, it is our position that subparagraph 75(2)(a)(i) of the Act may apply if, under the terms of the trust, there is a possibility, however remote, that the property held by a trust may be returned to the person who contributed the property to the trust[53]. »

Il se dégage de l'analyse à la fois du sens du terme *revert*, des principes d'interprétation et de la position qu'a adoptée l'ARC dans l'affaire *P.M. Fraser* qu'il est plus probable que les tribunaux retiennent l'interprétation juridique du concept de *revert* plutôt que son sens ordinaire ce qui aura pour effet de faire en sorte que même si, en droit des fiducies une remise à une société d'actions souscrites par la fiducie dans cette société était possible, cela ne provoquerait même pas l'application des dispositions du paragraphe 75(2) L.I.R. étant donné qu'il ne s'agirait pas d'une situation visée par le paragraphe 75(2) L.I.R. Donc, tout se décide autour du terme *revert*. Si les tribunaux décident de retenir le sens juridique de ce terme, les dispositions du paragraphe 70(5) L.I.R. ne s'appliqueront pas à la situation faisant l'objet de notre analyse. Si les tribunaux estiment que le terme *revert* devrait être utilisé dans son sens ordinaire et si, compte tenu de l'ensemble d'un acte de fiducie donné, il est déterminé qu'une remise des actions à la société de laquelle la fiducie détient des actions souscrites par la fiducie n'est pas contraire au droit des fiducies, alors les dispositions du paragraphe 75(2) L.I.R. s'appliqueront.

2.5. L'APPLICATION DU PARAGRAPHE 75(2) L.I.R.

Techniquement, et tenant pour acquis que le paragraphe 75(2) L.I.R. s'applique au moment de la réception par la fiducie d'un dividende de la société, le dividende imposable reçu de la société doit être ajouté dans le revenu de la société. Selon l'ARC :

---

[52] L'ARC se réfère sans doute à Graham TURNER, « Correspondence – A Comment on "Subsection 75(2): The Spoiler" », (2005), vol. 53, n° 4 *Revue fiscale canadienne* 1164-1165; John H. SAUNDERS, « Inter Vivos Discretionary Family Trusts: A Potpourri of Issues and Traps », dans *1993 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1994, pp. 37:1-58, à la page 37:10.

[53] « Practitioner/CRA Round Table », dans *2006 STEP Canada National Conference*, Society of Trust and Estate Practitioners, 13 juin 2006, question 4.

> « L'expression "personne" utilisée au paragraphe 75(2) L.I.R. désigne aussi, selon la définition du paragraphe 248(1), une "corporation". Bien que la durée d'une corporation soit indéterminée, le Ministère estime que le revenu d'une fiducie peut être attribué à une corporation lorsque le paragraphe 75(2) L.I.R. est par ailleurs applicable[54]. »

Cette situation se produit lorsqu'une société est constituant et bénéficiaire du capital d'une fiducie.

Lorsque les dispositions du paragraphe 75(2) L.I.R. s'appliquent, le revenu, par l'effet de la présomption, est directement inclus dans le revenu de la personne dont les biens ou les biens qui leur sont substitués ont été reçus. Comme souvent les feuillets préparés soit par la société qui verse un dividende, soit par l'institution financière qui verse des intérêts indiqueront la personne à qui les revenus ont été effectivement payés, c'est-à-dire la fiducie, l'ARC a déjà indiqué dans une interprétation technique[55] que le revenu visé au paragraphe 75(2) L.I.R. doit être ajouté dans le revenu de la fiducie et il doit être considéré comme ayant été payé à la personne de qui les biens ont été reçus. Il n'y a pas d'équivalent à l'alinéa 108(5)a) L.I.R. aux fins de l'application du paragraphe 70(5) L.I.R. ce qui signifie que le revenu attribué par l'application de ce dernier paragraphe conserve sa nature fiscale en tout temps. Ainsi, un revenu d'entreprise attribué demeure un revenu d'entreprise et un revenu de dividende provenant d'une société canadienne est un dividende provenant d'une société canadienne.

Même si tout le revenu d'une fiducie est soumis à l'application des dispositions du paragraphe 75(2) L.I.R., une déclaration de revenus T3 doit être produite de façon ordinaire et le revenu doit être indiqué dans la déclaration T3 comme s'il avait été effectivement payé à la personne à

---

54 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-369R, « Attribution du revenu provenant d'une fiducie à un auteur ou à un disposant », 12 mars 1990, par. 9.

55 *Revenue Canada Views*, *op. cit.*, note 31, interprétation technique 2001-0114045, 11 juillet 2002 :

> « For example, when an amount of income from property held by the trust in excess of $100 and is payable to a single beneficiary, including the settlor, the trust is required to file a T3 return regardless of whether or not the amount is attributable to the settlor under subsection 75(2). In order to ensure that the income is excluded from the computation of the trust's income, a T3 information slip should be prepared for the settlor and the statement showing the amount of income attributed to the settlor under subsection 75(2) should be submitted with schedule 9 of the T3 tax return as required when the response to question 3 of Part A is in the affirmative. »

l'égard de laquelle le paragraphe 75(2) L.I.R. s'applique. Cette exigence repose beaucoup plus sur une politique administrative que sur une disposition de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

2.6. IMPÔT DE LA PARTIE IV L.I.R.

Tenant pour acquis que les dispositions du paragraphe 75(2) L.I.R. s'appliquent, que la fiducie détient toutes les actions participantes d'OPCO et de GESTCO, et que ces deux compagnies sont bénéficiaires du capital de la fiducie, si OPCO verse un dividende à la fiducie et que la fiducie remet immédiatement après le dividende reçu à GESTCO, l'impôt de la Partie IV L.I.R. s'applique-t-il si OPCO (« société payante ») n'est pas rattachée avec GESTCO (« société donnée ») qui reçoit un dividende?

Selon l'alinéa 186(1)a) L.I.R., l'impôt de la Partie IV L.I.R. s'applique sur le tiers de l'ensemble des dividendes déterminés qu'elle (la société donnée) a reçu au cours de l'année…

Le terme « reçu » n'est pas utilisé dans la portion du paragraphe 75(2) L.I.R. qui traite de ses effets. Tout ce que le paragraphe 75(2) L.I.R. mentionne est que : « […] tout revenu […] est réputé […] être un revenu […] de la personne ». Or, si le revenu de dividende payé par OPCO est réputé être un revenu d'OPCO, est-il nécessaire :

1) de vérifier si OPCO est contrôlée ou rattachée avec GESTCO; ou

2) de vérifier si OPCO est rattachée avec OPCO?

Selon le paragraphe 186(4) L.I.R., l'impôt de la Partie IV L.I.R. ne s'applique pas si, entre autres, a) la société payante est contrôlée […] par la société donnée à ce moment, ou b) si les deux sociétés sont rattachées[56]. Dans notre exemple, OPCO doit-elle être rattachée avec OPCO, donc avec elle-même, ou doit-elle plutôt être rattachée avec GESTCO malgré la présomption au paragraphe 75(2) L.I.R.? Pour répondre à cette question, nous devons tout d'abord examiner si une présomption se trouvant à la Partie I L.I.R. s'applique aussi aux fins de l'impôt de la Partie IV L.I.R.

---

[56] Selon le paragraphe 186(2) L.I.R., « une société est contrôlée par une autre société si plus de cinquante pour cent (50 %) des actions émises de son capital-actions (comportant plein droit de vote en toutes circonstances) appartiennent à l'autre société, à des personnes avec lesquelles cette autre société a un lien de dépendance […]. »

Nous trouvons dans les parties de la *Loi de l'impôt sur le revenu* autres que la Partie I L.I.R. des dispositions dont le seul effet est de s'assurer que certaines dispositions d'une partie s'appliquent à une autre partie. Par exemple (liste non exhaustive) :

- paragraphe 183(3) L.I.R. : « Les paragraphes […] de la partie I s'appliquent à la présente partie, […] »;

- paragraphe 183.2(2) L.I.R. : « Les paragraphes […] de la partie I s'appliquent à la présente partie, […] »;

- paragraphe 185(3) L.I.R. : « Les articles […] de la partie I s'appliquent à la présente partie, […] »;

- article 187.6 L.I.R. : « Les articles […] de la partie I s'appliquent à la présente partie, […] »;

- article 187.61 L.I.R. : « L'article 27 s'applique à la présente partie, […] »;

- article 187.7 L.I.R. : « Les définitions figurant au paragraphe 149.1(1) s'applique à la présente partie, […] »;

- paragraphe 212(1) L.I.R. : « Toute personne non résidente doit payer un impôt […] sur toute somme qu'une personne […] lui paie […] ou est réputée, en vertu de la Partie I, de lui payer […] »;

- paragraphe 212(2) L.I.R. : « Toute personne […] paye un impôt […] sur toute somme qu'une société […] lui paie […] ou est réputée, selon les parties I ou XIV, de lui payer […] »;

- paragraphe 212(4) L.I.R. : « […] les honoraires […] ne comprennent pas une somme versée […] ou réputée, en vertu de la partie I, avoir été versée […] »;

- paragraphe 212(5) L.I.R. : « Toute […] sur toute somme qu'une personne résident au Canada lui verse […] ou est réputée, en vertu de la partie I, lui verser […] »;

- paragraphes 202(1), 202(2) et article 210 du *Règlement de l'impôt sur le revenu*[57].

Ces quelques exemples démontrent amplement que le régime fiscal de chaque partie de la *Loi de l'impôt sur le revenu* forme un ensemble cohérent possédant ses propres règles. Lorsque le législateur désire incorporer dans un impôt prélevé en vertu d'une partie de la loi des présomptions provenant d'une autre partie, il le fait toujours d'une façon très explicite. En conséquence, la présomption prévue au paragraphe 75(2) L.I.R. n'a aucun impact sur l'impôt de la Partie IV L.I.R. qui continue de s'appliquer en fonction de la réalité plutôt que par l'effet d'une présomption de la Partie I L.I.R.

Rappelons que le paragraphe 75(2) L.I.R. se trouve dans la Partie I, Impôt sur le revenu, section B, Calcul du revenu, sous-section F, Règles relatives au calcul du revenu. Le paragraphe 187(3) L.I.R. contient une disposition générale ayant pour effet de faire appliquer aux fins de l'impôt de la Partie IV des dispositions de la Partie I L.I.R. Or, le paragraphe 75(2) L.I.R. ne fait pas partie de ces dispositions. Donc, l'application du paragraphe 75(2) L.I.R. n'a pas pour effet en soi de faire échec à l'application de l'impôt de la Partie IV L.I.R. sur la base des dividendes reçus par la société qui les reçoit réellement. Malgré la présomption au paragraphe 75(2) L.I.R., pour éviter l'application de l'impôt de la Partie IV L.I.R., la société payante devra être contrôlée ou rattachée avec la société donnée si cette dernière reçoit effectivement des dividendes.

2.7. CESSER L'EXISTENCE DE LA PERSONNE

Tous les arguments discutés aux sections 2.3. et 2.4. ne peuvent cependant pas toujours donner l'assurance au client que le paragraphe 107(2) L.I.R. s'applique et que le roulement des immobilisations est possible au moment où une fiducie remet à la liquidation de la fiducie ou lors d'un prélèvement sur le capital les actions qu'elle détient à un bénéficiaire autre que la société visée.

En cas de doute, la seule technique permettant de s'assurer que les paragraphes 75(2) L.I.R et 107(4.1) L.I.R. ne s'appliqueront pas consiste à faire en sorte que la société de laquelle une fiducie a reçu des actions qu'elle a souscrites n'existe plus. En effet, dans la dernière partie du paragraphe 75(2) L.I.R. il est mentionné « durant l'**existence** de la personne ». L'alinéa

[57] C.R.C., 1978, c. 945 et mod.

107(4.1)d) L.I.R. se lit comme suit : « la personne visée au sous-alinéa c)(i) **existait** au moment de l'attribution du bien ». Ainsi, si la société de qui la fiducie a reçu les actions émises dans le cadre d'une souscription par la fiducie n'existe plus au moment de la remise des actions par la fiducie à un bénéficiaire, le paragraphe 107(4.1) L.I.R. ne s'appliquera pas étant donné que toutes les conditions énumérées aux quatre alinéas doivent être satisfaites comme l'indique le préambule du paragraphe 107(4.1) L.I.R. : « Si les conditions ci-après sont réunies […] ». Si la personne est un particulier, elle peut cesser son existence par son décès. Si la personne est une société, il faut donc examiner de quelle façon elle peut cesser son existence.

Dans le Communiqué spécial se trouve une modification au *Bulletin d'interprétation* IT-369R[58] : « Le paragraphe 75(2) L.I.R. cesse de s'appliquer si la personne meurt ou ne réside plus au Canada. »

Le concept de l'existence de la « personne dont les biens ou les biens qui leur sont substitués ont été reçus » est important étant donné qu'à compter du moment où cette personne-là n'existe plus, le paragraphe 75(2) L.I.R. cesse de s'appliquer. De plus, aux fins du paragraphe 107(4.1) L.I.R. qui prévoit que le roulement prévu au paragraphe 107(2) L.I.R. ne s'applique pas si le paragraphe 75(2) L.I.R. s'est appliqué à un moment donné aux biens de la fiducie, l'alinéa 107(4.1)d) L.I.R. mentionne que pour que le roulement ne soit pas possible, la personne de laquelle la fiducie a reçu le bien doit exister au moment de l'attribution du bien. En d'autres termes, si la personne de qui la fiducie a reçu le bien qui a provoqué l'application du paragraphe 75(2) L.I.R. à un moment donné n'existe plus, le roulement des biens de la fiducie à un bénéficiaire résident redevient possible.

2.7.1. Fusion

La doctrine a trouvé que la jurisprudence prépondérante soutient plutôt l'opinion que les anciennes sociétés existent encore après la fusion même si un certain courant minoritaire prétend le contraire.

Dans Martel, nous pouvons lire :

> « Traditionnellement, il y a 2 écoles de pensées quant à l'effet d'une fusion : certains disent que les compagnies fusionnées disparaissent et que c'est une

[58] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-369RSR, « Communiqué spécial - Attribution du revenu provenant d'une fiducie à un auteur ou à un disposant », 24 juin 1994.

> nouvelle compagnie qui prend leur relève, tandis que d'autres soutiennent que les compagnies fusionnantes poursuivent leurs activités comme une seule et même compagnie[59]. »

La citation suivante, portant sur l'ancienne fusion par lettres patentes des compagnies provinciales, nous paraît toujours pertinente :

> « Même si légalement, la fusion entraîne la création d'une nouvelle compagnie, à toutes fins pratiques, les biens, droits et obligations des compagnies se déversent dans un entonnoir pour, à l'orifice, être prolongée ou retrouvée sous l'égide d'une entité corporative qui succède instantanément et sans heurt, dès la date des lettres patentes de fusion, aux compagnies constituantes qui disparaissent[60]. »

Même si les sociétés fusionnantes poursuivent leurs activités comme une seule et même société, la question qu'il faille se poser aux fins de l'application du paragraphe 75(2) L.I.R. est la suivante : la société de laquelle les actions ont été reçues existe-t-elle encore après une fusion?

Un auteur[61] adopte la position selon laquelle les compagnies poursuivent leurs activités, mais mentionne cependant les jugements de certains tribunaux qui ont limité les principes dégagés dans l'arrêt *La Reine* c. *Black and Decker*[62] à des poursuites en droit criminel.

2.7.2. Liquidation ou dissolution

Après une liquidation ou dissolution de société, il ne fait aucun doute que la société n'existe plus[63]. Les compagnies provinciales cessent d'exister par voie de dissolution, volontaire ou forcée, ou encore par voie de liquidation, volontaire ou forcée. La dissolution volontaire semble être la procédure la plus expéditive.

Selon la terminologie utilisée pour décrire les sociétés qui sont bénéficiaires du capital de la fiducie et des personnes qui détiennent les

---

59 Paul MARTEL, *La compagnie au Québec*, *Les aspects juridiques*, vol. 1, éd. feuilles mobiles, Montréal, Wilson & Lafleur/Martel ltée, 2006, p. 33-31.

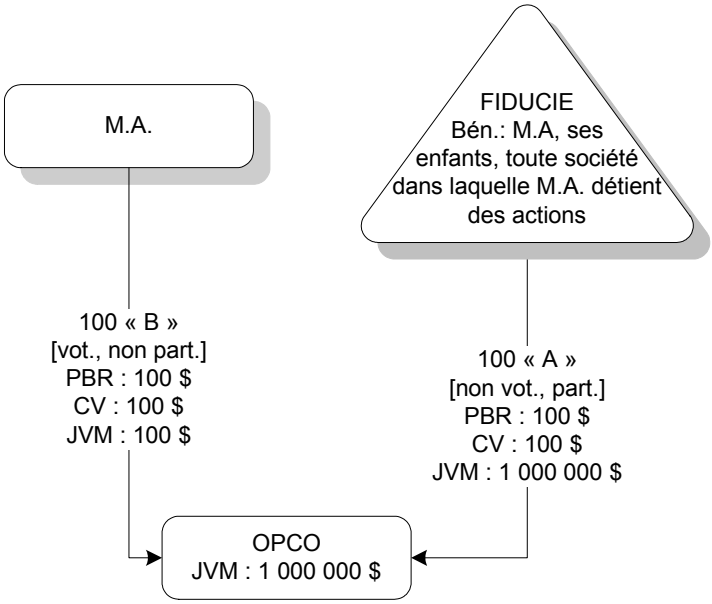
60 L. GRAVEL, « La fusion ou l'union des compagnies », (1970), 30 *R. du B.* 102.

61 Graham TURNER, « Amalgamations and Continuation », (1988), vol. 36, n° 6 *Revue fiscale canadienne* 1479-1499.

62 [1975] 1 R.C.S. 411.

63 P. MARTEL, *op. cit*., note 59, p. 34-2.

actions de la société qui doit cesser d'exister, une façon parmi d'autres de faire cesser l'existence de la société qui fait appliquer le paragraphe 75(2) L.I.R. tout en limitant les incidences fiscales consiste à procéder de la façon suivante[64]. Nous tenons pour acquis que toutes les actions de contrôle de la société (ci-après « OPCO ») sont détenues par un particulier qui est aussi bénéficiaire de la fiducie. L'organigramme initial est le suivant :



1) Une nouvelle société est constituée (ci-après « NEWCO »). Avant l'émission des actions, NEWCO renonce purement et simplement à tous les droits qu'elle pourrait avoir dans la fiducie pour éviter que le paragraphe 75(2) L.I.R. s'applique par rapport à cette dernière. Le particulier qui détient les actions de contrôle de NEWCO est le même que celui qui détient les actions de contrôle d'OPCO.

---

64 Évidemment, il faudra examiner l'impact potentiel des dispositions du paragraphe 55(2) L.I.R., planifier l'aspect de l'impôt en main remboursable au titre de dividendes (IMRTD) et vérifier l'application de la règle générale antiévitement (ci-après « RGAÉ »).

2) Les nouvelles actions participantes de NEWCO sont souscrites par un particulier non bénéficiaire ni fiduciaire, par exemple le constituant de la première fiducie, pour 100 $ pour 100 actions de catégorie « A ». Ce particulier vend lesdites actions à la fiducie à leur JVM[65], disons 100 $.

3) La fiducie échange 99 % des actions qu'elle détient dans OPCO contre des actions de type « gel » émises par NEWCO à la fiducie, le tout dans le cadre d'un roulement effectué selon les dispositions du paragraphe 85(1) L.I.R. Un choix de « somme convenue » égale au PBR des actions échangées que la fiducie détient dans OPCO est effectué.

4) Les actions émises par NEWCO à la fiducie seront des actions de type « gel » dont le PBR et le capital versé seront égaux à ceux des actions que la fiducie a transférées à NEWCO et dont la JVM sera aussi égale à la JVM des actions d'OPCO transférées par la fiducie à NEWCO.

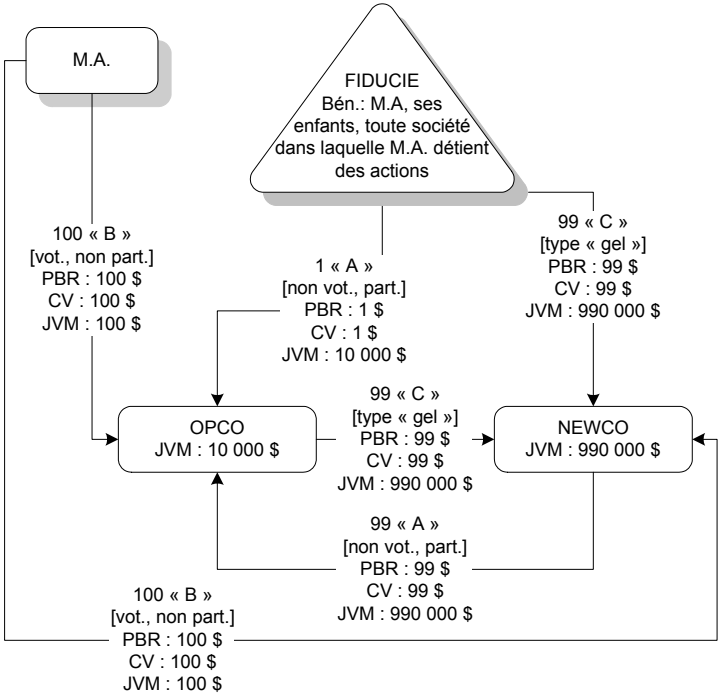
5) Par la suite, OPCO transfère 99 % de ses avoirs (actions et placements) à NEWCO en utilisant, si nécessaire, les dispositions de roulement prévues au paragraphe 85(1) L.I.R. La « somme convenue » sera égale au PBR des éléments d'actifs transférés par OPCO à NEWCO.

6) Après les transactions précédentes, NEWCO possède 99 % des placements qu'OPCO avait; NEWCO détient 99 % des actions participantes d'OPCO et OPCO détient des actions de type « gel » de NEWCO dont la JVM est égale à 99 % de la JVM des actifs d'OPCO avant le début des transactions.

Après l'étape 6, l'organigramme est le suivant :

---

[65] Div. 55(3)a)(i)(B) L.I.R.



7) NEWCO procède au rachat (achat de gré à gré) des actions privilégiées de « gel » qu'OPCO détient dans son capital-actions (de NEWCO) et remet à OPCO un billet à demande sans intérêt dont la JVM est égale à 99 % de la JVM des actifs d'OPCO avant le début des transactions.

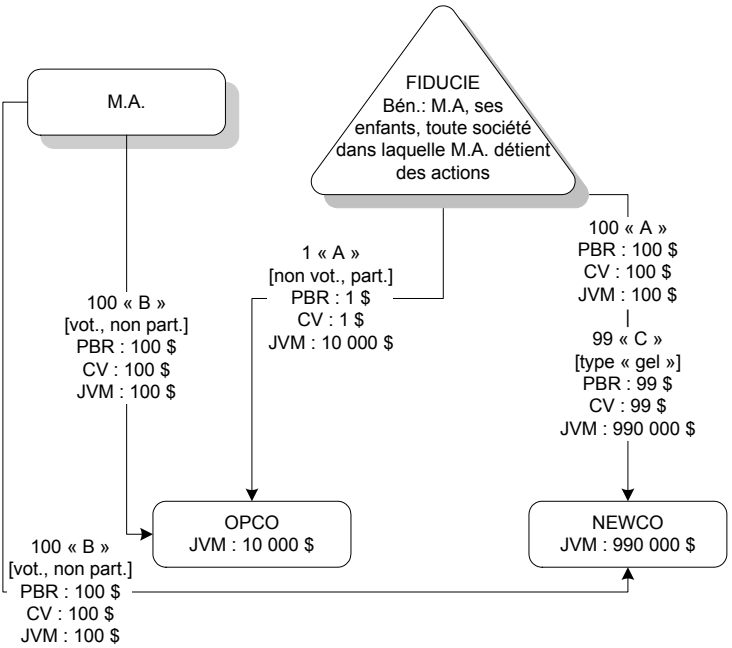
8) Dans le cadre d'un achat de gré à gré, OPCO achète de NEWCO 99 % des actions et remet en paiement du prix d'achat de ces actions un billet à demande sans intérêt dont la JVM est aussi égale à 99 % de la JVM des actifs d'OPCO avant le début des transactions.

9) NEWCO détenant une dette liquide et exigible d'OPCO et OPCO détenant une dette liquide et exigible de NEWCO d'une valeur identique, un acte de quittance réciproque est rédigé et les deux dettes sont annulées (éteintes par compensation).

10) Après ces transactions, NEWCO ne détient plus aucune action dans OPCO; OPCO ne détient plus aucune action dans NEWCO; la fiducie détient toutes les actions participantes de NEWCO et un certain nombre d'actions privilégiées de type « gel » de NEWCO dont la JVM

correspond à 99 % de la JVM des actifs d'OPCO avant le début des transactions; la fiducie détient quelques actions d'OPCO dont la JVM correspond à 1 % de la JVM des actifs d'OPCO avant le début des transactions.

Après l'étape 10, l'organigramme est le suivant :

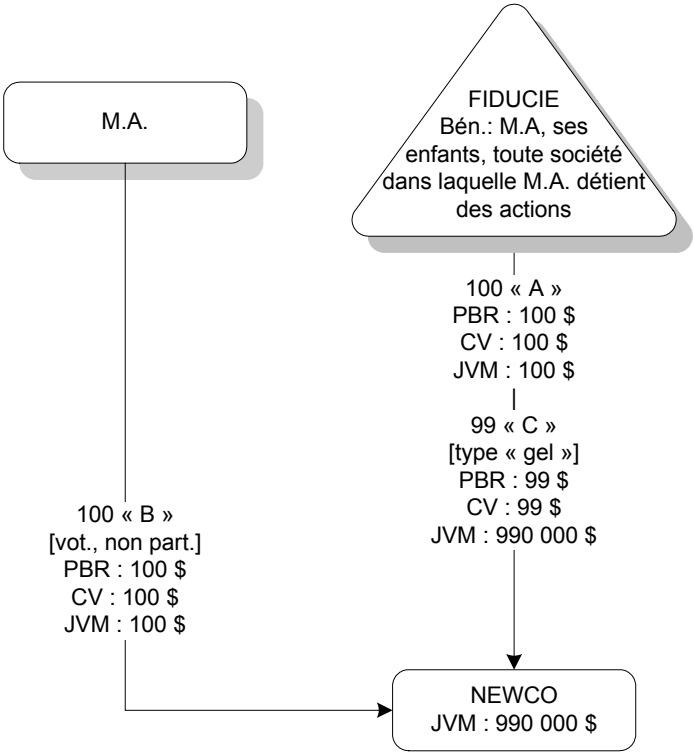


11) OPCO est liquidée entre les mains de la fiducie (sauf pour les actions de contrôle).

12) Au moment de la liquidation d'OPCO, la fiducie est réputée avoir reçu un dividende de liquidation correspondant à la différence entre la totalité de la JVM des biens (liquidités qu'elle reçoit) et le capital versé de l'action « A » qu'elle détient dans OPCO (disons 1 $). Le dividende présumé au moment de la liquidation peut être remis par la fiducie à un ou plusieurs de ses bénéficiaires.

À compter de la liquidation d'OPCO, le paragraphe 75(2) L.I.R. ne s'applique plus et le paragraphe 107(2) L.I.R. peut s'appliquer de nouveau.

Après l'étape 12, l'organigramme est le suivant :



13) Lorsque tous les actifs d'OPCO ont été remis à ses actionnaires, par exemple, par le versement d'un dividende de 10 000 $[66], le mécanisme de dissolution volontaire corporatif est complété de la façon ordinaire.

Même si les actions privilégiées de « gel » que la fiducie détiendra désormais dans NEWCO seront clairement des biens substitués aux actions « A » qui avaient été reçues d'OPCO et souscrites par la fiducie, les paragraphes 75(2) et 107(4.1) L.I.R. cessent à compter de ce moment de s'appliquer.

---

[66] À ce stade-ci, le dividende est soumis à l'application des dispositions du paragraphe 75(2) L.I.R., OPCO existant encore.

2.8. VIVRE AVEC L'APPLICATION DES DISPOSITIONS DU PARAGRAPHE 75(2) L.I.R.

S'il est certain que les dispositions du paragraphe 75(2) L.I.R. s'appliquent à une fiducie particulière, la technique suivante peut être utilisée. La société déclare un dividende sur les actions participantes détenues par la fiducie d'un montant égal à la valeur marchande desdites actions moins leur capital versé. Si la société n'a pas les liquidités nécessaires, le dividende peut être payé par l'émission par la société à la fiducie d'un billet à demande. Sur le plan du droit des fiducies et du droit fiscal, ce dividende est considéré comme un revenu et il peut être payé seulement aux bénéficiaires du revenu. Selon les dispositions du paragraphe 75(2) L.I.R., ce dividende est imposé entre les mains de la société payante à titre de dividende. Par application des principes ordinaires du droit des fiducies, le billet non payé au cours de l'année durant laquelle la fiducie l'a reçu est ajouté au capital de la fiducie au début de l'année d'imposition subséquente[67]. Le billet peut alors être remis à un bénéficiaire du capital de la fiducie sans incidence fiscale s'agissant d'un prélèvement sur le capital d'un bien dont le PBR est égal à la JVM, le tout selon les dispositions du paragraphe 107(2) L.I.R. Les actions participantes détenues par la fiducie possédant désormais une JVM égale à leur capital versé, lesdites actions peuvent faire l'objet d'un achat de gré à gré entre la société et la compagnie pour un produit de disposition égal au capital versé des actions. Une nouvelle fiducie à laquelle les dispositions du paragraphe 75(2) L.I.R. ne s'appliquent pas peut par la suite souscrire aux nouvelles actions participantes de la société ou encore le constituant de la nouvelle fiducie peut souscrire aux nouvelles actions participantes de la société et les transférer à la nouvelle fiducie.

Si les actions participantes que la société détient et qui sont soumises aux dispositions du paragraphe 75(2) L.I.R. n'ont pas une plus-value très importante, il est possible pour la fiducie d'échanger lesdites actions contre de nouvelles actions privilégiées de type gel permettant à une nouvelle fiducie à l'égard de laquelle les dispositions du paragraphe 75(2) L.I.R. ne s'appliquent pas de souscrire aux nouvelles actions participantes. Les actions de gel détenues par la fiducie peuvent alors être rachetées ou faire l'objet d'un achat de gré à gré sur une période de 10, 15 ou 20 ans.

---

[67] Lloyd F. RAPHAEL, *Canadian Income Taxation of Trusts*, 3e éd., Don Mills, CCH Canadian, 1993, p. 254.

L'ARC pourrait-elle appliquer la RGAÉ? Nous constatons facilement l'existence d'un avantage fiscal. Cependant, où est l'opération d'évitement? La déclaration du dividende? La souscription des actions de la société par la fiducie peut-elle faire partie d'une série d'opérations alors que dans la majorité des cas personne ne se doutait que le résultat expliqué ci-dessus serait atteint? Le fait que la société dont la fiducie détient des actions soit bénéficiaire de la fiducie repose sur des objets véritables qui ne sont pas de nature fiscale. Une opération d'évitement peut-elle exister à l'insu du contribuable? Il y a certainement l'avantage fiscal, mais probablement pas une opération d'évitement. Enfin, en dernière analyse, l'avantage fiscal découle beaucoup plus de l'abus de l'interprétation de la *Loi de l'impôt sur le revenu* par l'ARC que par une soi-disant opération d'évitement.

3. FIDUCIE D'ÉTALEMENT DE RÉGIMES ET RÉGIMES ENREGISTRÉS D'ÉPARGNE-RETRAITE

3.1. DIVISION 60L)(II)(B) L.I.R.

Selon les Propositions législatives de juillet 2005[68], la division 60l)(ii)(B) L.I.R. doit être modifiée en remplaçant « dont est rentier le contribuable ou la fiducie dans laquelle il est le seul à avoir un droit de bénéficiaire sur les montants payables aux termes de la rente, pour un nombre d'années ne dépassant pas la différence entre 18 et l'âge du contribuable en années accomplies au moment de l'achat de la rente […] » par « dont est rentier le contribuable pour un nombre d'années ne dépassant pas la différence entre 18 et l'âge du contribuable en années accomplies au moment de l'achat de la rente […] ». Cette modification doit s'appliquer à compter de 1989.

Donc, à première vue, et si on se limite à la seule modification à la division 60l)(ii)(B) L.I.R., dans le cas d'un enfant mineur, seule une rente dont est rentier l'enfant mineur se qualifie aux fins de l'étalement de régimes enregistrés d'épargne-retraite (ci-après « REÉR ») à la suite d'un décès.

3.2. RENTE ADMISSIBLE DE FIDUCIE POUR ENFANTS MINEURS

Cependant, le nouveau paragraphe 60.011(2) L.I.R. introduit par les mêmes Propositions législatives ajoute une définition de « rente admissible

---

68 CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives concernant l'impôt sur le revenu (Partie 2 – Modifications techniques)*, 18 juillet 2005 (ci-après « Propositions législatives »).

de fiducie » qui s'applique à trois types de rentes différents. Celle qui est en lien avec la rente d'étalement par ou pour le compte d'un enfant mineur à charge se retrouve à l'alinéa 60.011(2)b) L.I.R. Il s'agit d'une rente qui remplit les quatre conditions suivantes.

3.2.1. Date d'acquisition

Elle est acquise après 1988. Pourquoi cette date? Tout simplement parce que l'extrait suivant de la division 60l)(ii)(B) L.I.R. : « […] ou la fiducie dans laquelle il est le seul à avoir un droit de bénéficiaire sur les montants payables aux termes de la rente […] » s'appliquait à compter de 1989, c'est-à-dire au moment de l'entrée en vigueur de la modification alors apportée à l'alinéa 60l) L.I.R. en vue de permettre qu'une fiducie soit rentière d'une telle rente d'étalement.

3.2.2. Modalités de la rente

3.2.2.1. Droit de bénéficiaire

Le rentier, en vertu de la rente, est une fiducie dans le cadre de laquelle le contribuable est le seul à avoir un droit de bénéficiaire sur les sommes à verser aux termes de la rente, ce droit étant déterminé compte non tenu du droit d'une personne de recevoir une somme de la fiducie seulement au décès ou après le décès du contribuable.

La première partie de cette deuxième condition reprend la formulation de la division 60l)(ii)(B) L.I.R. et améliore la formulation, mais n'apporte aucune modification de fond. Par exemple, l'expression « dans laquelle » a été remplacée par « dans le cadre de laquelle » et l'expression « sur les montants payables aux termes de la rente » a été remplacée par « sur les sommes à verser aux termes de la rente ».

La modification importante se retrouve à la fin de cette deuxième condition. Pour comprendre l'importance de la modification, il faut analyser la portée de l'expression « droit de bénéficiaire » que l'on retrouvait à la division 60l)(ii)(B) L.I.R. et que l'on retrouve désormais au nouveau sous-alinéa 60.011(2)b)(ii) L.I.R.

L'alinéa 248(25)a) L.I.R., qui s'applique à toute la loi, énumère en ces termes les personnes qui possèdent un droit de bénéficiaire dans une fiducie :

> « […] comptent parmi les personnes […] ayant un droit de bénéficiaire dans une fiducie donnée celles qui ont le droit – immédiat ou futur, conditionnel ou

> non, ou soumis ou non à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par une personne […] – à titre de bénéficiaire d'une fiducie de recevoir tout ou partie du revenu ou du capital de la fiducie donnée, […]. »

Donc, avec une formulation aussi large, si la fiducie prévoit qu'au décès de l'enfant mineur, le solde de la rente déjà reçu par la fiducie mais non encore dépensé pour l'enfant mineur, ou encore, le solde de la rente à recevoir par la fiducie, est remis à une personne désignée par le testament, la fiducie ne se qualifie pas à la division 60l)(ii)(B) L.I.R.

Voici trois exemples de clauses qui, avant l'adoption des Propositions législatives, empêchent la fiducie de se qualifier à la division 60l)(ii)(B) L.I.R. :

a) « Si mon fils Éric décède, le capital de la fiducie sera détenu pour le bénéfice de son frère Mario. »

b) « Si mon fils Éric décède avant la liquidation de la fiducie à son bénéfice, le solde du capital de la fiducie sera remis, durant sa minorité, à ses héritiers *ab intestat*. »

c) « Si mon fils Éric décède avant la liquidation de la fiducie à son bénéfice, le solde du capital de la fiducie (comprenant les sommes payables aux termes de la rente), sera remis à ses héritiers déterminés aux termes de son testament, mais seulement parmi les descendants de mon grand-père[69]. »

En effet, dans ces trois derniers exemples, toutes les personnes énumérées de façon spécifique (Mario) ou de façon générale (héritiers *ab intestat* ou testamentaires) aux termes du testament du constituant de la fiducie d'étalement de régimes possèdent un droit de bénéficiaire (au sens de l'alinéa 248(25)a) L.I.R.) même si ces personnes ne possèdent qu'un droit futur et conditionnel, ou soumis à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par le rentier bénéficiaire de la rente.

Le sens restreint du concept de « bénéficiaire », que l'on retrouve au paragraphe 104(1.1) L.I.R. et qui prévoit qu'une personne est réputée ne pas être un bénéficiaire si son droit ne découle que des dispositions

---

69 *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »), art. 1282. L'enfant n'a pas à être fiduciaire au moment de l'exercice de sa faculté d'élire selon certains auteurs; J. BEAULNE, *op. cit.*, note 25, p. 220.

testamentaires d'un bénéficiaire d'une fiducie ou de la loi régissant le décès *ab intestat* d'un bénéficiaire, n'apporte aucun secours car ledit paragraphe ne s'applique pas pour l'application de l'alinéa 60l) L.I.R.

3.2.2.2. Deux types de fiducies avant les Propositions législatives

Avant les Propositions législatives, il y avait deux principaux types de fiducies d'étalement de régimes. Le premier type consiste à rédiger la fiducie de sorte que le capital est constitué seulement des remboursements de primes[70] provenant des REÉR du particulier décédé. Le deuxième type consiste à léguer à une seule et même fiducie non seulement les remboursements de primes provenant des REÉR du particulier décédé, mais aussi d'autres biens du particulier décédé, tels produits d'assurance, actions, obligations, liquidités, etc. Pourvu que l'enfant soit le seul à avoir un droit de bénéficiaire sur les montants payables aux termes de la rente, la fiducie respecte les exigences de la division 60l)(ii)(B) L.I.R. Cette division n'exige pas que l'enfant soit le seul à avoir un droit de bénéficiaire sur tous les montants provenant de la fiducie, mais seulement sur les « montants payables aux termes de la rente ». Donc, avec le deuxième type de fiducie d'étalement de régimes, il est possible de prévoir au décès de l'enfant bénéficiaire qui serait le bénéficiaire de la fiducie à l'égard des sommes autres que les « montants payables aux termes de la rente » acquise à même les remboursements de primes, mais il n'est pas possible de prévoir qui peut recevoir les « montants payables aux termes de la rente » dans le cas où l'enfant décède à un moment où de tels montants sont encore dans le patrimoine de la fiducie. Dans le deuxième type de fiducie d'étalement de régimes, il est possible d'inclure une « clause de gicleur » applicable aux enfants de l'enfant du rentier décédé ou encore une clause de prélèvement sur le capital pour l'éducation des enfants de l'enfant du rentier décédé pourvu que les sommes ne proviennent pas des montants payables aux termes de la rente. Il s'agit donc d'une fiducie à deux régimes, un pour la rente et l'autre pour tous les autres biens.

3.2.2.3. Que prévoir au décès de l'enfant avant les Propositions législatives?

Comme la faculté illimitée d'élire (*illimited power of appointment*) est nulle en droit québécois[71], une façon de répondre à l'exigence de la division

---

70 Par. 146(1) « remboursement de primes » L.I.R.

71 Marc JOLIN, « Faculté d'élire et planification testamentaire », (1991), vol. 1, n° 10 *La lettre fiscale québécoise* 73; J. BEAULNE, *op. cit.*, note 25, p. 224.

60l)(ii)(B) L.I.R. avant les Propositions législatives est tout simplement de prévoir qu'advenant le décès de l'enfant alors qu'il reste des « montants payables aux termes de la rente », ces montants soient remis par les fiduciaires à l'enfant immédiatement avant son décès.

En effet, avec une telle formulation, personne d'autre que le bénéficiaire n'a alors de « droit de bénéficiaire »[72].

Une deuxième façon de respecter l'exigence de la division 60l)(ii)(B) L.I.R. consiste tout simplement à ne rien prévoir, de telle sorte que si le seul bénéficiaire de la fiducie décède avant la remise de la totalité des biens de la fiducie, par application des dispositions du Code civil selon le second alinéa de l'article 1297 C.c.Q., les biens sont alors dévolus aux autres héritiers du testateur.

3.2.2.4. Fiducie d'étalement de régimes et paragraphe 104(18) L.I.R.

Une « fiducie d'étalement de régimes » pour le bénéfice d'un contribuable qui est un enfant mineur peut-elle être soumise aux dispositions du paragraphe 104(18) L.I.R.?

Les fiducies d'étalement de régimes rédigées avant les Propositions législatives se qualifiaient automatiquement aux dispositions du paragraphe 104(18) L.I.R. étant donné qu'elles ne comptaient qu'un seul bénéficiaire à l'égard des « montants payables aux termes de la rente » et que son droit au revenu lui était nécessairement irrévocablement dévolu, que la fiducie se termine avant qu'il ait atteint l'âge de 40 ans ou non. Mais avec les Propositions législatives qui permettent indirectement à des personnes autre que l'enfant mineur de recevoir après le décès de l'enfant mineur et ce, peu importe à quel âge il décède, la partie de la rente d'étalement qui n'aura pas été dépensée pour le compte de l'enfant avant son décès, la question se pose de nouveau.

Cependant, à cause de la nouvelle règle d'attribution prévue à l'article 75.2 L.I.R., le revenu annuel de la rente est réputé avoir été reçu par le contribuable, enfant ou conjoint de fait du particulier décédé. Donc, le paragraphe 104(18) L.I.R. ne s'applique plus aux fiducies d'étalement de régimes. Voir l'analyse de l'article 75.2 L.I.R. aux sections 4.5.1., 4.5.2. et 4.5.3. du présent texte.

---

[72] Selon le paragraphe 248(25) L.I.R.

3.2.3. Durée de la rente

Il s'agit d'une rente d'une durée déterminée n'excédant pas la différence entre 18 et l'âge du contribuable en années accomplies au moment où la rente est acquise. Cette condition reprend celle qui se trouvait à la division 60l)(ii)(B) L.I.R. Pendant les quatre ou cinq premières années suivant l'introduction de cette condition initiale en 1989, presque tout le monde était d'avis que la rente d'étalement devait nécessairement se terminer lorsque l'enfant atteignait l'âge de 18 ans accomplis. Cependant, une lecture plus technique de la condition reprise dans une interprétation technique[73] a confirmé que la formule d'écrite ci-dessus permet d'acquérir une rente qui se termine souvent après que l'enfant a atteint l'âge de 18 ans. Par exemple, si au moment de l'achat de la rente, l'enfant est âgé de 12 ans et 11 mois, cet enfant est donc âgé de 12 ans accomplis et alors, une rente d'une durée déterminée égale à la différence entre 18 et 12, soit 6 ans, fera en sorte que le dernier paiement de la rente sera reçu au moment où l'enfant sera âgé de 18 ans et 11 mois.

3.2.4. Après 2005, au décès de l'enfant avant le dernier paiement de la rente

Si la rente est acquise après 2005, les modalités de la rente doivent exiger que, en cas de décès de l'enfant pendant la durée déterminée, c'est-à-dire avant que le dernier paiement de la rente soit reçu par l'enfant ou la fiducie, les sommes à verser par ailleurs après le décès de l'enfant doivent être converties en versement unique. Ainsi, si l'enfant mineur décède avant que tous les paiements de la rente aient été reçus par lui ou par la fiducie, les modalités de la rente devront prévoir qu'au décès de l'enfant, la valeur présente des paiements futurs à recevoir devront être payés au rentier si le rentier est la fiducie ou à sa succession si le rentier est l'enfant. Avant 2005, même si l'enfant décédait en bas âge, la rente normale prévue initialement pouvait continuer d'être payée au rentier ou aux héritiers de l'enfant.

3.3. PARAGRAPHE 146(8.1) L.I.R.

3.3.1. Propositions législatives

L'ancien paragraphe 146(8.1) L.I.R. fonctionne très bien lorsque l'enfant est bénéficiaire de la succession, mais il ne fonctionne pas très bien

---

[73] *Revenue Canada Views*, *op. cit*., note 31, interprétation technique 2003-0003585, 2 avril 2003.

lorsqu'une fiducie testamentaire pour le bénéfice d'un enfant est bénéficiaire de la succession. Il fallait en quelque sorte étirer le concept de « bénéficiaire » et prétendre que l'enfant était bénéficiaire par personne interposée (la fiducie testamentaire) de la succession. Le paragraphe 146(8.1) L.I.R. fait aussi l'objet de modifications introduites par les Propositions législatives. Essentiellement, la modification consiste à remplacer les expressions « un bénéficiaire de la succession » et « reçu par le bénéficiaire » par les expressions « particulier qui est bénéficiaire (au sens du paragraphe 108(1) L.I.R.) de la succession » et « reçu par le particulier ». Le but de cet amendement est d'élargir le concept essentiellement pour inclure des bénéficiaires indirects. Si un testament prévoit un legs à titre universel à une fiducie pour le bénéfice d'un enfant infirme, la fiducie est clairement le bénéficiaire du REÉR. Même si un choix est effectué conformément aux dispositions du paragraphe 146(8.1) L.I.R., l'effet du choix est tout simplement de faire en sorte que la fiducie (qui était bénéficiaire de la succession) était présumée avoir reçu la somme versée dans le cadre d'un REÉR. Sauf qu'aux fins de la rente d'étalement prévue à l'alinéa 60l) L.I.R., le montant doit être reçu par l'enfant ou le petit-enfant[74] et non pas par la fiducie au bénéfice de l'enfant. L'expression « particulier qui est bénéficiaire (au sens du paragraphe 108(1) L.I.R.) » permet à l'enfant bénéficiaire d'une fiducie à son bénéfice qui est donc un bénéficiaire dans le sens donné à cette expression au paragraphe 108(1) « bénéficiaire » L.I.R.[75] d'être visé par le paragraphe 146(8.1) L.I.R.

Dans les notes explicatives accompagnant le paragraphe 146(8.1) L.I.R., nous pouvons lire :

> « Ainsi, les dispositions du paragraphe 146(8.1) L.I.R. pourront s'appliquer au particulier qui a un "droit de bénéficiaire" (au sens du paragraphe 248(25) L.I.R.) dans la succession d'un rentier du REER décédé, mais qui n'est pas bénéficiaire de la succession. Cela pourrait se produire, par exemple, dans le cas où un particulier ne détient qu'une participation indirecte dans la succession du rentier de REER décédé du fait qu'il est bénéficiaire d'une fiducie qui, elle, est bénéficiaire de la succession (cette structure est typique de la planification successorale de parents d'enfant ayant une infirmité mentale). »

---

74 S.-div. 60l)(v)(B.1)(II) L.I.R.

75 « Sont comprises dans les bénéficiaires d'une fiducie, les personnes ayant un droit de bénéficiaire sur celle-ci ». Cette expression faisant référence au concept de « droit de bénéficiaire » au paragraphe 248(25) L.I.R., un enfant qui détient une participation quelconque, même discrétionnaire soit au revenu, soit au capital est désormais clairement visé par les dispositions du nouveau paragraphe 146(8.1) L.I.R.

4. FIDUCIE DE PRESTATIONS À VIE

Le paragraphe 60.011(1) L.I.R. introduit un nouveau concept, celui de « fiducie de prestations à vie ». Ce type de fiducie n'est pertinent qu'aux fins de la première variété de « rente admissible de fiducie » à l'alinéa 60.011(2)a) L.I.R.

Relativement à un contribuable et à la succession d'un particulier, une fiducie se qualifie de « fiducie de prestations à vie » si les faits suivants se vérifient. Une partie des conditions visent l'identité du contribuable et les autres conditions visent les modalités de la fiducie.

4.1. CONDITIONS APPLICABLES À L'IDENTITÉ DU CONTRIBUABLE (BÉNÉFICIAIRE, LÉGATAIRE OU HÉRITIER)

Immédiatement avant le décès du particulier, le contribuable :

a) était l'époux ou le conjoint du fait[76] du particulier **et** avait une infirmité mentale; ou

b) était l'enfant[77] ou l'un des petits-enfants du particulier **et** était à sa charge en raison d'une infirmité mentale.

La condition prévoyant que l'enfant doive être, avant le décès du particulier, à sa charge en raison d'une infirmité mentale est une condition que l'on retrouvait et que l'on retrouve encore aux divisions 60l)(v)(B) et (B.01) L.I.R. Ainsi, les quelques interprétations techniques émises dans le cadre de ces dernières dispositions s'appliqueront normalement aux fins de l'alinéa 60.011(1)a) L.I.R. Contrairement à ce qui est prévu aux divisions 60l)(v)(B) et (B.01) L.I.R., l'infirmité physique n'est pas visée à l'alinéa 60.011(1)a) L.I.R. Il n'est pas exigé dans le cas de l'époux ou du conjoint de fait qu'il soit à la charge du particulier immédiatement avant le décès de ce dernier.

---

76 Par. 248(1) « conjoint de fait » L.I.R.

77 Par. 252(1) L.I.R.

4.2. CONDITIONS APPLICABLES À LA FIDUCIE

La fiducie est une fiducie personnelle[78] dans le cadre de laquelle :

a) durant la vie du contribuable, lui seul peut recevoir une partie quelconque du revenu ou du capital de la fiducie ou autrement en obtenir l'usage. À cause de l'expression « durant la vie du contribuable », il est possible de préciser dans la fiducie testamentaire qui pourra recevoir le solde du capital de la fiducie à la suite du décès du contribuable. Il n'est pas exigé, comme dans une fiducie exclusive au bénéfice du conjoint, que le contribuable ait le droit de recevoir tout le revenu de la fiducie.

b) les fiduciaires :

   i) d'une part, sont autorisés à prélever des sommes sur la fiducie pour les verser au contribuable,

   ii) d'autre part, sont tenus – lorsqu'il s'agit de décider s'il y a lieu ou non de verser une somme au contribuable – de prendre en considération les besoins de celui-ci, notamment en ce qui concerne son bien-être et son entretien.

La dernière condition à la division 60.011(1)b)(ii)(B) L.I.R. prévoit que les fiduciaires sont tenus de prendre en considération des besoins du contribuable, notamment en ce qui concerne son bien-être et son entretien. Généralement, dans le cas d'une fiducie constituée pour le bénéfice d'une personne atteinte d'une infirmité mentale, les fiduciaires doivent prendre en considération les besoins du contribuable.

Dans le nouveau régime, il faudra donc utiliser l'un des deux types de fiducies suivants, à savoir :

1) utiliser une seule fiducie qui reçoit tous les biens légués par le testateur, comprenant les remboursements de primes provenant de REÉR et les autres biens, et faire en sorte que du vivant du contribuable, lui seul puisse recevoir du revenu ou du capital de la fiducie, donc aucune clause

---

[78] Au paragraphe 248(1) « fiducie personnelle » L.I.R., une telle fiducie comprend une fiducie testamentaire. Même si une fiducie perd son statut de « fiducie testamentaire », elle ne perd pas automatiquement son statut de « fiducie personnelle ».

de gicleur ni aucun prélèvement sur le capital possible pour l'éducation ou les maladies sérieuses des enfants du contribuable; ou

2) utiliser deux fiducies testamentaires : une première fiducie qui reçoit seulement les remboursements de primes et qui n'aura comme bénéficiaire, sa vie durant, que le contribuable; et une deuxième fiducie qui reçoit tous les autres biens que le testateur désire léguer audit contribuable et dans laquelle les clauses de prélèvements sur le capital et en faveur des enfants du contribuable, de même que les clauses permettant aux fiduciaires de verser, en totalité ou en partie, du revenu aux enfants du contribuable, seront permises.

Contrairement à la « fiducie exclusive au bénéfice du conjoint », la « fiducie de prestations à vie » n'exige pas que le contribuable ait droit, sa vie durant, à tout le revenu de la fiducie. Il s'agit tout simplement qu'aux termes du testament fiduciaire, les fiduciaires aient le pouvoir de verser des sommes (de nature « revenu » ou de nature « capital ») seulement au contribuable. Souvent, les fiducies testamentaires constituées au bénéfice d'enfants inaptes en raison d'une infirmité mentale sont structurées de façon souple et elles permettent normalement aux fiduciaires d'utiliser, à leur discrétion, soit du revenu, soit du capital pour payer les dépenses d'entretien et de subsistance de l'enfant selon ce qui est globalement le plus avantageux, en considérant les contributions de l'État à l'hébergement de l'enfant. Il s'agit d'un type de fiducie appelé « Henson » qui a d'ailleurs fait l'objet d'une interprétation technique en 2005[79]. Souvent, une partie importante du revenu de la fiducie sera imposée au niveau de la fiducie, soit parce que du revenu n'a pas été utilisé pour acquitter des dépenses du contribuable ou encore, parce que le choix prévu au paragraphe 104(13.1) L.I.R. a été utilisé pour faire en sorte que le revenu payé, par paiement direct ou par paiement pour le compte de l'enfant, soit réputé ne pas avoir été payé, permettant ainsi de le faire imposer au niveau de la fiducie.

4.3. FIDUCIE DE PRESTATIONS À VIE ET FIDUCIE EXCLUSIVE

Une « fiducie de prestations à vie », qui serait constituée pour le bénéfice de l'époux ou du conjoint de fait du particulier décédé, peut-elle se qualifier aussi de « fiducie au profit de l'époux ou du conjoint de fait postérieure à 1971 » telle qu'elle est définie au paragraphe 248(1) L.I.R. et à l'alinéa 70(6)b) L.I.R.?

---

79 Voir *infra*, section 4.6.

À plusieurs égards, les exigences de la fiducie exclusive au bénéfice du conjoint sont plus strictes que les exigences de la « fiducie de prestations à vie ». Ainsi, le critère selon lequel seul le contribuable peut recevoir une partie quelconque du revenu ou du capital de la fiducie ou autrement en obtenir l'usage[80] est automatiquement satisfait dans le cas d'une fiducie exclusive au bénéfice du conjoint. Comme dans la fiducie exclusive au bénéfice du conjoint, les fiduciaires doivent remettre tout le revenu de la fiducie au conjoint, sa vie durant, aux fins de la fiducie de prestations à vie, il sont donc « autorisés à prélever des sommes (du revenu) sur la fiducie pour les verser au conjoint ». Le critère prévu à la division 60.011(1)b)(ii)(B) L.I.R. est plus difficile à satisfaire dans le cas d'une fiducie exclusive au bénéfice du conjoint. En effet, dans ce dernier type de fiducie, le fiduciaire est obligé de verser tout le revenu annuel net au conjoint, et ce, peu importe les besoins du conjoint et peu importe que ce revenu soit nécessaire ou utile pour son bien-être ou son entretien. Dans une fiducie exclusive au bénéfice du conjoint, les fiduciaires ne sont pas tenus de prendre en considération les besoins du conjoint à l'égard du revenu.

À la division 60.011(1)b)(ii)(B) L.I.R., le mot « somme » vise aussi bien le revenu que le capital. Donc, si une fiducie exclusive au bénéfice du conjoint accorde aux fiduciaires un pouvoir discrétionnaire de prélever sur le capital de la fiducie pour payer les dépenses d'entretien ou pour voir au bien-être du conjoint, une telle clause répond certainement à l'exigence prévue à ladite division. Cependant, comme dans la fiducie exclusive au bénéfice du conjoint, les fiduciaires ne peuvent pas décider de verser ou non un revenu au conjoint, ils ne sont donc pas tenus de prendre en considération les besoins du conjoint lorsqu'il s'agit de décider s'il y a lieu ou non de verser une somme de nature « revenu » au conjoint. Pour cette dernière raison, nous devons conclure qu'une fiducie exclusive au bénéfice du conjoint ne peut probablement pas être une fiducie de prestations à vie.

4.4. RENTE ADMISSIBLE DE FIDUCIE

L'alinéa 60.011(2)a) L.I.R. expose les conditions du premier type de « rente admissible de fiducie ».

---

[80] S.-al. 60.011(1)b)(i) L.I.R.

4.4.1. Acquisition de la rente

Elle est acquise après 2005. La disposition ne précise pas l'identité de la personne qui doit acquérir la rente. Techniquement, il pourrait s'agir de l'une des personnes suivantes, à savoir :

a) le liquidateur de la succession du particulier;

b) le contribuable à charge en raison d'une infirmité mentale ou son représentant légal;

c) la fiducie de prestations à vie.

Pourvu que le choix prévu au paragraphe 146(8.1) L.I.R.[81] soit fait et que l'époux, le conjoint de fait, l'enfant ou un des petits-enfants du particulier décédé soit réputé avoir reçu le « remboursement de primes » ou la « prestation désignée » dans le cas d'un fonds enregistré de revenu de retraite (ci-après « FERR »), il n'y a plus aucun problème par la suite. Il n'est même pas nécessaire que la somme d'argent utilisée pour acquérir la rente provienne du REÉR ou du FERR du particulier décédé. Cependant, aux fins du choix prévu au paragraphe 146(8.1) L.I.R.[82], le choix ne peut être fait à l'égard de la totalité du « remboursement de primes » ou de la « prestation désignée » légué au contribuable que si la valeur marchande du REÉR ou du FERR est incluse dans son legs.

Par exemple, si au décès d'un particulier, son REÉR représente 25 % de la valeur marchande de sa succession et que son testament prévoit un legs de 10 % de ses biens pour le bénéfice de son enfant à charge en raison d'une infirmité mentale, le choix ne pourra porter que sur 10 % de la valeur marchande de la succession même si le remboursement de primes représente 25 % de la valeur marchande de la succession.

4.4.2. Le rentier est une fiducie de prestations à vie

Le rentier, en vertu de la rente, est une fiducie qui, au moment où la rente est acquise, est une « fiducie de prestations à vie » relativement à la fois à la personne à charge et au particulier décédé.

---

81 Par. 146.3(1) « prestation désignée » L.I.R.

82 Ou au paragraphe 146.3(1) « prestation désignée », s.-al. a)(ii) L.I.R.

Le fait que la fiducie doive se qualifier seulement « au moment où la rente est acquise » et non pas au moment du décès du testateur, ou encore au moment où le remboursement de primes a été reçu par la fiducie, peut donner, dans certaines circonstances, l'opportunité de procéder à une certaine planification *post mortem* dans le but justement de faire en sorte que la fiducie puisse se qualifier de « fiducie de prestations à vie ». Par exemple, si la seule raison pour laquelle la fiducie ne se qualifie pas est la présence d'une clause de prélèvements sur le capital en faveur du conjoint de l'enfant à charge en raison d'une infirmité mentale, en procédant à une renonciation pure et simple par le conjoint avant le moment de l'acquisition de la rente, la fiducie se qualifiera au moment opportun.

4.4.3. Types de rentes

Il doit s'agir d'une des rentes suivantes :

a) Une rente viagère avec durée garantie;

b) Une rente viagère sans durée garantie;

c) Une rente d'une durée déterminée égale à la différence entre 90 et l'âge du contribuable en années accomplies au moment où la rente est acquise.

Selon le sous-alinéa 60.011(2)a)(iv) L.I.R., s'il s'agit d'une rente autre qu'une rente viagère sans durée garantie, donc s'il s'agit d'une rente à durée garantie ou déterminée, les modalités de la rente exigent que, en cas du décès du contribuable pendant la durée garantie ou déterminée, les sommes à verser par ailleurs après le décès du contribuable soient converties en versement unique.

La formule « entre 90 et l'âge du contribuable en années accomplies au moment où la rente est acquise » est une formulation que l'on retrouve à la sous-division 60l)(i)(A)(I) L.I.R. et la division 60l)(ii)(B) L.I.R. Cela ne signifie pas que la rente doive se terminer au moment où le contribuable atteint l'âge de 90 ans. Basé sur une interprétation technique[83], l'ARC a déjà affirmé, dans le cas d'une rente acquise pour le bénéfice d'un contribuable âgé de moins de 18 ans, qu'une telle rente pouvait se prolonger après que le contribuable a atteint l'âge de 18 ans étant donné que la formule fait référence à l'âge « en années accomplies ». Ainsi, si au moment de l'achat

[83] *Revenue Canada Views*, *op. cit.*, note 31, interprétation technique 2003-0003585, 2 avril 2003.

d'une rente, le contribuable est âgé de 80 ans et 8 mois, il est donc âgé de 80 ans accomplis, et donc la rente peut durer pour 10 ans à compter du moment où la rente est acquise. Donc, la rente se terminera lorsque le contribuable sera âgé de 90 ans et 8 mois.

4.4.4. Au décès du contribuable

La dernière condition sera très facile à satisfaire. Il s'agira tout simplement de prévoir au décès du contribuable que la valeur résiduelle de la rente soit versée à la fiducie en un seul versement. Cependant, la JVM de la rente sera ajoutée dans le revenu du contribuable selon la nouvelle règle d'attribution prévue à l'article 75.2 L.I.R.[84]

4.4.5. Règles additionnelles selon le paragraphe 60.011(3) L.I.R.

4.4.5.1. Le contribuable n'a pas à être le rentier

Le nouveau paragraphe 60.011(3) L.I.R. contient quelques règles additionnelles aux fins des rentes d'étalement visées à l'alinéa 60l) L.I.R.

Selon l'alinéa 60.011(3)a) L.I.R., pour déterminer si une rente admissible de fiducie (telle qu'elle est définie au paragraphe 60.011(2) L.I.R. relativement à un contribuable) est une rente visée au sous-alinéa 60l)(ii) L.I.R., c'est-à-dire la rente viagère simple ou réversible au conjoint survivant, sans durée garantie ou pour une durée garantie égale ou inférieure à la différence entre 90 et l'âge du contribuable au moment de l'achat de la rente, ou une rente à terme pour un nombre d'années égal à la différence entre 90 et l'âge du contribuable au moment de l'achat de la rente, ou encore dont est rentier le contribuable pour un nombre d'années ne dépassant pas la différence entre 18 et l'âge du contribuable au moment de l'achat de la rente), les divisions 60l)(ii)(A) et (B) L.I.R. s'appliquent en ne tenant pas compte de l'exigence prévue à ces divisions, voulant que le contribuable soit le rentier en vertu de la rente.

En effet, sans cette précision, une rente admissible de fiducie n'aurait jamais pu faire l'objet d'une déduction dans le calcul du revenu du conjoint survivant ou de l'enfant mineur du particulier décédé étant donné qu'à la division 60l)(ii)(A) L.I.R., le conjoint survivant doit être le rentier, à la division 60l)(ii)(B) L.I.R., l'enfant mineur doit être le rentier, alors qu'au

---

[84] S.-al. 75.2b)(i) L.I.R.; voir *infra*, section 4.5.

sous-alinéa 60.011(2)a)(ii) L.I.R., le rentier doit être une fiducie de prestations à vie. En effet, dans la nouvelle version de la division 60l)(ii)(B) L.I.R., la référence à « la fiducie dans laquelle il est le seul à avoir un droit de bénéficiaire sur les montants payables aux termes de la rente » a été enlevée à la suite de l'ajout du nouvel article 60.011 L.I.R.

4.4.5.2. L'expression « ou pour son compte »

La deuxième règle prévue à l'alinéa 60.011(3)b) L.I.R. vise à donner des précisions à l'expression « ou pour son compte » que l'on retrouve au début de l'alinéa 60l) L.I.R.

Ainsi, une somme versée pour l'acquisition d'une rente admissible de fiducie relativement à un contribuable, dans la mesure où elle n'est pas par ailleurs versée par le contribuable ou pour son compte, sera réputée avoir été versée pour son compte si la somme d'argent requise pour acquérir la rente a été versée soit par la succession d'un particulier qui, immédiatement avant son décès, était : (i) l'époux ou le conjoint de fait du contribuable (héritier ou légataire); (ii) le père, la mère, le grand-père ou la grand-mère du contribuable, dont celui-ci était une personne à charge; soit par la fiducie qui est le rentier en vertu de la rente admissible de fiducie.

Avec ces nouvelles règles, nous aurons donc quatre principales situations. Donc, la rente pourra être acquise par :

1) le contribuable conjoint ou enfant à charge ou un des petits-enfants à charge du particulier décédé;

2) le représentant légal (tuteur, curateur, etc.) de l'enfant, d'un des petits-enfants ou du conjoint à charge du particulier décédé;

3) la succession du particulier qui, avant son décès, était le conjoint, le père, la mère, le grand-père ou la grand-mère du contribuable;

4) la fiducie de prestations à vie qui sera le rentier en vertu de la rente admissible de fiducie.

4.4.5.3. Choix par le contribuable

De plus, pour que la somme versée soit réputée avoir été versée pour le compte du contribuable, il faut que la somme versée « pour le compte du contribuable » pour l'acquisition de la rente admissible de fiducie ait été déductible, en application de l'alinéa 60l) L.I.R., dans le calcul du revenu du

contribuable pour l'année d'imposition, si elle avait été versée par celui-ci (c'est la première situation visée à l'alinéa 60l) L.I.R.), et si le contribuable (ou son représentant légal) fait un choix, dans la déclaration de revenus qu'il produit en vertu de la présente partie pour cette année, afin que le présent alinéa s'applique à la somme. Ainsi, le contribuable ou son représentant légal devra faire un choix afin qu'un montant versé par la succession ou par la fiducie de prestations à vie soit considéré comme ayant été versé par le contribuable. Ce mécanisme permet en définitive au contribuable ou à ses représentants légaux d'avoir le dernier mot sur le fait que la déduction sera permise non seulement en ce qui a trait au calcul du revenu du contribuable décédé par application des dispositions du paragraphe 146(8.1) L.I.R., mais aussi à l'alinéa 60l) L.I.R. qui s'applique à la déduction dans le calcul du revenu de l'enfant ou du conjoint. Ainsi, la décision ne pourra pas être prise seulement par le liquidateur ou encore par les fiduciaires de la fiducie de prestations à vie.

Les notes explicatives mentionnent ceci :

> « L'alinéa 60 l) permet à un contribuable de déduire le prix d'achat d'une rente seulement si la somme ayant servie à son achat a été versée "par le contribuable ou pour son compte". Dans le cas où une rente admissible de fiducie relativement à un contribuable est acquise soit par la fiducie qui est le rentier, soit par la succession d'un particulier qui était l'époux ou le conjoint de fait du contribuable ou le père, la mère, le grand-père ou la grand-mère du contribuable dont celui-ci était une personne à charge, et où le prix d'achat ne serait pas considéré par ailleurs comme ayant été versé "par le contribuable ou pour son compte", l'alinéa 60.011(3)b) L.I.R. prévoit que la somme en question est réputée avoir été versée pour le compte du contribuable. Pour que cette présomption soit mise à l'effet, le contribuable doit en faire le choix dans la déclaration de revenu qu'il produit pour l'année à l'égard de laquelle la somme aura été déductible par lui en application de l'alinéa 60 l) L.I.R. s'il avait acquitté le prix d'achat de la rente (un contribuable est réputé avoir fait le choix prévu à l'alinéa 60.011(3)b) L.I.R. à l'égard de toute somme qu'il demande à titre de déduction de l'application de l'alinéa 60 l) L.I.R. dans le calcul de son revenu pour une année d'imposition se terminant avant 2005). »

Le choix prévu au sous-alinéa 60.011(3)b)(ii) L.I.R. ne se rapporte pas au concept de « formulaire prescrit », comme c'est le cas par exemple pour le choix prévu au paragraphe 146(8.1) L.I.R., il est donc probable qu'aucun formulaire ne sera développé aux fins de l'exercice du choix mentionné audit sous-alinéa. Tout comme pour le choix prévu au paragraphe 70(6.2) L.I.R., une simple lettre signée par le contribuable ou par son représentant légal et spécifiant que la somme versée par la succession ou par la fiducie de prestations à vie est considérée comme ayant été versée par le contribuable lui-même devrait suffire.

4.4.6. Rentes admissibles de fiducie acquises après 2000 et avant 2006

Il s'agit en quelque sorte de règles transitoires. Il s'agit de rentes qui remplissent les conditions suivantes.

4.4.6.1. Rente acquise après 2000 et avant 2005

À un moment où le contribuable avait une infirmité mentale ou physique. Contrairement à la fiducie de prestations à vie, ici, l'infirmité physique permet au contribuable ou à une fiducie à son bénéfice de se porter acquéreur d'une rente.

4.4.6.2. Si la rente est acquise en 2005

Elle est acquise à un moment où le contribuable avait une infirmité mentale. Si le contribuable a une infirmité physique et qu'il est à la charge du particulier décédé, la rente peut être acquise, mais uniquement par le contribuable infirme personnellement.

4.4.6.3. Autres conditions

Quant aux autres conditions prévues aux sous-alinéas 60.011(2)c)(ii) et (iii) L.I.R., elles sont identiques en ce qui concerne la condition visant la fiducie à celles que l'on retrouve à la section 3.2.2.85 alors que la dernière condition est identique à celle que l'on retrouve à la section 4.4.3.86 du présent texte.

4.5. RÈGLES APPLICABLES AUX RENTES ADMISSIBLES DE FIDUCIE

Les Propositions législatives ajoutent une nouvelle règle d'attribution à l'article 75.2 L.I.R. qui s'applique dans le cas où une somme a été versée pour l'acquisition d'une « rente admissible de fiducie » relativement à un contribuable et si la somme était déductible en application de l'alinéa 60l) L.I.R. dans le calcul du revenu d'un contribuable.

---

85 S.-al. 60.011(2)b)(ii) L.I.R.

86 S.-al. 60.011(2)a)(iii) L.I.R.

4.5.1. Attribution du revenu de la rente

La première règle est prévue à l'alinéa 75.2a) L.I.R. en ces termes : « Toute somme versée dans le cadre de la rente à un moment postérieur à 2005 et antérieur au décès du contribuable est réputée avoir été reçue à ce moment par le contribuable et par personne d'autre; […]. »

Ainsi, selon cette nouvelle règle d'attribution, que les paiements de rente soient effectivement reçus par une fiducie d'étalement de régimes ou par une fiducie de prestations à vie, toute somme versée dans le cadre de la rente doit être ajoutée dans le calcul du revenu du contribuable (enfant ou conjoint) et non pas dans le calcul du revenu de la fiducie à son bénéfice. Ainsi, à compter de l'année 2005, le montant de la rente doit être ajouté dans le calcul du revenu du contribuable. Lorsque le contribuable est un enfant ou petit-enfant à charge et donc, lorsqu'il s'agit d'une fiducie d'étalement de régimes, la règle s'applique à l'égard de tout paiement de rente reçu à compter de l'année 2006, et ce, même si la rente a été acquise avant 2006. Dans le cas de la rente admissible de fiducie applicable à l'égard d'une fiducie de prestations à vie, c'est-à-dire visant les rentes pour époux ou conjoint de fait ou enfant ou petit-enfant à charge en raison d'une infirmité mentale et à l'égard d'une rente viagère ou égale à la différence entre 90 et l'âge du contribuable au moment où la rente est acquise, la mesure ne s'appliquera que si la rente a été acquise après 2005. Il ne sera donc plus possible à compter de l'année 2005 de réaliser un fractionnement de revenu soit en utilisant la technique du choix prévu au paragraphe 104(13.1) L.I.R. ou encore en rédigeant la fiducie de telle sorte que les dispositions du paragraphe 104(18) L.I.R. ne s'appliquent pas.

4.5.2. Juste valeur marchande de la rente au décès du contribuable

Une deuxième règle s'applique si le contribuable décède après 2005. Une somme égale à la JVM de la rente au moment du décès du contribuable est réputée avoir été reçue par le contribuable immédiatement avant son décès dans le cadre de la rente.

À première vue, on pourrait penser, surtout dans le contexte d'une fiducie d'étalement de régimes, que cette condition fait double emploi avec celle prévue au sous-alinéa 60.011(2)b)(iv) L.I.R. qui prévoit que les modalités de la rente exigent qu'en cas de décès du contribuable pendant la durée déterminée, les sommes à verser par ailleurs après le décès soient converties en versement unique. Cette condition se trouve aussi au sous-alinéa 60.011(2)a)(iv) L.I.R. à l'égard de la fiducie de prestations à vie. La

présomption au sous-alinéa 75.2b)(i) L.I.R. fait en sorte que la JVM de la rente au moment du décès du contribuable qui doit, aux termes de la rente, être effectivement payée par la fiducie ou la compagnie d'assurances peu après le décès du contribuable est ajoutée dans le calcul du revenu du contribuable et ne peut donc pas être ajoutée, ce qui aurait été possible sans ladite présomption, dans le revenu de la fiducie ou encore dans le revenu des bénéficiaires de la fiducie ou de la rente à la suite du décès du contribuable. Donc, tout report d'inclusion dans le revenu n'est pas possible et toute inclusion dans le revenu d'une personne autre que le contribuable pour le bénéfice de qui la rente a été souscrite est impossible.

4.5.3. Juste valeur marchande de la participation au capital de la fiducie

La troisième règle vise à empêcher une certaine double imposition dans le cas où la fiducie est rédigée afin que la participation au capital du contribuable bénéficiaire de la fiducie lui soit dévolue et qu'il puisse être en mesure de la léguer soit aux termes de son testament, si un testament avait été rédigé à un moment où il était apte, soit encore selon les règles des successions *ab intestat*. Ainsi, le sous-alinéa 75.2b)(ii) L.I.R. prévoit :

> « […] pour l'application du paragraphe 70(5) L.I.R., il n'est pas tenu compte de la rente dans le calcul de la juste valeur marchande, immédiatement avant le décès du contribuable, de sa participation dans la fiducie qui est le rentier en vertu de la rente ».

Sans cette règle, la participation au capital du contribuable dans la fiducie, ayant une valeur marchande immédiatement avant son décès, aurait pu faire l'objet de la reconnaissance d'un gain en capital étant donné qu'il s'agit d'une immobilisation soumise à l'application de l'alinéa 70(5)a) L.I.R. À ce moment, la valeur marchande de la rente aurait été imposée entre les mains du contribuable par application de l'alinéa 75.2b)(i) L.I.R. et la moitié de cette même somme aurait pu être incluse dans le calcul de la JVM de la participation et donc, de son revenu à titre de gain en capital imposable résultant de la disposition de la participation au capital qu'il détient dans la fiducie en question. Comme la rente d'étalement n'est pas une immobilisation, l'ajustement prévu au sous-alinéa 107(2)b)(ii) et à l'alinéa 108(1)a.1) « coût indiqué » L.I.R. ne s'applique pas.

Exemple

Une fiducie de prestations à vie, rédigée de telle sorte que la participation puisse être léguée par le contribuable bénéficiaire, détient une rente qui possède une JVM de 100 000 $ au décès du contribuable et cette

rente est le seul bien détenu par la fiducie. Selon l'alinéa 75.2b)(i) L.I.R., le contribuable doit ajouter 100 000 $ dans le calcul de son revenu pour l'année d'imposition au cours de laquelle il est décédé. Selon l'alinéa 70(5)a) L.I.R., le contribuable est aussi réputé avoir disposé de sa participation au capital dans la fiducie pour un produit de disposition égal à sa JVM immédiatement avant son décès. Il est donc réputé avoir disposé de sa participation au capital dont la JVM s'élève à 100 000 $. Selon l'alinéa 107(1)a) L.I.R., le PBR de sa participation est déterminée comme étant le plus élevé de :

a) son PBR, déterminé par ailleurs, probablement zéro[87];

b) son coût indiqué, défini à l'alinéa 108(1)a.1) « coût indiqué » L.I.R.

Comme il ne s'agit pas d'une situation où la fiducie remet de l'argent au contribuable en règlement de sa participation au capital, l'alinéa a) de ladite définition ne s'applique pas, et comme il ne s'agit pas non plus d'une situation où, par l'effet des paragraphes 104(4) ou 104(5) L.I.R., la fiducie est réputée disposer de ses biens à un jour de disposition, l'ajustement prévu à l'alinéa a.1) de ladite définition ne s'applique pas non plus. En conséquence, le contribuable doit ajouter dans le calcul de son revenu 50 000 $ à titre de gain en capital imposable résultat de la disposition de sa participation au capital dans la fiducie. C'est ce qui risque de se produire en l'absence de la règle mentionnée ci-dessus. Avec la présomption prévue au sous-alinéa 75.2b)(ii) L.I.R., comme il ne doit pas être tenu compte de la rente dans le calcul de sa JVM aux fins de l'application du paragraphe 70(5) L.I.R., dans notre exemple, la JVM de sa participation serait égale à zéro et le gain en capital serait aussi égal à zéro. Donc, aucune double imposition.

4.6. FIDUCIE DE TYPE « HENSON »

4.6.1. Interprétation technique

Dans une interprétation technique[88], un contribuable a demandé à l'ARC si une fiducie totalement discrétionnaire de type « Henson »[89], c'est-à-dire

---

87 Il serait possible de prétendre que le PBR est établi selon l'alinéa 69(1)c) L.I.R., donc à la JVM du bien au moment de son acquisition; L. F. RAPHAEL, *op. cit*., note 67, p. 446.

88 *Revenue Canada Views*, *op. cit*., note 31, interprétation technique 2005-0113721E5, 6 avril 2005.

89 L'expression « Henson » provient d'une décision dans l'affaire *Ontario (Ministry of Community and Social Services)* v. *Henson*, (1989) 36 E.T.R., 192 (C.A. Ont.) pour

(à suivre…)

une fiducie structurée pour permettre au bénéficiaire inapte de la fiducie de maintenir son admissibilité à l'aide sociale, pourrait se qualifier aux termes du sous-alinéa 60l)(ii) L.I.R.

L'ARC rappelle tout d'abord les grands principes démontrant l'existence d'une fiducie, c'est-à-dire le critère des trois certitudes, à savoir certitude d'intention, certitude de biens et certitude de bénéficiaires[90]. Ensuite, l'ARC a émis l'opinion que s'il s'agit d'une fiducie valablement constituée, il serait possible de créer une fiducie totalement discrétionnaire de type « Henson » de telle sorte qu'une telle fiducie se qualifierait de « fiducie de prestations à vie » selon les amendements proposés le 27 février 2004 au sous-alinéa 60l)(ii) L.I.R. et repris dans les Propositions législatives. Donc, une fiducie testamentaire discrétionnaire à l'égard du paiement du revenu et dont le seul bénéficiaire est l'enfant à charge du particulier décédé peut se qualifier, évidemment, si elle remplit aussi les autres conditions.

4.6.2. Décisions en matière de sécurité du revenu, d'aide et d'allocation sociale

La fiducie de type « Henson », variété de fiducie que l'on retrouve dans les provinces de droit coutumier, a été développée pour favoriser la qualification du bénéficiaire d'une fiducie entre vifs ou testamentaire à son admissibilité à différents programmes d'aide de l'État.

Certaines décisions nous permettent de déceler des tendances des tribunaux administratifs en cette matière au Québec. Dans l'affaire *C. L.* c. *Québec (Ministre de la Solidarité sociale)*[91], les faits sont les suivants.

La requérante conteste une décision du ministre de la Solidarité sociale lui réclamant des prestations de sécurité de revenu perçus en trop à compter du 1er mars 1998. Selon les faits, la fille mineure de la requérante est bénéficiaire d'un revenu de 100 $ par semaine d'une fiducie testamentaire. Initialement, le ministre de la Solidarité sociale avait établi qu'aux fins de la

(…suite)
laquelle la Cour avait décidé qu'un bénéficiaire détenant une participation discrétionnaire dans une fiducie n'était pas considéré comme détenant un intérêt à titre de bénéficiaire dans les actifs détenus en fiducie aux fins du test fixant une limite de 3 000 $ aux liquidités qu'un bénéficiaire peut détenir selon le Règlement 318 adopté en vertu de l'*Ontario Family Benefits Act*, R.S.O. 1990, c. F.2.

90 *Kingsdale Securities Co. Ltd.* c. *MRN*, 74 D.T.C. 6674 (C.A.F.).

91 Dossier SR-66202, 5 mars 1999.

détermination des prestations, les revenus de la succession devaient être comptabilisés en entier.

Lors de l'audience, la requérante a demandé au Tribunal d'exclure sa fille mineure de la famille, lui permettant de recevoir des prestations de sécurité du revenu pour un adulte seul. Sur cette question, le Tribunal a indiqué que l'enfant mineur ne pouvait être retiré de la famille puisqu'il répondait à la définition d'un enfant à charge. L'extrait final du jugement est le suivant :

> « De plus, il s'avère que l'intimée a raison de comptabiliser le revenu provenant de la fiducie testamentaire puisque l'exclusion de ces revenus cessent au moment où il devient possible d'en disposer pour l'entretien de l'enfant [*Règlement sur la sécurité du revenu*, article 52, 1er alinéa, 7^{0} paragraphe][92]. »

Le pourvoi a été rejeté.

Bien que le jugement n'ait pas explicité les modalités de la fiducie testamentaire, il semble se dégager qu'il ne s'agissait pas véritablement d'une fiducie de type « Henson » mais plutôt d'une fiducie aux termes de laquelle l'enfant mineur de la requérante avait droit à un revenu régulier de 100 $ par semaine. Comme la loi en matière de sécurité de revenu ne fait pas de distinction en ce qui concerne la source de revenu et qu'il s'agissait bel et bien d'un revenu, il a donc été comptabilisé dans le revenu de l'enfant à charge aux fins d'établir le montant des prestations de sécurité de revenu de sa mère.

Dans l'affaire *M. M.* c. *Québec (Ministre de la Solidarité sociale)*[93], le requérant a touché, à titre de personne seule, une prestation d'assistance-emploi dont le montant a été déterminé en tenant compte du fait qu'en raison de son état mental, il présente des contraintes sévères à l'emploi. Le litige tire son origine du fait que le ministre a mis un terme au paiement de la prestation le 1er décembre 1999 vu les ressources financières du requérant qui a hérité d'un capital approximatif de 200 000 $ à la suite du décès de sa mère le 29 février 1996. Les extraits pertinents du testament sont les suivants :

---

92 *Id*., par. 7.

93 SAS-Q-059761-0002, 8 janvier 2003.

> « En ce qui concerne mon fils [requérant] (ci-après nommé "le bénéficiaire"), tous les biens meubles et immeubles lui revenant devront être remis à mon ou mes fiduciaires ci-après nommés, pour les fins suivantes, savoir :
>
> À même les fruits provenant de cette fiducie et dans les limites de l'actif de la fiducie, mon ou mes fiduciaires devront faire le nécessaire pour assurer le bien-être moral et matériel du bénéficiaire.
>
> À cet effet, et sous réserve de ce que ci-dessous spécifié, je recommande qu'un montant approximatif de MILLE CINQ CENT DOLLARS par mois ($1,500.00/mois) indexable au coût de la vie calculé selon Statistique Canada soit remis à mon bénéficiaire. Cette remise pourra se faire en argent ou en biens tel que le paiement d'un loyer ou l'achat de biens de consommation pour le bien-être de mon bénéficiaire et ce, en autant que les revenus de la fiducie le permettent. De plus, si cela est possible, mon ou mes fiduciaires devront agir en fonction de minimiser l'impact de ces remises au bénéficiaire sur la diminution des revenus de sources gouvernementales à mon bénéficiaire. […] Cependant, […] mon fiduciaire pourra anticiper la remise de tout ou partie du capital de la fiducie en cas d'insuffisance de revenus du bénéficiaire, […][94]. »

Dans une décision rendue le 9 décembre 1999, le Ministère avait justifié sa position quant à la non-admissibilité du requérant aux avantages de la loi en ces termes :

> « […], nous sommes d'avis que vous avez des ressources suffisantes pour subvenir à vos besoins. En effet, conformément au testament de votre mère, la fiducie constituée pour votre bénéfice doit vous verser des remises d'argent suffisantes pour assurer votre bien-être tant moral que matériel, ce qui comprend aussi les besoins de base. Nous constatons de plus que ces remises doivent se faire mensuellement et non de façon irrégulière comme cela semble avoir été le cas dans le passé. Dans son testament, votre mère recommandait à cet effet que la fiducie vous remette une somme de 1 500 $ par mois[95]. »

Le problème soumis au Tribunal est le suivant : le ministre de la Solidarité sociale était-il fondé, dans sa décision en révision du 9 décembre 1999, d'annuler la prestation d'assistance-emploi du requérant en raison de l'apport, jusqu'à concurrence de 1 500 $ par mois, de la fiducie constituée à son avantage par sa mère?

Après avoir pris connaissance d'une opinion juridique relative à la présente fiducie afin d'en préciser le statut compte tenu de la personne décédée, le Tribunal mentionne ce qui suit :

---

94 *Id*., par. 11.

95 *Id*., par. 16.

> « Dès lors, il est fait référence à la jurisprudence de la Commission des affaires sociales sur la question. Celle-ci ne distingue pas quant à la portée de la fiducie si celle-ci est discrétionnaire ou non avant de statuer d'une part qu'il appartient au bénéficiaire d'exercer ses droits à l'encontre de la fiducie créée pour assurer sa subsistance [SR-56409, du 29 octobre 1996] et d'autre part "qu'il est impensable en créant des fiducies testamentaires en vue de soustraire des sommes, autrement admissibles, et comptabilisables en vertu de la *Loi sur la sécurité du revenu*, au motif que les montants placés en fiducie appartiennent au fiduciaire et non au prestataire de la sécurité du revenu", la Commission décidant alors que ces prestations constituaient des avoirs liquides en vertu de la loi et du règlement [(1980) C.A.S., 999][96]. »

Aux termes de son délibéré et après analyse, le Tribunal ne peut que réitérer son accord avec son interprétation jurisprudentielle sur la portée d'un acte de fiducie dans le but de permettre à un prestataire de continuer de toucher des revenus sans que ceux-ci ne soient aux fins de l'octroi d'une prestation d'assistance-financière, reconnu comme mesure de dernier recours.

En conclusion, le Tribunal a confirmé le bien-fondé de la décision du service de révision rendu le 9 décembre 1999.

S'agissait-il d'une véritable fiducie « Henson »?

Les éléments suivants semblent avoir été des facteurs importants permettant au ministre d'avoir gain de cause dans cette affaire. Premièrement, le testament spécifiait que les biens remis au fils par la fiducie devaient provenir des revenus de la fiducie. Le fait d'avoir précisé un montant de 1 500 $ par mois a aussi joué contre le requérant même si le testament n'est pas allé aussi loin que d'obliger le versement d'un revenu de 1 500 $ par mois, mais se limitait à une recommandation. Le fait que le requérant était le seul bénéficiaire de la fiducie a certainement rendu plus facile la décision du Tribunal.

La Commission s'était basée sur une autre décision[97] qui a déterminé qu'un intérêt éventuel à un revenu et au capital dans une fiducie discrétionnaire était suffisant pour qu'il soit inclus aux fins de réduire les prestations versées en vertu de la *Loi sur la sécurité du revenu*[98]. Ainsi, le

---

96 *Id*., par. 32.

97 Dossier SR-56409, 29 octobre 1996.

98 L.R.Q., c. S-3.1.1.

fait que la fiducie soit discrétionnaire ou non ne serait pas un facteur important considéré par le Tribunal.

Si le revenu de la fiducie avait été imposé au niveau de la fiducie et que les paiements au requérant avaient pris la forme de prélèvements sur le capital de montants irréguliers, ses chances auraient été meilleures. À la lumière de cette décision, nous pouvons dégager les règles suivantes : plus le bénéficiaire de l'aide sociale ou d'une autre forme d'aide de l'État aura des droits et plus ces droits lui seront acquittés sur une base mensuelle régulière, plus ses chances de voir restreindre la contribution de l'État seront élevées. Nous voyons cependant qu'il s'agit évidemment d'un couteau à double tranchant. Si, dans cette dernière affaire, le testament avait créé à même la part par ailleurs destinée au requérant une fiducie dont les deux bénéficiaires avaient été le requérant et son frère avec un simple vœu pieux au frère qu'il acquitte des dépenses soit à même le capital, soit à même le revenu pour le compte de son frère, que le revenu avait été imposé entre les mains de la fiducie, que les prélèvements sur le capital avaient été faits entre les mains du frère et que ce dernier avaient acquitté lui-même un certain nombre de dépenses et fourni certaines ressources à son frère, la décision aurait pu être différente.

Dans l'affaire *J. R.* c. *Ministre de l'Emploi, de la Solidarité sociale et de la Famille*[99], la requérante présente des troubles physiques et psychiques qui l'empêchent de travailler. En 2001, la mère de la requérante décède et lègue 240 000 $ à une fiducie dont les principales modalités sont les suivantes :

> « Mes fiduciaires administreront les biens en fiducie, jusqu'au décès de ma fille (la requérante).
>
> Jusqu'au décès de cette dernière, ils pourront, comme bon leur semble, à leur seule et entière discrétion, utiliser toute portion des revenus et de capital de ma succession au bien-être, au confort ou à l'entretien de cette dernière, sa vie durant, toute portion de revenus non versée devant être capitalisée annuellement[100]. »

En mars 2003, le ministre décide de mettre fin aux prestations d'assistance-emploi de la requérante à compter du 1er avril 2003 pour le motif que la requérante a des ressources excédentaires indéterminées.

---

99 SAS-Q-102697-0311, 9 août 2004.

100 *Id*., par. 4.

Contestée en révision, la décision est maintenue le 18 novembre 2003 en ces termes :

> « La fiducie crée une relation légale qui permet au fiduciaire d'avoir un contrôle réel sur un actif pour le bénéfice du bénéficiaire. Le bénéficiaire a le droit d'exiger la prestation d'un avantage qui lui est accordé par la fiducie. […] En effet, ne pas utiliser les sommes incluses dans la fiducie constituerait à faire payer par l'État la couverture des biens essentiels alors que la volonté de votre mère était de vous assurer les moyens financiers nécessaires pour satisfaire, en tout temps, vos besoins alimentaires[101]. »

Dans sa décision, le Tribunal mentionne ceci : « En effet, les avoirs de la fiducie sont ni la propriété ni la possession du bénéficiaire. Il n'y a pas entre la fiducie et son bénéficiaire identité de patrimoine[102]. »

Dans ces circonstances, le Tribunal estime donc que l'intimé ne pouvait, à compter de mars 2003 (le mois précédant l'annulation des prestations), imputer une ressource excédentaire à la requérante sans vérifier les sommes effectivement versées à son avantage. Par ailleurs, si l'intimé était désireux que la requérante exerce ses droits sur la base de l'acte de fiducie, il lui appartenait de le lui demander et de lui verser des prestations à charge d'être remboursée (si cela était nécessaire) en attendant la réalisation de son droit[103].

Cette décision nous apporte les précisions suivantes. Aux fins de déterminer si des prestations doivent être réduites ou cessées, il ne semble pas être particulièrement important que le soutien provienne du revenu ou du capital d'une fiducie, mais la réduction sera quand même basée sur les sommes que le bénéficiaire a effectivement reçues directement ou à son avantage ou encore sur les droits que le bénéficiaire était en droit d'exiger selon les modalités de l'acte de fiducie.

Dans le cas où la fiducie s'avère ne pas produire les effets escomptés par rapport à l'admissibilité aux différents programmes d'aide sociale, certaines personnes incluent une clause dans la fiducie prévoyant la remise totale du capital de la fiducie à des frères et sœurs du bénéficiaire inapte, tenant pour acquis que les frères et sœurs aptes auront une obligation morale (qu'ils

---

101 *Id*., par. 6.

102 *Id*., par. 31.

103 *Loi sur le soutien du revenu et favorisant l'emploi et la solidarité sociale*, L.R.Q., c. S-32001, art. 102.

respecteront vraisemblablement) d'effectuer des paiements pour leur frère ou sœur inapte[104].

L'analyse des quatre thèmes faisant l'objet de cette conférence démontre, encore une fois, que le domaine de la fiscalité applicable aux fiducies est en constante évolution, que de nouveaux pièges peuvent survenir de façon inattendue et que de nouvelles opportunités sont disponibles pour certaines catégories de clients.

---

[104] Martin J. ROCHWERG, « Tax and Estate Planning for Special Needs Individuals », dans *2005 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, pp. 8:1-15; Kenneth C. POPE, « Planning for the future: Henson trust are now better than ever », (hiver 2003), n° 57, *Abilities*, p. 31.

LA GOUVERNANCE D'ENTREPRISE ET LA GESTION DES RISQUES FISCAUX

René Albert
Associé, CA
PricewaterhouseCoopers
s.r.l./s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 32:3

1. GESTION DES RISQUES FISCAUX 32:4

1.1. QU'EST-CE QUE LA GESTION DES RISQUES FISCAUX? 32:4
1.2. CATÉGORIES DE RISQUES FISCAUX 32:4
1.2.1. Risques spécifiques 32:5
1.2.2. Risques génériques 32:7
1.2.3. Autres risques 32:8
1.3. LA GESTION DES RISQUES FISCAUX – POUR QUI EST-ELLE IMPORTANTE? 32:8
1.3.1. Le conseil d'administration 32:9
1.3.2. Le chef de la direction et le chef des services financiers 32:9
1.3.3. Le responsable du service de la fiscalité et son équipe 32:10

1.3.4. Les unités d'affaires/de services 32:10
1.3.5. Les vérificateurs externes 32:11
1.3.6. Les autorités fiscales et les autres autorités réglementaires 32:11
1.3.7. Les investisseurs et les analystes 32:11

2. CADRE D'ÉVALUATION DES CONTRÔLES INTERNES 32:11

2.1. QU'EST-CE QUE LE CONTRÔLE INTERNE? 32:12
2.2. ANALYSE DÉTAILLÉE DU CADRE 32:12
2.2.1. L'environnement de contrôle 32:13
2.2.2. L'analyse des risques 32:13
2.2.3. Les activités de contrôle 32:13
2.2.4. L'information et la communication 32:13
2.2.5. Le suivi 32:14
2.2.6. Sommaire 32:14
2.3. APPLICATION DU CADRE D'ÉVALUATION À LA GESTION DES RISQUES FISCAUX 32:15

3. GESTION DES RISQUES FISCAUX – ASPECTS PRATIQUES 32:17

3.1. ENVIRONNEMENT DE CONTRÔLE 32:17
3.2. ÉVALUATION DES RISQUES 32:19
3.3. LES ACTIVITÉS DE CONTRÔLE 32:21
3.4. INFORMATION ET COMMUNICATION 32:24
3.5. LE SUIVI 32:25

CONCLUSION 32:25

ANNEXE A 32:26

ANNEXE B 32:28

INTRODUCTION

The Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act of 2002, mieux connu sous le nom de « Loi Sarbanes-Oxley »[1], a été introduit aux États-Unis en réponse aux nombreux scandales financiers impliquant d'importantes sociétés américaines. Ces scandales ont eu des effets importants sur les marchés financiers, ceux-ci ayant perdu confiance dans les règles comptables et les pratiques en matière de communication de l'information financière.

Les autorités canadiennes en valeurs mobilières ont également énoncé de nouvelles exigences en matière d'attestation par la direction dans le cadre du *Règlement 52-109 sur l'attestation de l'information présentée dans les états financiers annuels et intermédiaires des émetteurs*[2].

L'objectif des règles édictées par la Loi Sarbanes-Oxley et le Règlement 52-109 est de rétablir la confiance des investisseurs en matière de communication financière. Vous trouverez à l'annexe A un résumé des principales dispositions de la Loi Sarbanes-Oxley et du Règlement 52-109.

Historiquement, la fonction de la fiscalité d'une entreprise était souvent méconnue et ne faisait pas l'objet d'une gestion des risques précise par la direction des sociétés. Les nouvelles obligations de la direction en matière d'attestation du maintien des contrôles et procédures de communication de l'information ainsi que de l'évaluation de leur efficacité font en sorte que la gestion des risques fiscaux fait maintenant partie intégrante du processus de gestion des risques d'une entreprise. Il s'agit d'une excellente opportunité pour les professionnels de la fiscalité, car cette nouvelle réalité permet de rehausser l'image de la fonction de la fiscalité en entreprise et d'être plus influent au sein de l'entreprise.

Dans le présent texte, nous définirons ce qu'est la gestion des risques fiscaux, les types de risques fiscaux auxquels fait face une entreprise et les intervenants pour qui ces différents risques sont importants. Finalement, comme la gestion des risques fiscaux implique nécessairement la mise en place d'un système de contrôle interne, nous traiterons du cadre d'évaluation des contrôles internes pour la gestion des risques fiscaux.

---

1 Pub. L. n° 107-204, 116 Stat. 745 (ci-après « Loi Sarbanes-Oxley »).

2 *Gazette officielle du Québec*, Partie 2, 22 juin 2005, 137e année, n° 25 (ci-après « Règlement 52-109 »).

1. GESTION DES RISQUES FISCAUX

1.1. QU'EST-CE QUE LA GESTION DES RISQUES FISCAUX?

Avant de définir en quoi consiste la gestion des risques fiscaux, il convient de définir l'expression « risque fiscal ».

Les décisions, activités et opérations d'une entreprise entraînent un certain nombre d'incertitudes – des risques d'affaires. Certaines de ces incertitudes sont de nature fiscale. Par exemple, des incertitudes peuvent exister quant à l'application des dispositions fiscales à une situation particulière. Des incertitudes peuvent également exister à propos de faits ou du fonctionnement du système utilisé afin de compiler les informations fiscales. L'ensemble de ces incertitudes donnent lieu à des incertitudes fiscales, et donc à des risques fiscaux.

La gestion des risques fiscaux consiste à gérer les incertitudes fiscales. Il s'agit de comprendre où et quand les risques fiscaux surviennent, et de prendre les décisions afin de les résoudre.

Il est important de souligner que la gestion des risques fiscaux ne signifie pas nécessairement la minimisation des risques fiscaux. Il s'agit plutôt d'être en mesure de prendre des décisions adéquates et de faire les gestes appropriés en fonction du niveau de risques qu'une société est prête à tolérer. Ce niveau de risque sera différent pour chaque société.

1.2. CATÉGORIES DE RISQUES FISCAUX

Avant d'élaborer une politique de gestion des risques fiscaux, la compréhension des principales catégories de risques est nécessaire. À cet effet, nous avons répertorié les risques fiscaux en sept catégories, soit :

Les risques spécifiques

- risque transactionnel;
- risque d'activité;
- risque de conformité; et
- risque de comptabilité financière.

Les risques génériques

- risque de portefeuille;
- risque de gestion; et
- risque de réputation.

1.2.1. Risques spécifiques

1.2.1.1. Risque transactionnel

Il s'agit du risque auquel fait face une société lorsqu'elle entreprend des opérations spécifiques comme des acquisitions, dispositions, fusions ou autres types d'opérations hors du cours normal des affaires.

Dans le cadre d'une opération, il existe souvent de l'incertitude quant aux dispositions fiscales s'appliquant à la situation particulière, surtout lorsque des décisions faisant appel au jugement professionnel doivent être prises. Plus l'opération est complexe, plus le risque fiscal augmente. Le risque sera d'autant plus important si l'opération est effectuée, en tout ou en partie, pour des motifs fiscaux.

Le risque transactionnel inclut, entre autres choses, le risque lié au fait que le service de la fiscalité de l'entreprise n'est pas partie prenante à l'opération ou lorsque son intervention ne se fait pas en temps opportun. Il inclura également le risque lié à la mise en œuvre de la transaction et à la documentation de celle-ci.

1.2.1.2. Risque d'activité

Le risque d'activité a trait à l'application des lois fiscales et des règlements aux activités courantes d'une société. Différents types d'opérations, quoique de nature courante, peuvent entraîner un niveau de risque fiscal différent. Par exemple, la vente de biens entre sociétés étrangères liées créera des risques fiscaux plus importants que la vente de ces mêmes biens à des tiers non liés. Parmi les risques d'activité, on peut également penser au risque qu'un employé situé dans un autre pays peut créer en matière d'obligation fiscale.

Afin de gérer le risque d'activité, le service de la fiscalité de l'entreprise se doit d'être près des activités de la société. La communication entre les divers intervenants est essentielle.

1.2.1.3. Risque de conformité

Le risque de conformité a trait aux risques liés à la préparation des déclarations de revenus et aux vérifications fiscales. Ce risque porte sur les risques implicites inhérents aux procédures, systèmes et processus utilisés par une société et couvre notamment :

1) l'intégrité du système comptable;

2) le processus mis en place pour obtenir les informations fiscales requises pour la préparation des déclarations de revenus;

3) les connaissances fiscales des personnes afin de s'assurer que les déclarations de revenus sont préparées en fonction des règles fiscales les plus récentes; et

4) l'utilisation adéquate de la technologie.

Le risque de conformité doit être géré adéquatement. L'objectif n'est pas nécessairement de produire une déclaration de revenus sans erreur, mais plutôt de prendre en considération le coût/avantage lors de leur production. Une société devra déterminer le niveau de risque qu'elle est prête à accepter en matière de conformité, en prenant en considération les coûts liés au processus de conformité et les coûts potentiels liés à des pénalités et intérêts dans l'éventualité où des erreurs seraient commises lors de la préparation et de la production des déclarations de revenus.

1.2.1.4. Risque de comptabilité financière

Il s'agit du risque lié à la comptabilisation des impôts dans les états financiers. C'est exactement ce dont traite essentiellement la Loi Sarbanes-Oxley et le Règlement 52-109, et ce sujet représente un défi particulier pour le service de la fiscalité d'une société à cause de l'obligation de documenter et d'évaluer les contrôles internes afférents à la présentation de l'information financière.

Dans le cadre de son analyse du risque de comptabilité financière, une société devra se poser les questions suivantes :

- Quel est le degré d'incertitude quant à l'interprétation et à l'application des lois fiscales utilisées pour le calcul de la provision d'impôts?

- Quelle est la qualité des informations utilisées dans le cadre de la préparation de la provision d'impôts, notamment en ce qui concerne les informations liées aux transactions spécifiques et aux opérations courantes?

- Doit-on enregistrer un passif pour les risques fiscaux? Quel est le niveau de matérialité acceptable?

1.2.2. Risques génériques

Même si les risques génériques ne concernent pas directement la fiscalité, ils sont néanmoins importants pour une entreprise et doivent être revus dans le cadre d'une bonne gestion des risques.

1.2.2.1. Risque de portefeuille

Le risque de portefeuille a trait au risque global auquel une entreprise fait face lorsque les risques transactionnels, d'activité et de conformité sont combinés, et que l'on considère les incidences potentielles de ces trois risques ensemble.

L'analyse du risque de portefeuille permettra de répondre à des questions telles que :

- Quelles seraient les conséquences sur la société si tous les éléments de risques fiscaux survenaient au même moment?

- Quelles seraient les incidences financières?

1.2.2.2. Risque de gestion

Il s'agit du risque lié à la gestion inadéquate des risques fiscaux. Ainsi, plus la gestion des risques fiscaux est prise au sérieux par la direction d'une entreprise et plus les ressources adéquates y sont dédiées, plus le risque de gestion sera faible.

À l'opposé, le risque de gestion sera élevé pour les entreprises dont la direction ne s'investit pas activement dans la gestion des risques fiscaux, qui ne dédient pas les ressources nécessaires et qui n'élaborent pas une politique de gestion des risques fiscaux.

1.2.2.3. Risque de réputation

Le risque de réputation a trait aux séquelles potentielles dont peut souffrir une société si des informations négatives sur l'entreprise devenaient publiques.

De nombreux dirigeants d'entreprise ne souhaitent guère voir leur nom ou celui de leur société publiés dans les journaux pour des raisons fiscales. Le risque de réputation est très important pour ces sociétés et influence leur comportement en matière de fiscalité. Ainsi, dans certaines situations, des sociétés refuseront de s'engager dans des opérations fiscales audacieuses à cause du risque de réputation implicite.

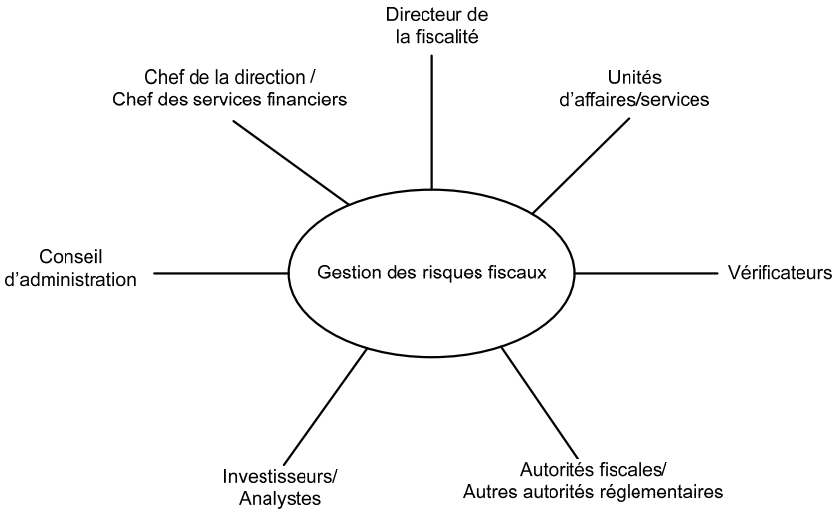
1.2.3. Autres risques

Dans le cadre de ses activités, une société fait face à d'autres risques que nous appelons les risques externes. Il s'agit, par exemple, des risques liés aux changements dans les lois fiscales, à la jurisprudence ou aux changements de gouvernement.

Comme il s'agit de risques qui ne peuvent pas être contrôlés par une société, ils ne font pas partie intégrante du processus de gestion des risques fiscaux.

1.3. LA GESTION DES RISQUES FISCAUX – POUR QUI EST-ELLE IMPORTANTE?

De par leur nature, les risques fiscaux peuvent avoir des conséquences importantes pour les sociétés et se doivent d'être gérés. Plusieurs intervenants, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur d'une entreprise, ont intérêt à ce que les sociétés gèrent adéquatement les risques fiscaux. Nous analyserons ci-après les principaux intervenants et leur rôle en matière de gestion des risques fiscaux.



1.3.1. Le conseil d'administration

Le rôle et les responsabilités du conseil d'administration (ci-après « CA ») d'une société varient selon les entreprises. Quoique le CA ne s'ingère généralement pas dans les activités quotidiennes d'une société, nous croyons qu'il est un des intervenants clés dans la gestion des risques.

En matière de gestion des risques fiscaux, le CA portera principalement son attention sur le risque de portefeuille et le risque de réputation. Le CA se doit de connaître la situation fiscale de la société et les risques fiscaux afin d'être en mesure d'évaluer les conséquences potentielles qui résulteraient de la divulgation d'une prise de position fiscale audacieuse de la société, le cas échéant.

1.3.2. Le chef de la direction et le chef des services financiers

Historiquement, le chef des services financiers (ci-après « CSF ») était la personne ultimement responsable de la fiscalité au sein d'une entreprise. Les nouvelles règles d'attestation introduites par la Loi Sarbanes-Oxley et le Règlement 52-109 font en sorte que le chef de la direction (ci-après « CD ») est également directement interpellé par la gestion des risques fiscaux puisqu'il doit attester les chiffres présentés dans les états financiers et que les différents postes d'impôts sont des éléments importants de ces derniers.

Le CD et le CSF jouent un rôle critique dans la gestion des risques fiscaux. En plus d'être responsables du service de la fiscalité, ils doivent s'assurer que la vision de la direction en matière de gestion des risques fiscaux est mise en application au sein de l'entreprise. Si des écarts existent, des résultats inattendus, tels que des rajustements aux informations financières ou des opportunités fiscales manquées, pourraient survenir.

1.3.3. Le responsable du service de la fiscalité et son équipe

Le service de la fiscalité d'une entreprise est responsable de gérer l'ensemble de la fiscalité de l'entreprise. Il est donc le principal point de contact en matière de gestion des risques fiscaux. Le responsable du service de la fiscalité se doit d'être au fait de l'ensemble des risques fiscaux et doit s'assurer que ceux-ci sont en accord avec le niveau de risques que la haute direction de l'entreprise est prête à assumer.

Le responsable du service de la fiscalité doit s'investir activement dans la gestion des risques fiscaux. À ce titre, sa principale responsabilité sera de s'assurer que les bonnes personnes ayant les compétences requises sont en place pour gérer les risques fiscaux. Il devra également s'assurer de mettre en place les bonnes procédures en matière de contrôle des risques fiscaux.

1.3.4. Les unités d'affaires/de services

La majorité des services d'une entreprise sont directement touchés par la gestion des risques fiscaux. Par exemple, le service juridique se doit de bien comprendre les risques transactionnels auxquels fait face l'entreprise afin de les porter à l'attention du service de fiscalité pour leur permettre d'en évaluer les conséquences potentielles. La trésorerie voudra connaître les risques fiscaux afin de déterminer quels seront les montants éventuellement payables si les risques se matérialisaient. Le service des finances, quant à lui, est directement touché par la gestion des risques fiscaux puisque la responsabilité de la bonne divulgation des informations financières lui incombe.

Au-delà des unités de services, les personnes prenant les décisions quotidiennes sont directement responsables des risques opérationnels. Il est donc important que celles-ci soient sensibilisées à l'importance des risques fiscaux, qu'elles soient en mesure de consulter les personnes-ressources appropriées au besoin, et qu'elles soient conscientes que leurs décisions pourraient avoir des incidences sur les risques fiscaux.

1.3.5. Les vérificateurs externes

Les vérificateurs externes ont un intérêt certain dans la politique de gestion des risques fiscaux d'une entreprise puisqu'ils doivent émettre une opinion du vérificateur sur les états financiers.

1.3.6. Les autorités fiscales et les autres autorités réglementaires

De nos jours, nous constatons que les autorités fiscales portent une attention particulière à la politique d'une entreprise en matière de risques fiscaux. Plus l'entreprise adopte une politique fiscale dite « agressive », plus grande sera l'attention portée par les autorités fiscales lors de leur vérification. Également, des pays adaptent leur législation en fonction des risques fiscaux. Par exemple, les États-Unis ont instauré différentes règles obligeant les entreprises à divulguer des renseignements lorsqu'elles sont parties à des transactions dont les avantages fiscaux pourraient être l'objet principal. Les autorités fiscales canadiennes ont d'ailleurs annoncé leur intention d'étudier l'implantation de telles mesures au Canada.

D'autres autorités réglementaires, tel que la Securities and Exchange Commission et le Financial Accounting Standard Board ont démontré un intérêt important concernant la gestion des risques fiscaux au cours des dernières années.

1.3.7. Les investisseurs et les analystes

Les résultats trimestriels et annuels d'une entreprise sont une des premières sources d'information pour les investisseurs et les analystes. L'élément d'incertitude inhérent aux comptes d'une entreprise est donc important pour ces derniers. À cause de son importance relative dans les résultats d'une entreprise, les investisseurs désirent comprendre ce que sous-tend la charge fiscale, spécialement lorsqu'il y a des fluctuations dans cette dernière.

2. CADRE D'ÉVALUATION DES CONTRÔLES INTERNES

Après avoir déterminé les risques fiscaux et les personnes pour qui ces risques sont importants, nous pouvons analyser plus en détail comment une entreprise peut gérer ses risques fiscaux et quels sont les processus à mettre en place pour bien s'acquitter de cette tâche.

La pierre angulaire de la gestion des risques d'une entreprise est sans contredit la mise en place de contrôles internes appropriés. Au début des années 1990, le Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission (ci-après « COSO ») a effectué une étude détaillée[3] de la notion de contrôle interne et a élaboré un cadre d'évaluation des contrôles internes. Plus loin, nous analyserons comment ce cadre d'évaluation peut être utilisé pour gérer les risques fiscaux.

2.1. QU'EST-CE QUE LE CONTRÔLE INTERNE?

Pour débuter, il est opportun de bien définir ce qu'est le contrôle interne. Il ressort de l'étude du COSO la définition suivante relativement au contrôle interne :

> « Le contrôle interne consiste en un processus mis en place par la direction de l'entreprise afin d'obtenir une assurance raisonnable que les objectifs reliés à ce qui suit seront atteints :
>
> - l'efficacité et l'intégralité des opérations;
> - la qualité de l'information financière; et
> - la conformité aux lois applicables. »

Le but du contrôle interne est d'aider l'entreprise à atteindre ses objectifs de rendement et de rentabilité et de préserver la valeur de ses éléments d'actif. Il permettra également à l'entreprise de s'assurer que l'information financière publiée représentera fidèlement sa situation, ce qui lui permettra de préserver son image et sa réputation.

2.2. ANALYSE DÉTAILLÉE DU CADRE

Le cadre d'évaluation établi par le COSO est le cadre le plus utilisé en pratique et il nous apparaît comme celui étant le plus approprié pour la gestion des risques fiscaux.

Le cadre d'évaluation élaboré par le COSO définit cinq composantes du contrôle interne qui s'appliquent à toutes les entreprises, peu importe leur envergure et leur complexité. Ces cinq composantes sont :

---

[3] COMMITTEE OF SPONSORING ORGANIZATION OF THE TREADWAY COMMISSION, *Internal Control – Integrated Framework*, 1992.

1) l'environnement de contrôle;

2) l'analyse des risques;

3) les activités de contrôle;

4) l'information et la communication; et

5) le suivi.

2.2.1. L'environnement de contrôle

L'environnement de contrôle fait référence à l'entreprise dans son ensemble, à sa culture, à l'atmosphère dans laquelle les activités quotidiennes se déroulent et à l'importance que la gestion des risques et la mise en place de contrôles internes prend dans l'entreprise.

L'environnement de contrôle est tributaire de la haute direction. Il s'agit de la fondation de tout contrôle interne. Si une entreprise n'est pas sensibilisée à la gestion des risques et si les employés ne prennent pas au sérieux les procédures et les contrôles mis en place, l'introduction de mesures particulières en matière de gestion des risques aura très peu de chance d'être efficiente.

2.2.2. L'analyse des risques

Il s'agit d'établir jusqu'à quel point l'entreprise connaît les risques auxquels elle fait face et comment elle réagit à l'égard de ceux-ci. Ainsi, il devient important pour l'entreprise de mettre en place des procédures qui lui permettront d'établir, d'évaluer et de gérer les risques.

2.2.3. Les activités de contrôle

Les activités de contrôle sont l'ensemble des politiques et procédures mises en place pour gérer les risques. Les activités de contrôle doivent être efficaces dans leur fonctionnement afin d'atteindre les objectifs de l'entreprise.

2.2.4. L'information et la communication

Un système d'information et de communication de celle-ci est requis pour soutenir les autres composantes du contrôle interne et s'assurer que le personnel de l'entreprise comprend, détermine, accumule l'information

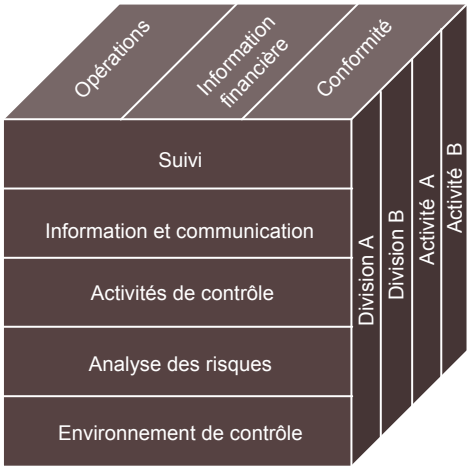
nécessaire et échange des propos sur cette information en vue de gérer les risques de l'entreprise. Une bonne communication est également requise pour évaluer le rendement de l'entreprise et pour établir si elle atteint ses objectifs.

2.2.5. Le suivi

Tout le processus, mais plus particulièrement les procédures et les contrôles mis en place, doit faire l'objet d'un suivi afin d'évaluer leur bon fonctionnement et de définir les modifications ou correctifs requis. Un suivi adéquat des contrôles permet une identification rapide des déficiences et des éléments à modifier afin que le système de contrôle interne, dans son ensemble, fonctionne de façon adéquate.

2.2.6. Sommaire

Chacune des cinq composantes a une incidence sur les autres. Tout système de contrôle interne inclura chacune des cinq composantes. Également, il existe une relation directe entre les composantes et les trois objectifs de contrôle interne décrits précédemment. Les cinq composantes représentent ce qu'une entreprise doit mettre en place pour atteindre ses objectifs. Ainsi, le cadre d'évaluation élaboré par le COSO peut être représenté de la façon suivante :



2.3. APPLICATION DU CADRE D'ÉVALUATION À LA GESTION DES RISQUES FISCAUX

Le cadre d'évaluation du COSO ayant été expliqué, comment appliquer ce cadre en matière de gestion des risques fiscaux?

Une revue des objectifs du contrôle interne et de leur signification en matière de fiscalité permet de faire le lien entre les objectifs du contrôle interne et la gestion des risques fiscaux :

- Objectif 1 : Efficacité et intégralité des opérations

En matière de fiscalité, cet objectif a trait à l'efficacité de la gestion des risques fiscaux et à l'intégralité des opérations fiscales. Cela inclut les objectifs financiers et opérationnels en matière fiscale pour l'ensemble de l'entreprise.

- Objectif 2 : Qualité de l'information financière

Du point de vue de la gestion des risques fiscaux, il s'agit de préparer des informations financières fiables en ce qui concerne les postes fiscaux et les autres informations financières de nature fiscale qui sont divulguées dans les états financiers et les autres rapports de l'entreprise.

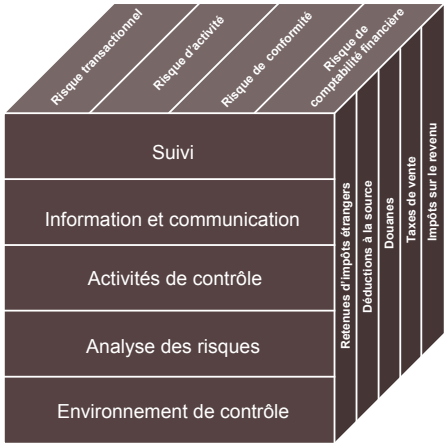
- Objectif 3 : Conformité aux lois applicables

L'objectif est de s'assurer qu'en matière de fiscalité l'entreprise respecte les lois fiscales et les autres règles applicables telles que les principes comptables généralement reconnus (ci-après « PCGR »).

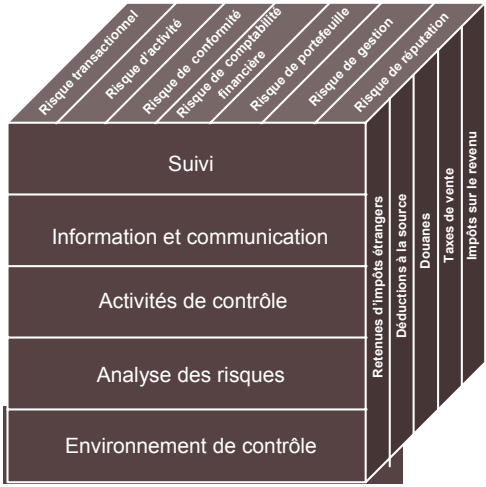
Également, à chacun des trois objectifs du contrôle interne correspond un des risques fiscaux précédemment décrits :

Efficacité et intégralité des opérations	→	Risque transactionnel et d'activité
Qualité de l'information financière	→	Risque de comptabilité financière
Conformité aux lois applicables	→	Risque de conformité

Ainsi, en remplaçant les objectifs généraux du contrôle interne par les risques fiscaux, le cadre d'évaluation des contrôles internes est le suivant :

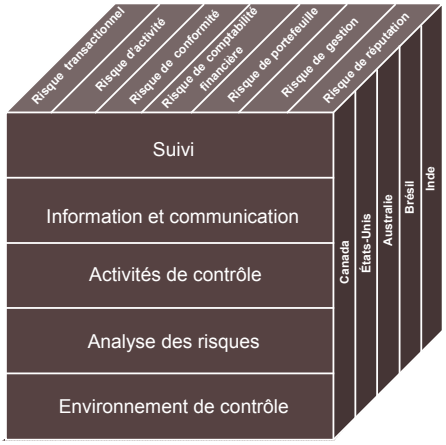


Finalement, tel qu'il a été discuté précédemment, nous croyons qu'en plus des risques spécifiques une bonne gestion des risques fiscaux doit également couvrir les risques génériques. Le cadre d'évaluation des contrôles internes en matière de gestion des risques fiscaux peut donc être représenté comme suit :



Comme on peut le constater, la partie droite du cube renvoie aux différents impôts et taxes auxquels une entreprise est assujettie. Cette façon d'aborder la gestion des risques fiscaux est adéquate mais pourrait devoir être adaptée en fonction de l'entreprise, particulièrement pour celles ayant des établissements dans de nombreux pays.

Ainsi, pour les sociétés multinationales, le cadre d'évaluation du contrôle interne pourrait être le suivant :



3. GESTION DES RISQUES FISCAUX – ASPECTS PRATIQUES

Le cadre d'évaluation des contrôles internes élaboré par le COSO s'applique à l'ensemble de l'entreprise et à la gestion des différents risques auxquels elle fait face. Nous résumerons ci-après comment chacune des composantes s'applique en matière de gestion des risques fiscaux. Nous identifierons également les questions que l'entreprise doit considérer pour chacune des composantes. Les réponses à ces questions permettront à l'entreprise de déterminer si les procédures qu'elle a adoptées en matière de gestion des risques fiscaux sont adéquates et si elles respectent le cadre d'évaluation du COSO.

3.1. ENVIRONNEMENT DE CONTRÔLE

L'environnement de contrôle dépend de l'attitude et de la culture du CA et des membres de la haute direction en matière de gestion des risques fiscaux et des objectifs à atteindre qu'ils ont fixés en matière de fiscalité. Un bon environnement de contrôle en matière de fiscalité inclut nécessairement

un engagement de la haute direction en matière de gestion des risques fiscaux ainsi que l'établissement et la communication d'une politique en matière de risques fiscaux. Dans le cadre de l'élaboration de cette politique, des objectifs stratégiques et des objectifs opérationnels devront être définis.

Tableau 1 – Exemples d'objectifs

Objectifs	Exemples
Objectifs stratégiques	• Le directeur du service de la fiscalité sera responsable de la gestion des risques fiscaux pour l'ensemble des taxes et impôts, et ce, sur une base mondiale. • Nous élaborerons des planifications fiscales ayant des incidences positives sur les activités de l'entreprise. • Nous éviterons les situations qui pourraient faire en sorte que notre situation fiscale soit exposée publiquement.
Objectifs opérationnels	• Le service de la fiscalité doit être partie à toutes les opérations supérieures à un certain montant. • Une opinion externe doit être obtenue lorsque les risques fiscaux excèdent un certain montant. • La préparation des déclarations de revenus doit viser un niveau de précision faisant en sorte que les rajustements fiscaux résultant d'une vérification fiscale ne doivent pas excéder un certain pourcentage du revenu imposable.

Afin d'évaluer l'environnement de contrôle, une entreprise pourrait se poser les questions suivantes :

- Comment les risques fiscaux s'imbriquent-ils dans la stratégie globale de l'entreprise? Est-ce que les risques fiscaux sont évalués au même titre que les autres risques d'affaires lors de la prise de décision qui ont une influence sur les objectifs de l'entreprise?

- Quelle est la tolérance aux risques fiscaux de l'entreprise? Quelle est l'attitude de la direction en matière de position fiscale radicale?

- Comment le CA gère-t-il les risques fiscaux?

  - Existe-t-il une politique écrite de gestion des risques fiscaux?

  - Comment la stratégie et les objectifs du CA en matière de gestion des risques fiscaux sont-ils communiqués et délégués?

- Est-ce que la politique est connue de l'ensemble de l'entreprise?

- Comment la haute direction s'assure-t-elle que les objectifs en matière de fiscalité sont atteints? A-t-on évalué les personnes à qui les responsabilités sont déléguées afin de s'assurer qu'elles ont l'expérience et les compétences requises?

- Comment la haute direction détermine-t-elle que l'entreprise respecte la stratégie et les objectifs fixés en matière de risques fiscaux? Est-ce que la haute direction démontre un intérêt envers la gestion des risques fiscaux dans ses activités quotidiennes?

- Comment la politique de rémunération de l'entreprise et la structure du service de la fiscalité appuient-elles les objectifs fondamentaux de l'entreprise?

3.2. ÉVALUATION DES RISQUES

Afin de mettre en place une gestion des risques fiscaux adéquate, l'entreprise se doit de procéder à une analyse des différents risques fiscaux auxquels elle fait face. Le tableau présenté ci-après fournit des exemples des différents risques fiscaux auxquels pourrait faire face une entreprise.

Tableau 2 – Événements et risques fiscaux

Risques fiscaux	Événements pouvant entraîner un risque fiscal
Risque transactionnel	• Acquisition • Disposition • Fusion • Réorganisation interne
Risque d'activité	• Nouvelle approche sur le plan des opérations • Expansion dans de nouvelles juridictions • Changement dans le système informatique
Risque de conformité	• Déficience du contrôle sur les informations financières • Insuffisance de ressources internes • Changement législatif
Risque de comptabilité financière	• Changement législatif • Changement dans les systèmes comptables • Changement dans les PCGR
Risque de portefeuille	• Une combinaison de plusieurs événements

Risques fiscaux	Événements pouvant entraîner un risque fiscal
Risque de gestion	• Changement de personnel, aussi bien en fiscalité qu'au sein d'autres services • Départ de personnes-ressources clés et mauvaise documentation des informations détenues par ces personnes
Risque de réputation	• Enquête par les autorités fiscales • Article dans les journaux • Développement politique

Dans le cadre de l'analyse des risques fiscaux, l'entreprise effectuera également une analyse des procédures mises en place afin de déterminer et d'évaluer les risques fiscaux.

Les questions à considérer sous la rubrique « Analyse des risques » sont, entre autres :

- Comment les risques fiscaux sont-ils définis, évalués et inscrits?

- Quelles sont les politiques et procédures actuellement en place afin de s'assurer que les risques fiscaux et autres problèmes potentiels sont définis?

- Quelles sont les méthodes utilisées pour déterminer les risques fiscaux? Tiennent-elles compte des événements passés et futurs?

- Qui effectue l'évaluation des risques fiscaux? Quelles sont les compétences des personnes prenant part à cette analyse?

- Comment obtient-on l'information afin de s'assurer que tous les risques fiscaux ont été établis?

- Comment s'assure-t-on que les éléments nécessitant un jugement professionnel ont été évalués adéquatement? Les personnes ayant l'expérience requise et le niveau hiérarchique adéquat y participent-elles?

- Est-ce que l'ensemble des risques sont regroupés afin d'avoir une vue d'ensemble du risque de portefeuille?

- Comment l'analyse des risques fiscaux est-elle documentée?

3.3. LES ACTIVITÉS DE CONTRÔLE

Les activités de contrôle incluent, notamment, les politiques détaillées en matière de gestion des risques fiscaux ainsi que les processus de révision et d'approbation.

Parmi les questions à considérer sous la composante « Activités de contrôle », citons :

- Quelles sont les activités de contrôle de l'entreprise?
- Existe-t-il des activités de contrôle de prévention et des activités de contrôle de détection?
- Est-il possible de contourner certaines activités de contrôle?
- À quel moment est-il approprié de demander une opinion externe?
- Existe-t-il des contrôles adéquats pour s'assurer que les planifications fiscales sont correctement effectuées et font-elles l'objet d'un suivi annuel?
- Qui est responsable d'effectuer l'activité de contrôle?
- À quel endroit les activités de contrôle sont-elles effectuées?
- Quels sont les contrôles d'ordre général mis en place pour limiter les risques quant aux systèmes informatiques et aux changements apportés à ceux-ci?
- Quels sont les contrôles d'application mis en place pour s'assurer de l'intégralité, de l'exactitude et de la validité des informations et des opérations?
- Comment les activités de contrôle sont-elles documentées?
- Existe-t-il des activités de contrôle pour s'assurer de :
  - l'établissement des modifications dans la législation fiscale, les règlements et la jurisprudence?
  - la qualité des informations financières utilisées aux fins fiscales?

- la production des déclarations de revenus et des paiements d'impôts dans les délais prescrits?

Les activités de contrôle mises en place par l'entreprise peuvent prendre différentes formes. Elles incluent, entre autres, des activités telles l'approbation, l'autorisation, la réconciliation des comptes et la révision du travail effectué.

En pratique, le système de contrôle interne conçu par l'entreprise pour gérer ses risques fiscaux doit inclure plusieurs activités de contrôle qui, en plus de respecter le principe de ségrégation des tâches, permettent de répondre aux questions suivantes :

1. Quel est l'objectif de l'activité de contrôle?

2. Qui est responsable de l'activité?

3. Que fait la personne responsable?

4. Comment l'activité est-elle effectuée?

5. À quel moment le contrôle est-il effectué?

Tableau 3 – Exemples d'activités de contrôle

Objectif/Risque	Qui est responsable?	Que fait le responsable?	Comment le fait-il?	Quand?
S'assurer qu'il y a une politique de la gestion des risques au service de la fiscalité.	Président du comité de vérification.	S'entendre sur les grandes lignes avec les autres membres du CA.	Déléguer la responsabilité de la mise en œuvre détaillée au chef du service de la fiscalité.	Immédiate-ment.
Le chef du service de la fiscalité assume la responsabilité de la gestion de tous les risques.	Chef de la fiscalité.	Élaborer un système de contrôle relatif à tous les risques potentiels majeurs et le mettre à la disposition de tous les membres du service de la fiscalité.	Rechercher une opinion externe pour établir les meilleures procédures à appliquer dans ce genre d'exercice.	Au cours des trois prochains mois.

Objectif/Risque	Qui est responsable?	Que fait le responsable?	Comment le fait-il?	Quand?
Le personnel du service de la fiscalité doit être partie prenante à toute opération de plus de 5 M$.	Service juridique/ Contentieux.	Faire intervenir le service de la fiscalité dès qu'une telle opération a lieu.	Un avis officiel doit être émis.	Dès le début de l'opération.
Vérification par les autorités fiscales	Responsable de la conformité.	Faire un suivi sur tout élément pouvant entraîner un rajustement dont le coût fiscal excède 50 k $	Rôle de supervision et de participation relativement aux éléments les plus significatifs.	Sur une base continue.

Précédemment, nous avons établi que plusieurs intervenants au sein de l'entreprise ont un intérêt dans la gestion des risques fiscaux. Tel que le démontre le tableau ci-après, chacun de ces intervenants doit participer aux activités de contrôle liées à la fiscalité.

Tableau 4 – Intervenants, rôles et cycles de revue

Qui est responsable?	De quoi?	Cycle de revue
Le CA	Ensemble des activités de contrôle de l'entreprise.	Annuel
Le comité de vérification	Revue de la politique de gestion des risques fiscaux et confirmation que le système de contrôle interne fonctionne adéquatement.	Semi-annuel
Le chef de la direction financière	Contrôles liés aux activités du service des finances, incluant le contrôle des activités relatives aux risques inhérents aux taxes et impôts.	Trimestriel
Le directeur de la fiscalité	Activités de contrôle liées à la fiscalité et à la gestion des risques fiscaux.	Mensuel
Tous les chefs de la direction financière régionaux et les gestionnaires fiscaux	Contrôle du service des finances, incluant les impôts (pour les chefs de la direction financière) ou toutes les activités de contrôles relatives aux impôts (pour les gestionnaires fiscaux) pour le pays, la filiale ou l'unité d'affaires dont ils ont la responsabilité.	Mensuel

Qui est responsable?	De quoi?	Cycle de revue
Les membres de l'équipe du service fiscal	Activités de contrôle fiscal et des risques fiscaux concernant leur sphère de responsabilité. Par exemple, les activités de contrôle des taxes de vente incombent vraisemblablement aux responsables des taxes de ventes et leurs équipes.	Sur une base continue
Le vérificateur interne	Revue de l'application rigoureuse des contrôles et procédures.	Semi-annuel

3.4. INFORMATION ET COMMUNICATION

Une bonne communication de l'information est requise afin de s'assurer que les objectifs de l'entreprise en matière de gestion des risques fiscaux sont bien documentés et communiqués aux personnes concernées. Cette composante du système de contrôle interne inclut l'ensemble des procédures nécessaires pour déterminer et quantifier les risques fiscaux et la documentation des contrôles mis en place pour gérer les risques fiscaux. Elle inclut également le processus de surveillance des contrôles internes afin de déceler les lacunes potentielles de même que le développement d'un plan correctif adéquat.

Les questions suivantes pourraient être considérées sous la composante « Information et communication » :

- Comment les informations pertinentes sur les risques fiscaux et les activités de contrôle sont-elles établies et communiquées?

- Quelles sont les procédures mises en place pour s'assurer que l'information est communiquée en temps opportun?

- Comment l'information circule-t-elle entre le CA, la haute direction et le personnel responsable de gérer les risques fiscaux dans les activités régulières?

- Comment l'information circule-t-elle dans l'entreprise de façon à s'assurer que le service de la fiscalité est constamment au courant des activités de l'entreprise?

- Quelles sont les procédures en place pour s'assurer que les données financières sont adéquates? Comment ces informations sont-elles conservées et soumises à des contrôles limitant l'accès à celles-ci lorsque cela est requis?

3.5. LE SUIVI

Le suivi constant des contrôles internes et des procédures est essentiel pour en mesurer l'efficacité. Tout comme la composante « Information et communication », un suivi adéquat permet de déterminer les contrôles qui pourraient ne pas fonctionner, pour ainsi apporter les correctifs nécessaires.

Sous cette composante, les questions suivantes pourraient être considérées :

- Quelles sont les procédures en place qui permettent de s'assurer de l'efficacité des contrôles internes en matière de gestion des risques fiscaux?
- Qui révise les résultats des suivis effectués?
- Comment apporte-t-on les correctifs nécessaires lorsque des déficiences dans les contrôles internes sont détectées?
- Y a-t-il une revue indépendante du processus de suivi?
- Comment documente-t-on le processus de suivi?

CONCLUSION

Au cours des dernières années, la gestion des risques fiscaux est devenue une préoccupation majeure pour de nombreuses personnes au sein de l'entreprise. Quoique le service de la fiscalité d'une entreprise ait toujours effectué cette gestion, l'introduction de nouvelles règles en matière de gouvernance d'entreprise oblige les entreprises à mettre en place un processus plus officiel et à le documenter de façon appropriée.

Dans le présent texte, nous avons abordé certains des éléments à considérer dans le cadre de la gestion des risques fiscaux et analysé brièvement le cadre d'évaluation des contrôles internes mis au point par le COSO. En pratique, la gestion des risques fiscaux devra être analysée par chaque entreprise en fonction de sa situation particulière afin de s'assurer que l'ensemble de ses risques fiscaux est établi adéquatement et que les activités de contrôle appropriées sont mises en place. L'annexe B présente une liste de contrôle des meilleures pratiques en matière de gestion des risques fiscaux qui pourra aider l'entreprise dans l'élaboration de son système de contrôle interne.

ANNEXE A

Résumé des principales règles de la Loi Sarbanes-Oxley et du Règlement 52-109

1. Règles édictées par la Loi Sarbanes-Oxley

Deux articles de la Loi Sarbanes-Oxley (ci-après la « loi ») ont mené les entreprises à porter une attention particulière à la gestion des risques fiscaux, soit les articles 302 et 404.

L'article 302 de la loi fournie des précisions quant aux obligations de la direction d'une société assujettie. Sommairement, en vertu de l'article 302, le CD et le CSF doivent, à chaque rapport financier intérimaire et annuel, certifier :

1. qu'ils ont examiné les documents, que ceux-ci ne contiennent aucune information fausse ou trompeuse concernant un fait important, qu'ils n'omettent aucun fait important, et que l'information financière donne une image fidèle de la situation financière de l'émetteur;

2. qu'ils ont la responsabilité d'établir et de maintenir des contrôles et procédures de communication de l'information conçus pour fournir une assurance raisonnable que l'information importante relative à l'émetteur leur est communiquée;

3. qu'ils ont évalué l'efficacité des contrôles et procédures de communication de l'information de la société;

4. qu'ils ont présenté dans le rapport de gestion leurs conclusions sur l'efficacité des contrôles et procédures de communication de l'information à la fin de la période visée par les documents annuels en cours de préparation.

Les règles édictées par l'article 404 de la loi recoupent celles prévues à l'article 302. Sommairement, l'article 404 précise :

1. qu'annuellement, la direction doit :

   - faire rapport sur les contrôles internes à l'égard de l'information financière;

   - confirmer sa responsabilité d'établir et de maintenir des contrôles et procédures de communication de l'information; et

- présenter ses conclusions sur l'efficacité des procédures de communication et contrôle mis en place.

2. que le rapport annuel d'une société assujettie doit :

   - définir le cadre d'évaluation utilisée par la direction pour évaluer l'efficacité des procédures de communication et contrôle mis en place;

   - divulguer les faiblesses importantes dans les contrôles internes.

3. que le vérificateur externe doit fournir un rapport d'attestation annuel sur l'efficacité du contrôle interne à l'égard de l'information financière ainsi que sur le processus suivi par la direction pour arriver à ses conclusions.

Les dispositions de la loi s'appliquent aux sociétés publiques inscrites auprès de la Security and Exchange Commission (ci-après « SEC »). L'article 302 s'applique depuis le 29 août 2002. L'article 404 s'applique, depuis le 15 juin 2004, pour certaines sociétés américaines et, depuis 2006, pour la majorité des sociétés étrangères inscrites à la SEC.

2. Règles édictées par le Règlement 52-109

Après un examen de la loi et consultation auprès des différents intervenants au Canada, les autorités canadiennes en valeurs mobilières ont instauré le Règlement 52-109. Ce règlement exige que la direction confirme dans ses attestations annuelles qu'elle a évalué l'efficacité du contrôle interne à l'égard de l'information financière de l'émetteur à la clôture de l'exercice et qu'elle a fait en sorte que l'émetteur présente dans son rapport de gestion annuel ses conclusions sur l'efficacité de ce contrôle à la clôture de l'exercice, conformément à cette évaluation.

Les obligations instaurées par le Règlement 52-109 sont sensiblement analogues aux obligations édictées par la loi. Cependant, contrairement à ce que prévoit la loi, seule la direction est tenue d'évaluer l'efficacité du fonctionnement du contrôle interne à l'égard de l'information financière sur une base annuelle. L'émetteur ne sera pas tenu d'obtenir l'opinion de son vérificateur externe.

Les dispositions du Règlement 52-109 s'appliquent à toutes les sociétés inscrites à la Bourse de Toronto ou à la Bourse de croissance TSX pour les exercices se terminant le 31 décembre 2007 ou à une date ultérieure.

ANNEXE B

Contrôles des meilleures pratiques en matière de gestion des risques fiscaux

Composante du contrôle interne	Question	Oui	Non
Environnement de contrôle	Avez-vous une politique documentée sur la gestion des risques fiscaux?		
	Y a-t-il des objectifs particuliers de gestion des risques fiscaux?		
	Est-ce que toutes les parties prenantes concernées ont contribué à l'élaboration de cette politique?		
	Est-ce que toutes les sphères de risque ont été considérées?		
	Est-ce que la politique de gestion des risques fiscaux a été discutée et acceptée par le CA?		
	Est-ce que la politique et ses objectifs ont été communiqués à toutes les parties prenantes?		
	Y a-t-il un intérêt marqué au sein de l'entreprise pour mettre en œuvre la politique?		
	Le CA revoit-il la position de la société face aux risques fiscaux au moins une fois l'an?		
	La politique de gestion des risques fiscaux est-elle alignée avec les autres grands objectifs de l'entreprise?		
Évaluation des risques	Y a-t-il des procédures en place pour évaluer les risques fiscaux de l'entreprise?		
	Couvrent-elles tous les aspects de la gestion des risques fiscaux?		
	Couvrent-elles tous les impôts et toutes les taxes?		
	Couvrent-elles tous les pays importants du groupe?		
	Savez-vous quelles sont les sources principales de risques fiscaux dans votre entreprise?		
	Avez-vous des processus de gestion de ces personnes en place?		
	Connaissez-vous les cinq risques fiscaux principaux pour votre entreprise?		
	Avez-vous un scénario de planification d'évaluation des risques fiscaux?		
	Les risques fiscaux sont-ils considérés comme des agrégats pour permettre une vue d'ensemble des risques de portefeuille dont il faut tenir compte?		
	L'évaluation des risques fiscaux est-elle documentée?		

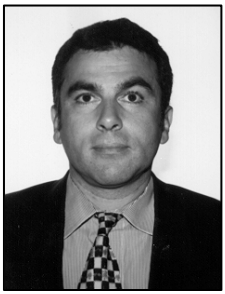
Composante du contrôle interne	Question	Oui	Non
Activités de contrôle	Y a-t-il des procédures de contrôle en place?		
	Les cinq risques fiscaux principaux de l'entreprise sont-ils adéquatement gérés?		
	Est-il clair au sein de l'entreprise à quel moment le service de fiscalité doit être consulté?		
	Le service de la fiscalité sait-il bien dans quelles circonstances (quand et comment) il doit communiquer avec le CA?		
	Les activités de contrôle ont-elles bien été communiquées à toutes les personnes concernées dans l'entreprise?		
	Le nom du responsable des activités de contrôle particulières est-il bien connu de tous dans l'entreprise?		
	Les activités de contrôle détaillées et documentées ont-elles été approuvées par le CA?		
	Offrez-vous un soutien adéquat aux personnes dont le rôle consiste à minimiser les risques (par exemple, le personnel qui couvre/vérifie le service de la fiscalité)?		
Information et communication	Le CA est-il régulièrement informé des principaux risques fiscaux de l'entreprise?		
	Le CA est-il consulté à propos des principaux risques fiscaux?		
	Y a-t-il un endroit où les membres du personnel peuvent consulter la politique couvrant la gestion des risques fiscaux de l'entreprise?		
	Y a-t-il une liste des personnes ou fonctions qui doivent comprendre leur rôle en matière de gestion des risques fiscaux?		
	Les nouveaux employés à des postes touchant la gestion des risques fiscaux sont-ils informés de la politique en place et du rôle qu'ils ont à jouer?		
	Le personnel surveillant le service de la fiscalité est-il bien informé de la gestion des risques fiscaux?		
	Y a-t-il une formation prévue pour assurer que les personnes clés dans l'entreprise comprennent bien leur rôle en matière de gestion des risques fiscaux?		
	Y a-t-il un processus en place qui assure que le personnel du service de la fiscalité est tenu au courant des changements opérationnels mis en place dans l'entreprise?		
Suivi de contrôle	Y a-t-il un processus en place qui permet de s'assurer que les activités de contrôle de la gestion des risques fiscaux fonctionnent de façon adéquate?		

Composante du contrôle interne	Question	Oui	Non
	Le service de vérification interne est-il concerné?		
	Les résultats des suivis de contrôle effectués sont-ils signalés à la haute direction de l'entreprise?		
	Le processus de suivi de contrôle est-il documenté?		
	Y a-t-il des mesures correctives apportées là où l'évaluation des risques et les activités de contrôle ne se sont pas avérées satisfaisantes?		

PALMARÈS DES SUJETS CHAUDS EN RS & DE

Coordonnateur
Carl Deslongchamps
Associé, D. Fisc.
KPMG s.r.l./s.e.n.c.r.l.

Paul Bertrand
Associé, CA, CMA
Ernst & Young s.r.l./s.e.n.c.r.l.



Albert G. De Luca
Associé, CA
Samson Bélair/
Deloitte & Touche
s.e.n.c.r.l.

Lucie Bélanger
Associée déléguée,
avocate, M. Fisc.
Pricewaterhouse
Coopers s.r.l./ s.e.n.c.r.l.

Michel Rheault
M. Sc., Adm.A., CMC
Raymond Chabot
Grant Thornton
s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE A (PAUL BERTRAND)
Méthode de remplacement – Pas toujours la plus simple

INTRODUCTION 33:7

1. NOTIONS DE BASE 33:8

1.1. MÉTHODE DE REMPLACEMENT 33:8
1.1.1. Employé qui exerce directement des activités de RS & DE 33:9
1.2. MÉTHODE TRADITIONNELLE 33:9
1.2.1. Matériaux 33:10
1.2.2. Salaires 33:10
1.2.3. Dépenses directement liées et supplémentaires 33:10

2. DIVERSES OPTIONS POSSIBLES POUR RÉCLAMER UNE DÉPENSE ADMISSIBLE 33:11

3. CATÉGORIES DE DÉPENSES DE MAIN-D'ŒUVRE SUR LE FORMULAIRE T661 ..... 33:12

4. SOUTIEN, SOUTIEN OU SOUTIEN 33:13

4.1. TRAVAIL DE SOUTIEN 33:13
4.2. TRAVAIL DE SOUTIEN 33:14
4.3. FRAIS DE SOUTIEN 33:15
4.4. SOUTIEN EN SOUTIEN 33:15

5. COMPTABILITÉ *VERSUS* FISCALITÉ – SALAIRES DIRECTS ET INDIRECTS 33:15

5.1. MAIN-D'ŒUVRE DIRECTE À DES FINS COMPTABLES 33:16
5.2. MAIN-D'ŒUVRE INDIRECTE À DES FINS COMPTABLES 33:17

6. ÉCART DE SALAIRE MÉTHODE TRADITIONNELLE *VERSUS* MÉTHODE DE REMPLACEMENT 33:17

7. DÉPENSES DIRECTEMENT LIÉES 33:19

8. DÉPENSES SUPPLÉMENTAIRES 33:20

8.1. EXEMPLE 1 : UN CRAYON UTILISÉ UNIQUEMENT POUR DOCUMENTER DES NOTES DE RECHERCHE 33:21
8.2. EXEMPLE 2 : UN COMMIS COMPTABLE QUI FAIT LE TRAITEMENT DES OPÉRATIONS, DONT CERTAINES PORTENT SUR DES DÉPENSES DE RS & DE 33:21

9. MÉTHODE DE REMPLACEMENT OU MÉTHODE TRADITIONNELLE? 33:23

9.1. L'EXAMEN DES DÉPENSES DE SALAIRES 33:23
9.2. LES DÉPENSES DE SOUS-TRAITANTS 33:23
9.3. EST-CE DU SOUTIEN, DU SOUTIEN OU DU SOUTIEN? 33:24
9.4. LES DÉPENSES DIRECTEMENT LIÉES ET SUPPLÉMENTAIRES 33:24

CONCLUSION 33:25

PARTIE B (ALBERT G. DE LUCA)
RS & DE : Regards sur le Québec

INTRODUCTION 33:26

1. RAPPEL DES INCITATIFS FISCAUX POUR LA R & D AU NIVEAU FÉDÉRAL ET AU NIVEAU DU QUÉBEC 33:26

1.1. LES DÉPENSES ADMISSIBLES AU NIVEAU FÉDÉRAL 33:27
1.2. AVANTAGES FISCAUX AU NIVEAU FÉDÉRAL 33:27

1.3. AVANTAGES FISCAUX AU NIVEAU DU QUÉBEC 33:29
1.3.1. Crédit d'impôt remboursable sur les salaires et traitements 33:29
1.3.2. Crédit d'impôt remboursable pour la recherche universitaire 33:30
1.3.3. Autres crédits d'impôt remboursables disponibles 33:31

2. LES ÉTATS-UNIS 33:31

3. LA FRANCE 33:33

4. L'ESPAGNE 33:34

5. L'ALLEMAGNE 33:35

6. LE ROYAUME-UNI 33:35

7. LE JAPON 33:36

8. L'AUSTRALIE 33:37

9. LE QUÉBEC DANS TOUT ÇA? 33:38

10. RÉCENTES MODIFICATIONS POUR ACCÉDER À CERTAINS CRÉDITS D'IMPÔT REMBOURSABLES DU QUÉBEC 33:44

11. L'EXPLOITATION D'UNE ENTREPRISE ET LA NOTION D'« ÉTABLISSEMENT » 33:46

12. ACTIVITÉS DE R & D SUSCEPTIBLES DE PROVOQUER OU DE FACILITER LA CROISSANCE DE L'ENTREPRISE 33:47

13. QUELQUES CONSÉQUENCES DÉCOULANT DE CES MODIFICATIONS 33:47

CONCLUSION 33:50

PARTIE C (LUCIE BÉLANGER)
Les paiements aux employés ou sous-traitants donnant droit aux crédits d'impôt au Québec

INTRODUCTION 33:51

1. CRITÈRES D'ADMISSIBILITÉ AU CRÉDIT SALAIRES RS & DE 33:52

1.1. CONTRIBUABLE EXCLU 33:55
1.2. EXPLOITER UNE ENTREPRISE AU QUÉBEC ET Y AVOIR UN ÉTABLISSEMENT 33:55
1.3. EFFECTUER OU FAIRE EFFECTUER POUR SON COMPTE DE LA RS & DE AU QUÉBEC 33:57
1.3.1. Effectuer de la RS & DE 33:57
1.3.2. Faire effectuer de la RS & DE pour son compte 33:59
1.3.3. Contrats et paiements auxquels s'appliquent les crédits salaires RS & DE 33:59
1.3.4. Dépenses non admissibles 33:60
1.3.5. Sous-traitance 33:62

2. SALAIRES 33:62

2.1. EMPLOYÉS EXERÇANT DIRECTEMENT DE LA RS & DE 33:62
2.2. TRAVAILLEURS AUTONOMES 33:64
2.3. CARACTÈRE RAISONNABLE DES SALAIRES QUI N'AURAIENT PAS ÉTÉ ENGAGÉS N'EÛT ÉTÉ LA RS & DE 33:65
2.4. NOTION DE « SALAIRE VERSÉ » 33:66
2.5. ALLOCATIONS DE RETRAITE ET MONTANTS PAYÉS À TITRE DE DOMMAGES 33:66
2.6. OPTIONS D'ACHAT D'ACTIONS 33:66

3. PAIEMENTS POUR DE LA RS & DE EFFECTUÉE POUR LE COMPTE DU CONTRIBUABLE 33:67

3.1. SERVICES À RENDRE 33:69

3.2. CONCOMITANCE DES DÉPENSES 33:70

4. CONTRIBUTIONS 33:71

CONCLUSION 33:74

PARTIE D (MICHEL RHEAULT)
La vérification scientifique idéale – Guide pratique pour une meilleure vérification scientifique

SOMMAIRE 33:75

INTRODUCTION 33:75

PARTIE I – LE CŒUR DU PROBLÈME 33:76

1. LA FISCALITÉ ET LA SCIENCE 33:76

2. Y A-T-IL UN PROBLÈME? 33:78

2.1. RÉVISION DES SERVICES ET DIRECTIVES 33:78
2.2. MAIS LA TENSION DEMEURE 33:79

PARTIE II – LE PROCESSUS DE VÉRIFICATION SCIENTIFIQUE IDÉAL 33:81

1. PROCESSUS DE L'ARC 33:82

1.1. APPLICATION DU PROCESSUS DE VÉRIFICATION SCIENTIFIQUE DE L'ARC 33:82
1.1.1. Examens concertés 33:82
1.1.2. Demandes précises de renseignements 33:83
1.1.3. Conclusion de la rencontre et du processus de vérification scientifique 33:84
1.1.4. Programme incitatif 33:85
1.1.5. Copie du rapport d'examen technique 33:85
1.1.6. Sommaire : entre la théorie et la pratique 33:86
1.2. RECONNAÎTRE L'EXPERTISE DU RÉCLAMANT 33:86

2. PROCESSUS DES DEMANDEURS 33:88

2.1. PRODUISEZ DES DESCRIPTIONS INCOMPLÈTES 33:89
2.2. AYEZ UNE ATTITUDE À COURT TERME 33:89
2.3. ASSUREZ-VOUS QUE LE PERSONNEL TECHNIQUE N'EST PAS DISPONIBLE POUR LA VÉRIFICATION 33:90
2.4. NE METTEZ PAS EN PLACE DE PROCESSUS EFFICACE DE DOCUMENTATION 33:90
2.5. SOYEZ INSULTANT ET CONDESCENDANT ENVERS LE CRT 33:90
2.6. PASSEZ RAPIDEMENT AU-DESSUS DE LA TÊTE DU CRT 33:90

2.7. FAITES-EN UN CAS PERSONNEL 33:90
2.8. RENDEZ-LUI LA TÂCHE AUSSI DIFFICILE QUE POSSIBLE 33:91
2.9. IGNOREZ-LE, PRENEZ VOTRE TEMPS 33:91
2.10. MENACEZ-LE 33:91

CONCLUSION 33:91

PARTIE A
Méthode de remplacement – Pas toujours la plus simple

Paul Bertrand, CA, CMA
Ernst & Young s.r.l./s.e.n.c.r.l.

INTRODUCTION

Comprendre les diverses dispositions de l'article 37 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[1] constitue la première étape d'une demande pour la recherche scientifique et le développement expérimental (ci-après « RS & DE »). La déduction des dépenses de RS & DE est permise en vertu du paragraphe 37(1) L.I.R., et ces dépenses sont décrites plus en détail au paragraphe 37(8) L.I.R. Les dépenses pour lesquelles une demande est présentée au titre de l'article 37 « dépenses déductibles » L.I.R. constituent la base du calcul des dépenses admissibles, expression définie dans le paragraphe 127(9) L.I.R. Les crédits d'impôt à l'investissement (ci-après « CII ») pour la RS & DE sont calculés en fonction des dépenses admissibles.

Le paragraphe 37(8) L.I.R. a été modifié pour les années d'imposition terminées après le 2 décembre 1992 dans le but d'offrir une autre méthode de calcul des dépenses de RS & DE. Auparavant, il n'existait qu'une seule méthode de calcul, couramment connue aujourd'hui sous l'appellation de « méthode traditionnelle ». La méthode adoptée en 1992 prévoit une gamme plus restreinte de dépenses déductibles à titre de dépenses de RS & DE que la méthode traditionnelle. Par contre, un montant de remplacement visé par règlement (ci-après « MRVR ») de 65 % de la main-d'œuvre s'ajoutera aux dépenses déductibles dans le calcul des dépenses admissibles. Cette nouvelle méthode est couramment connue sous l'appellation de « méthode de remplacement ». Les dépenses qui ne constituent plus des dépenses de RS & DE déductibles en vertu de la méthode de remplacement sont généralement déductibles à titre de dépenses d'entreprise ordinaires.

Le ministère des Finances avait énoncé dans ses *Notes techniques*[2] qu'« on prévoit que dans de nombreux cas, cette méthode [la nouvelle méthode de remplacement] sera plus simple pour le contribuable ». Bien que cet énoncé soit exact dans de nombreux cas, un trop grand nombre de contribuables choisissent la méthode de remplacement sans comprendre

---

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

2 CANADA, ministère des Finances, *Notes explicatives*, Projet de loi C-9, février 1994, sanctionné le 12 mai 1994 (L.C. 1994, c. 8).

véritablement les deux options. Il peut en résulter une perte de CII et, très souvent, des vérifications des demandes très longues et difficiles par les autorités fiscales.

Plusieurs articles ont été publiés relativement à la question du calcul des dépenses selon les deux méthodes. Nous reverrons donc rapidement la partie de ces notions de base qui nous seront utiles dans notre analyse. Nous allons ensuite surtout nous attarder à une analyse de la problématique qu'on retrouve souvent en pratique pour ce qui est du choix entre la méthode traditionnelle et la méthode de remplacement, ainsi qu'à certaines difficultés que chacune de ces méthodes peut soulever lors de la vérification des demandes par les autorités fiscales.

Les dépenses courantes qui sont attribuables en totalité ou presque (ci-après « TOP ») à des activités de RS & DE peuvent être incluses dans le compte de dépenses de RS & DE en vertu de la sous-division 37(8)a)(ii)(A)(I) L.I.R. selon la méthode traditionnelle et en vertu de la sous-division 37(8)a)(ii)(B)(I) L.I.R. selon la méthode de remplacement. Nous ne nous attarderons pas aux dépenses TOP ni aux dépenses en capital.

1. NOTIONS DE BASE

1.1. MÉTHODE DE REMPLACEMENT

En vertu de la méthode de remplacement, les salaires admissibles sont limités aux salaires versés à des employés qui exercent directement des activités de RS & DE[3]. Les autres dépenses déductibles se composent comme suit :

- les dépenses pour des activités de RS & DE entreprises directement pour le compte du contribuable (dépenses de sous-traitants)[4];
- le coût des matériaux consommés ou transformés[5];
- la moitié de certaines dépenses de location[6].

---

3 S.-div. 37(8)a)(ii)(B)(IV) L.I.R.

4 S.-div. 37(8)a)(ii)(B)(II) L.I.R.

5 S.-div. 37(8)a)(ii)(B)(V) L.I.R.

6 S.-div. 37(8)a)(ii)(B)(VI) L.I.R.

Toute autre dépense ne sera pas déductible comme dépense pour des activités de RS & DE et devra généralement être déduite à titre de dépense d'entreprise ordinaire[7].

Un avantage pour le contribuable de choisir de calculer les dépenses de RS & DE au moyen de la méthode de remplacement est de pouvoir obtenir des CII sur le MRVR, qui est calculé au taux de 65 % du salaire des employés qui **exercent directement** des activités de RS & DE.

1.1.1. Employé qui exerce directement des activités de RS & DE

Sans faire une revue détaillée de ce qui constitue un employé qui exerce directement des activités de RS & DE, nous constatons que l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») considère qu'il s'agit d'un employé « qui lui-même "met la main à la pâte", si l'on peut employer une image »[8].

L'ARC considère généralement que le travail effectué par des superviseurs de premier niveau pourrait consister à exercer directement des activités de RS & DE dans la mesure où cette supervision influe directement sur la RS & DE sur le plan technique. Retenons l'exemple au tableau 2.1 du guide pour remplir le Formulaire T661[9], qui décrit « supervision directe d'employés exerçant des travaux d'expérimentation et d'analyse (direction des travaux courants de RS & DE) » comme une fonction qui satisfait au critère d'employé exerçant directement des travaux de RS & DE. Si le contribuable réclame des heures pour du travail effectué par des employés d'un rang supérieur à celui de superviseur de premier niveau, l'ARC demandera généralement plus de détails sur les tâches accomplies par ces employés pendant ces heures et de quelle manière ces tâches sont consacrées à exercer directement des activités de RS & DE, selon la description ci-dessus.

1.2. MÉTHODE TRADITIONNELLE

La sous-division 37(8)a)(ii)(A)(II) L.I.R. permet la déduction des dépenses courantes **directement attribuables, selon ce qui est prévu par**

---

7 Art. 9 L.I.R.

8 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Politique d'application* 96-06, « Méthode de remplacement », 19 juillet 1996.

9 AGENCE DU REVENU DU CANADA, T4088(F) Rév. 06/04, tableau 2.1.

règlement à des activités de RS & DE exercées au Canada ou à la fourniture de locaux, d'installations ou de matériel pour exercer des activités de RS & DE au Canada. Le paragraphe 2900(2) du *Règlement de l'impôt sur le revenu*[10] décrit les trois catégories de dépenses courantes considérées comme directement attribuables **à l'exercice** d'activités de RS & DE, tandis que le paragraphe 2900(3) R.I.R. décrit les deux catégories de dépenses courantes considérées comme attribuables **à la fourniture de locaux, d'installations ou de matériel pour exercer** des activités de RS & DE. Nous nous attarderons uniquement aux dépenses attribuables à des activités de RS & DE selon le paragraphe 2900(2) R.I.R.

1.2.1. Matériaux

L'alinéa 2900(2)a) R.I.R. permet une déduction pour le coût des matériaux consommés ou transformés. Comme la méthode de remplacement nous offre la même déduction, cet alinéa ne fera pas partie de notre analyse.

1.2.2. Salaires

L'alinéa 2900(2)b) R.I.R. permet une déduction pour la partie du montant engagé pour le salaire de l'employé qui entreprend, supervise ou soutient directement les activités de RS & DE. Nous ferons référence à ces salaires comme **salaire méthode traditionnelle**.

1.2.3. Dépenses directement liées et supplémentaires

Les dépenses courantes faisant l'objet d'une demande de déduction en vertu de l'alinéa 2900(2)c) R.I.R. doivent satisfaire à deux critères pour être considérées comme directement attribuables à des activités de RS & DE. Ces dépenses :

1) doivent être directement liées à ces activités, et

2) n'auraient pas été engagées si la RS & DE n'avait pas été exercée.

L'ARC utilise le terme **coûts supplémentaires** pour désigner les dépenses qui n'auraient pas été engagées. Une autre interprétation voudrait qu'on tienne compte des dépenses nécessaires pour exercer les activités de RS & DE. Pour l'instant, nous verrons les problématiques fréquentes dans un

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

contexte de coûts supplémentaires et nous reviendrons sur cette autre interprétation plus loin.

On fait souvent référence à ces dépenses comme étant des **frais généraux**. Cependant, l'alinéa 2900(2)c) R.I.R. englobe beaucoup plus que les frais généraux. Par conséquent, dans le but de ne pas confondre les frais généraux (une expression comptable) avec les dépenses décrites à l'alinéa 2900(2)c) R.I.R., nous y ferons référence comme étant des dépenses directement liées et supplémentaires (ci-après « DLES »).

2. DIVERSES OPTIONS POSSIBLES POUR RÉCLAMER UNE DÉPENSE ADMISSIBLE

Il peut être possible de réclamer une dépense en vertu de plusieurs dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Dans l'affaire *Consoltex Inc.* c. *La Reine*[11], le juge Bowman a passé en revue les diverses dispositions qui permettaient au contribuable de réclamer le fil comme matière première utilisée dans une expérimentation dans un contexte commercial, le produit fini (le tissu) ayant été vendu. Pour l'année d'imposition en question, l'alinéa 2900(2)a) R.I.R. ne permettait de réclamer que les matériaux consommés[12]. Ayant antérieurement noté qu'il était juste de croire que la dépense engagée pour les matériaux pouvait être admissible comme dépense engagée en totalité ou presque pour l'exercice d'activités de RS & DE [13], le tribunal a déclaré ce qui suit :

> « (Traduction libre) Je crois qu'affirmer que le fil qui a été changé en produit vendu a été "consommé" serait une interprétation exagérée du mot "consommé". C'est précisément parce qu'il n'a pas été consommé, mais vendu, que l'affaire se retrouve devant ce tribunal. Le fil est un matériau qui n'est pas consommé au sens de l'alinéa 2900(2)a) du Règlement. Est-ce à dire que le fil est exclu de l'alinéa 2900(2)c) du Règlement, en tenant pour acquis que l'alinéa a) traite des matériaux, et que le coût des matériaux considéré comme une dépense de RS & DE doit forcément être visé par l'alinéa a)? À mon avis, une telle conclusion ne tient pas sur le plan de l'interprétation législative. Le coût du fil est directement lié à l'exercice d'activités de RS & DE et n'aurait pas été engagé si de telles activités n'avaient pas été exercées.

---

11 97 D.T.C. 724 (C.C.I.) (ci-après « *Consoltex* »).

12 La sous-division 37(8)a)(ii)(B)(V) L.I.R. a été modifiée pour permettre les coûts des matériaux consommés ou transformés engagés après le 23 février 1998.

13 À ce moment, selon la division 37(7)c)(ii)(A) L.I.R.

> Par conséquent, je suis d'avis que le coût du fil utilisé dans les activités de RS & DE satisfait à la fois à la division 37(7)c)(ii)(A) de la *Loi* et à l'alinéa 2900(2)c) du Règlement[14]. »

Il faut donc bien comprendre la nature des activités et des dépenses afférentes et préciser la ou les dispositions de l'article 37 L.I.R. pouvant donner droit à une déduction. Par exemple, en méthode traditionnelle, une dépense de main-d'œuvre pourrait être déductible selon :

- l'alinéa 2900(2)b) R.I.R., à titre de salaire de l'employé qui entreprend, supervise ou soutient directement la RS & DE;
- l'alinéa 2900(2)c) R.I.R., à titre de dépense DLES.

3. CATÉGORIES DE DÉPENSES DE MAIN-D'ŒUVRE SUR LE FORMULAIRE T661

Le Formulaire T661 nous offre, aux lignes indiquées, les catégories de dépenses suivantes :

- 300 : Salaires des employés exerçant directement des activités de RS & DE (sauf pour employés déterminés);
- 305 : Salaires des employés déterminés exerçant directement des activités de RS & DE;
- 360 : Frais généraux et autres dépenses.

Le tableau 2.1 du guide pour remplir le Formulaire T661[15] publié par l'ARC catégorise plusieurs exemples de fonctions en trois colonnes :

- employés exerçant directement des travaux de RS & DE;
- frais généraux et autres dépenses;
- pas une dépense de RS & DE.

---

14 *Consoltex*, précité, note 11, 735.

15 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit*., note 9.

Selon le Formulaire T661, un contribuable qui choisit la méthode traditionnelle se doit de séparer la main-d'œuvre qui s'occupe directement des activités de RS & DE de la main-d'œuvre déductible selon l'alinéa 2900(2)b) R.I.R., soit la main-d'œuvre qui entreprend, supervise ou soutient directement les activités de RS & DE. La séparation des **tâches engagées directement** de celles **entreprises directement**, **en supervision directe** ou **en soutien direct** à la RS & DE n'apporte rien de plus à la détermination des dépenses déductibles pour un contribuable qui a choisi la méthode traditionnelle.

Retenons un exemple de la section 2.1 du guide, soit « administration de contrats de RS & DE (contribution technique seulement) » que l'ARC a libellé « frais généraux et autres dépenses ». Un examen approfondi des activités entreprises pourrait nous amener à conclure que la contribution technique consiste en des activités qui soutiennent directement la RS & DE et que la contribution non technique vise des dépenses de salaire supplémentaires directement liées à la RS & DE.

Le regroupement des dépenses DLES (autres qu'engagées directement) avec tous les autres salaires déductibles selon la méthode traditionnelle pourrait porter à confusion quant à la disposition sur laquelle le contribuable se fonde pour la déduction des salaires et déterminer les critères applicables. Une ligne distincte pour les dépenses de salaires selon l'alinéa 2900(2)b) R.I.R. pourrait simplifier la tâche des contribuables qui choisissent la méthode traditionnelle, et, par le fait même, éliminer une certaine confusion lors de la vérification des demandes par l'ARC.

Bien que le Formulaire RD-222 de Revenu Québec comporte une colonne pour la méthode traditionnelle et une pour la méthode de remplacement, il faut aussi y indiquer la ségrégation des dépenses des salaires des employés qui **exercent directement** des activités de RS & DE des **salaires de soutien**.

4. SOUTIEN, SOUTIEN OU SOUTIEN

Le mot « soutien » est utilisé très souvent en RS & DE pour désigner de nombreuses activités différentes. Une telle utilisation entraîne une certaine confusion.

4.1. TRAVAIL DE SOUTIEN

On trouve dans la définition de la RS & DE à l'alinéa 248(1)d) L.I.R. huit catégories de travail. Le travail de ces huit catégories est considéré

comme de la RS & DE lorsque le travail **soutient** directement le travail décrit aux alinéas a), b) et c) de cette même définition. Le travail décrit à l'alinéa 248(1)d) L.I.R. est souvent désigné « travail de soutien ». Nous désignerons ce type de travail « travaux-D ».

4.2. TRAVAIL DE SOUTIEN

L'alinéa 2900(2)b) R.I.R. accorde une déduction pour le traitement ou le salaire d'un employé qui entreprend, supervise ou **soutient** directement des travaux de RS & DE, soit un **salaire méthode traditionnelle**.

Dans sa *Politique d'application* 96-06, l'ARC énonce ce qui suit : « Le mot "entreprendre" signifie que l'employé exerce des activités d'expérimentation ou d'analyse et d'autres activités connexes pour des travaux de RS & DE des genres décrits aux alinéas 2900(1)a) to d) du Règlement[16]. »

Par conséquent, les employés affectés à des travaux-D sont considérés comme exerçant directement des activités de RS & DE. Il s'agit d'une bonne interprétation puisque les travaux-D sont par définition de la RS & DE.

Dans la même *Politique d'application*, l'ARC déclare également ceci : « Le mot "soutien" signifie que l'employé accomplit un travail d'un genre décrit à l'alinéa 2900(1)d) du Règlement ou un autre travail technique, pourvu que ce travail soutienne directement la RS & DE[17]. »

Bien qu'il semble y avoir un manque de cohérence entre ces deux énoncés (les travaux-D sont entrepris directement et ils soutiennent aussi directement), nous avons déjà conclu que de multiples dispositions peuvent s'appliquer pour les mêmes travaux. Les travaux-D sont des travaux de RS & DE entrepris directement et pourraient aussi être admissibles comme travaux qui soutiennent la RS & DE.

Quant aux demandes en vertu de la méthode traditionnelle, cette distinction n'aura pas d'incidence sur le solde des dépenses de RS & DE. Cependant, pour déterminer les activités exercées par un employé en vertu de la méthode de remplacement (directement engagées), nous ne devons pas confondre les travaux-D et d'autres travaux qui soutiennent la RS & DE. Le

---

16 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 8. La définition d'« activités de recherche scientifique et développement expérimental » donnée précédemment à l'alinéa 2900(1)d) R.I.R. se retrouve au paragraphe 248(1) L.I.R.

17 *Id.*

traitement ou le salaire versé à un employé pour d'autres travaux de soutien pourrait être admissible en vertu de la méthode traditionnelle, mais non comme employé exerçant directement de la RS & DE en vertu de la méthode de remplacement.

Pour plus de clarté, lorsque nous faisons référence au « **travail de soutien** » dans le présent texte, nous faisons référence aux travaux de soutien autres que les travaux-D.

4.3. FRAIS DE SOUTIEN

L'alinéa 2900(2)c) R.I.R. traite des « autres dépenses ». Il est possible de réclamer de nombreux frais généraux en vertu de l'alinéa 2900(2)c) R.I.R. Ces dépenses sont souvent désignées « frais de soutien » ou simplement « soutien ». Se reporter à la section 1.2.3. du présent texte pour une discussion de cette disposition, et où nous les définissons également comme dépenses DLES.

4.4. SOUTIEN EN SOUTIEN

Nous entendons aussi l'expression « soutien en soutien », qui sert à décrire une dépense pour du travail directement lié à la RS & DE autre que le salaire de base. Par exemple, les avantages sociaux d'un employé liés au salaire d'un recruteur d'un service des ressources humaines (embauchant un employé qui effectuera de la RS & DE) sont généralement rejetés à l'examen des demandes parce qu'ils représentent des dépenses de soutien en soutien. Nous en discuterons plus loin.

5. COMPTABILITÉ *VERSUS* FISCALITÉ – SALAIRES DIRECTS ET INDIRECTS

La question peut-être la plus importante qui entraîne de longues vérifications des demandes est l'absence de distinction entre les catégories de dépenses à des fins comptables par rapport à des fins fiscales. Examinons maintenant les dépenses de main-d'œuvre telles qu'elles sont classées par catégorie aux fins comptables et comment demander la déduction de ces dépenses en vertu de l'article 37 L.I.R. à titre de dépenses de RS & DE déductibles.

Les contribuables qui ne font pas le suivi des frais de main-d'œuvre par projet ont tendance à bien attribuer les salaires des activités de RS & DE, après certaines considérations, aux employés qui exercent directement ces activités, lorsqu'ils choisissent d'utiliser la méthode de remplacement, et aux

employés qui entreprennent, supervisent ou soutiennent directement de telles activités, lorsqu'ils choisissent la méthode traditionnelle.

Certaines entreprises font le suivi des coûts d'un projet au moyen d'un système de « feuilles de temps ». Les heures de travail effectuées par des « employés directs » sont imputées au projet (main-d'œuvre directe) ou aux comptes des frais généraux, selon les tâches accomplies. Les « employés indirects » imputent leurs heures de travail uniquement aux comptes des frais généraux ou ils ne préparent pas de feuilles de temps (auquel cas le système comptable inscrit en règle générale les heures de travail de ces derniers dans les comptes de frais généraux). Voici quelques-uns des problèmes qui se présentent lorsque des classements comptables sont utilisés à des fins fiscales.

5.1. MAIN-D'ŒUVRE DIRECTE À DES FINS COMPTABLES

Ce qui peut être considéré comme de la « main-d'œuvre directe » à des fins comptables ne signifie pas nécessairement le « travail d'un employé qui exerce directement ces activités ». Il y a beaucoup de latitude aux fins de comptabilité de gestion quant aux fonctions qu'une entreprise peut considérer comme de la main-d'œuvre directe. Un administrateur de contrats affecté à un portefeuille de contrats pourrait imputer ses heures de travail directement aux codes de projet attribués aux contrats, et ce, pour des contributions techniques et non techniques. Dans certaines entreprises, on voit même le personnel de soutien administratif affecté à un projet spécifique imputer leurs heures de travail au projet.

Lorsque la méthode de remplacement est choisie, les dépenses de la main-d'œuvre directe devront être examinées afin d'assurer que toutes les dépenses de main-d'œuvre visées par la demande répondent au critère de la main-d'œuvre au titre de cette méthode (les employés exercent directement de la RS & DE).

Lorsque la méthode traditionnelle est choisie, il convient de faire le même exercice, même si l'étendue de la main-d'œuvre admissible est beaucoup plus vaste et que, généralement, les dépenses de main-d'œuvre seraient imputables, en toute logique, comme dépenses de main-d'œuvre directe qui entreprend, supervise ou soutient directement des activités de RS & DE (en supposant que tous les travaux effectués dans le cadre du projet répondent à la définition de RS & DE). Néanmoins, si l'on veut respecter les catégories des dépenses du Formulaire T661, on devra faire l'analyse des heures de travail imputées au projet pour en extraire les salaires des employés qui s'occupent directement des activités de RS & DE.

5.2. MAIN-D'ŒUVRE INDIRECTE À DES FINS COMPTABLES

Les contribuables qui utilisent un système de comptabilité par projet doivent aussi passer en revue les comptes de main-d'œuvre indirecte pour y relever toute dépense de main-d'œuvre admissible. Généralement, cet exercice est fait lorsque la méthode traditionnelle a été choisie, mais il est souvent oublié par les contribuables qui ont choisi la méthode de remplacement. Le manque de CII pourrait être très important.

Par exemple, il est généralement reconnu que les employés de premier niveau de supervision répondront bien souvent au critère d'admissibilité pour la main-d'œuvre exerçant directement des activités de RS & DE. Le superviseur n'impute peut-être pas ses heures de travail directement au projet. Il faudra donc recourir à d'autres méthodes pour déterminer les salaires admissibles[18].

Mentionnons, parmi les activités souvent omises des demandes de RS & DE, les activités exercées par des services qui sont considérés comme **indirects** par certaines entreprises (ces heures de travail ne sont donc pas imputées directement au projet). Par exemple, on retrouve souvent :

- certains travaux scientifiques pouvant être entrepris par le service des achats, surtout si ce service compte des ingénieurs qui font des recherches sur les enjeux d'équivalence des composantes;

- l'essai des matériaux qui seront consommés ou transformés en RS & DE, lequel tombe souvent sous la responsabilité du service d'assurance de la qualité;

- la calibration des équipements de recherche souvent effectuée par le service d'assurance de qualité.

6. ÉCART DE SALAIRE MÉTHODE TRADITIONNELLE *VERSUS* MÉTHODE DE REMPLACEMENT

Le législateur utilise l'expression « un employé exerçant directement des activités »[19] de RS & DE comme critère pour qu'un salaire soit

---

18 Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Attribution des dépenses de main-d'œuvre à la RS & DE*, 9 juillet 2004.

19 S.-div. 37(8)a)(ii)(B)(IV) L.I.R.

admissible en vertu de la méthode de remplacement, ce qui contraste avec l'expression « un employé entreprend, supervise ou soutient directement »[20], le critère pour les **salaires méthode traditionnelle**.

Les autorités fiscales du Québec exigent souvent les détails de la demande de RS & DE fédérale ainsi qu'un rapprochement des salaires de RS & DE du Formulaire T661 sur les Formulaires RD222 et 1029.7.

Certains vérificateurs de Revenu Québec suggèrent que les salaires méthode traditionnelle ne devraient pas dépasser plus de 15 % ou 25 % des salaires méthode de remplacement. Nous n'avons trouvé aucune justification du seuil de 15 % ou 25 % comme estimation raisonnable pouvant s'appliquer de façon générale. On peut comprendre qu'un pourcentage d'écart puisse être utilisé comme mesure pour évaluer le risque afin de déterminer si un examen détaillé d'une demande est à recommander et s'il pourrait entraîner une revue plus approfondie de la demande de RS & DE. Toutefois, un écart qui dépasse celui que l'examinateur financier choisit pour son analyse de risque ne devrait pas amener un rajustement de la demande du contribuable sans comprendre les facteurs principaux influant sur l'écart. Les contribuables ne devraient d'aucune façon percevoir cet écart comme une limite maximale pour leur demande.

Mentionnons, parmi les facteurs qui influent sur le ratio de l'écart entre les salaires méthode de remplacement et les salaires méthode traditionnelle :

- le secteur d'activité;
- la nature du projet (est-ce que le projet exige davantage de soutien que d'autres projets?);
- le fonctionnement de l'entreprise, la gestion du projet.

L'une des raisons d'un tel écart important pourrait être l'utilisation incorrecte de main-d'œuvre directe à des fins comptables comme substitut pour les salaires méthode de remplacement (employés exerçant directement les activités). Les traitements et salaires non constatés à titre de salaires méthode de remplacement sous-estiment les dépenses de RS & DE dans les demandes présentées en vertu de la méthode de remplacement (ce qui entraîne une perte de crédits d'impôt) et augmentent l'écart entre les salaires méthode de remplacement et les salaires méthode traditionnelle.

---

[20] Al. 2900(2)b) R.I.R.

7. DÉPENSES DIRECTEMENT LIÉES

La *Politique d'application* RS & DE 2002-01[21] discute du sens de l'expression « directement lié » et s'appuie sur la définition du dictionnaire de « directement » : d'une manière directe; en droite ligne; sans détour. L'exemple donné dans la *Politique d'application* est celle d'un gestionnaire de personnel qui relève d'un vice-président (ci-après « VP »). Comme le gestionnaire de personnel a des contacts directs avec le personnel de RS & DE pendant le processus de recrutement, cette partie des dépenses du gestionnaire de personnel est directement liée à la RS & DE. Puisque le gestionnaire de personnel se trouve entre le personnel de RS & DE et le VP, les dépenses du VP ne sont pas directement liées à la RS & DE.

L'ARC indique également que, pour déterminer ce qui constitue des dépenses admissibles, « il est nécessaire d'examiner les tâches exercées par l'employé ». L'ARC donne la liste suivante des « tâches/divisions » comme exemples de dépenses directement liées :

- Financement de la RS & DE (est « directement liée » si les fonds sont utilisés pour exercer des activités de RS & DE)

- Évaluation, recrutement et embauche du personnel RS & DE

- Mise en œuvre du volet technique et du contrôle des projets scientifiques, définition des projets futurs de RS & DE, supervision du groupe RS & DE, sélection/évaluation des projets de RS & DE. Ces tâches sont habituellement exercées par un VP Technologie

- Évaluation de la faisabilité technique d'un produit et les efforts RS & DE potentiels et les coûts impliqués

- Planification technologique de projets de RS & DE en cours (affectation de personnel technologique, priorité des travaux, élaboration des stratégies technologiques, qualité des matériaux à utiliser)

---

[21] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Politique d'application* 02-01, « Dépenses engagées pour les traitements ou salaires administratifs - test "directement liées" », 12 mars 2002.

- Le travail du personnel de soutien clérical pour les tâches directement liées à la paye, aux achats et la comptabilité[22].

Il n'y a généralement pas trop de controverse quant au lien direct entre la tâche et la RS & DE. Par contre, le lien entre la dépense et la RS & DE semble causer des difficultés particulières.

Une approche consiste à déterminer la dépense relative à la tâche qui a un lien direct avec la RS & DE. Reprenons l'exemple du gestionnaire de personnel qui recrute un employé qui entreprendra directement des activités de RS & DE. La dépense se rapportant à cette tâche se compose du salaire, des avantages sociaux et de plusieurs autres dépenses de frais généraux. On devra donc attribuer aux tâches qui ont un lien direct avec la RS & DE une portion raisonnable de ces dépenses.

L'ARC applique de façon générale une vue beaucoup plus restrictive. Le contribuable se voit rejeter toutes dépenses autres que le salaire parce que ces autres dépenses sont du soutien en soutien (voir section 4.4.), c'est-à-dire des dépenses qui n'ont pas de lien direct avec les activités de RS & DE.

À la fin de l'examen du dossier, le contribuable se voit discuter l'écart des CII résultant de l'interprétation restrictive de l'ARC dans le but d'en arriver à une solution acceptable auprès du contribuable et de l'ARC, sans toutefois en arriver à une entente particulière à ce sujet. Il y a très peu de jurisprudence en RS & DE, et rien qui semble porter sur cette question précise.

8. DÉPENSES SUPPLÉMENTAIRES

L'alinéa 2900(2)c) R.I.R. a été modifié pour les années d'imposition terminées après le 2 décembre 1992 dans le but de reconnaître qu'une partie d'une dépense peut être admissible. On peut lire dans les *Notes techniques* publiées par le ministère des Finances :

> « (Traduction libre) […] les alinéas 2900(2)c) et 2900(3)b) du Règlement sont modifiés pour permettre qu'une partie d'une dépense soit prise en compte à titre de RS & DE lorsque la partie de la dépense est directement liée à l'exercice d'activités de RS & DE ou à la fourniture de locaux, d'installations ou de matériel pour exercer de telles activités, et que la partie de cette dépense aurait

[22] *Id.*

été engagée uniquement pour l'exercice de ces activités ou l'existence de ces locaux, installations ou matériel[23]. »

Il faut faire preuve de jugement dans le contexte à l'étude pour déterminer si une dépense aurait été ou non engagée s'il n'y avait pas eu d'activités de RS & DE. La meilleure façon de l'expliquer est au moyen d'exemples.

8.1. EXEMPLE 1 : UN CRAYON UTILISÉ UNIQUEMENT POUR DOCUMENTER DES NOTES DE RECHERCHE

Le crayon est utilisé exclusivement pour des activités de RS & DE. Par conséquent, il serait permis de demander la déduction du coût de ce crayon acheté dans le seul but de documenter les notes de recherche (en supposant qu'il s'agit de recherche dans le cadre d'activités de RS & DE).

Si une boîte de 100 crayons est achetée et que 30 crayons sont utilisés exclusivement pour des activités de RS & DE, serait-il possible de demander une déduction de 30 % du coût de la boîte de crayons? Qu'est-ce qui constitue la dépense? Le crayon, la boîte de crayons ou l'ensemble des frais de papeterie pour l'année? La modification apportée à l'alinéa 2900(2)c) R.I.R. en décembre 1992 élimine la nécessité de débattre cette question, puisqu'elle suggère qu'une partie d'une dépense peut être supplémentaire et demandée à titre de déduction en vertu du *Règlement de l'impôt sur le revenu*. La détermination du concept de coût supplémentaire est relativement simple lorsque nous examinons les coûts variables, c'est-à-dire les dépenses qui augmentent proportionnellement avec le volume de travail.

8.2. EXEMPLE 2 : UN COMMIS COMPTABLE QUI FAIT LE TRAITEMENT DES OPÉRATIONS, DONT CERTAINES PORTENT SUR DES DÉPENSES DE RS & DE

Par contre, le concept de coûts supplémentaires est un peu plus complexe lorsqu'il est question de coûts fixes. Pour comprendre ce concept en pareilles situations, nous devons réexaminer le concept des coûts fixes. En réalité, une entreprise a bien peu de frais réellement fixes. Les coûts sont variables ou semi-variables. Un coût semi-variable est stable pour un certain niveau de production et augmente par étapes lorsque la production dépasse un certain niveau.

---

[23] CANADA, ministère des Finances, *Notes techniques*, 30 juin 1994.

Par exemple, une personne peut être l'unique employé lors du démarrage d'une entreprise. Supposons que la RS & DE représente 10 % de la charge de travail de l'employé. Lorsque cet employé effectue des tâches administratives, comme le paiement des factures des fournisseurs pour l'achat de matériaux consommés dans des activités de RS & DE, il pourra être difficile de démontrer que la dépense aurait été moindre s'il n'y avait pas eu de RS & DE. Pendant la croissance de l'entreprise, cette dernière embauchera d'autres employés, et le moment de l'embauche sera influencé par la charge de travail des autres employés, y compris les 10 % de RS & DE de notre exemple. Par conséquent, ce qui est généralement considéré comme étant des coûts fixes, mais qui est en réalité des coûts semi-variables, peut augmenter progressivement en raison de la RS & DE. Dans une grande entreprise, les activités liées à la RS & DE peuvent être réparties entre diverses personnes. Le commis aux comptes créditeurs, le commis au service de la paie, les acheteurs et de nombreux autres employés pourraient tous traiter des opérations liées à la RS & DE, mais leur travail ne se limitera généralement pas au traitement de ces opérations. Il serait logique de supposer que, dans une équipe de 10 employés, si la RS & DE représente en moyenne 10 % des opérations, l'équipe pourrait être réduite à 9 employés s'il n'y avait pas de RS & DE. Il ne faut pas oublier qu'en période de démarrage d'entreprise une seule personne accomplit bien souvent toutes les tâches. En tenant compte de tous les scénarios possibles pour bâtir une équipe d'employés à temps plein et à temps partiel pour effectuer du travail lié à la RS & DE, le critère de création d'emplois additionnels devrait souvent se résumer à déterminer une répartition raisonnable des dépenses. On doit aussi tenir compte des options qui s'offrent quant à l'embauche de personnel à temps partiel pour déterminer ce qui constitue une dépense supplémentaire.

Donc, une approche raisonnable pour déterminer ce qui constitue une dépense supplémentaire consiste à adopter le point de vue du gestionnaire qui établit un budget annuel en fonction de deux hypothèses : 1) avec RS & DE et 2) sans RS & DE. Est-ce que l'entreprise aurait un service de comptabilité, de ressources humaines, d'entretien et de soutien de même envergure?

De même que la question des dépenses directement liées à la RS & DE, le contribuable se retrouve souvent à consacrer un temps considérable à discuter de ce qui constitue une dépense supplémentaire lors de l'examen d'une demande. Si l'on examine dans les moindres détails chaque élément de dépense pour déterminer ce qui constitue une dépense supplémentaire, on peut facilement atteindre un résultat qui ne reflète pas la réalité économique des décisions que prendraient les administrateurs.

Le contexte réel de plusieurs entreprises sera que la dépense qui n'est pas engagée si la RS & DE n'est pas exercée se rapprochera beaucoup de la dépense nécessaire pour accomplir la tâche qui a un lien direct avec la RS & DE, interprétation qui nous semble bien refléter un programme d'encouragement aux activités de RS & DE qui veut reconnaître le coût de celle-ci.

9. MÉTHODE DE REMPLACEMENT OU MÉTHODE TRADITIONNELLE?

La méthode de remplacement n'est pas nécessairement la plus facile. En plus du calcul des salaires et du montant de remplacement, plusieurs facteurs doivent être pris en considération. En voici quelques exemples.

9.1. L'EXAMEN DES DÉPENSES DE SALAIRES

Plusieurs facteurs influenceront la décision de l'examinateur scientifique de l'ARC quant à l'étendue de son examen des activités que le contribuable présente comme travaux des employés qui s'occupent directement de la RS & DE. La détermination de ce que constitue de tels travaux est une question de fait et de jugement. Cet examen pourrait être très détaillé, voire très difficile. Un facteur sous le contrôle du contribuable qui pourrait atténuer ce problème serait de s'assurer que la différence entre salaire direct aux fins comptables et dépense de salaire des employés qui s'occupent directement des activités de RS & DE est bien comprise.

Comme nous le décrivons à la section 4. du présent texte, il pourrait y avoir beaucoup plus de travail pour revoir les salaires directement imputés au projet si la méthode de remplacement est choisie. Il faut comparer le temps nécessaire pour accomplir la tâche en question au temps nécessaire pour revoir le détail des autres dépenses (dépenses admissibles selon l'alinéa 2900(2)c) R.I.R. – DLES), soit la préparation de la demande, soit la vérification de la demande.

9.2. LES DÉPENSES DE SOUS-TRAITANTS

Lors du colloque du 16 mars 2006, l'ARC a publié une interprétation[24] qui pourrait limiter de façon significative les dépenses admissibles selon la

---

[24] Lucie BÉLANGER et Michel LEFEBVRE, « Le contribuable, l'employé, l'entrepreneur, le sous-traitant et l'employé d'agence », dans *Colloque – Le point sur les sujets chauds en RS & DE*, 158, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2006, pp. 7:1-21.

sous-division 37(8)a)(ii)(B)(II) L.I.R., soit les dépenses de sous-traitants lorsque le contribuable choisit la méthode de remplacement[25]. Nous ne sommes pas d'accord avec cette interprétation de l'ARC[26].

Dans le choix de la méthode, nous recommandons aux contribuables qui veulent prendre une position autre que celle de l'ARC, en particulier à ce sujet, de tenir compte des montants de CII en cause, du temps et des dépenses engagées pour la vérification et des étapes en appel, ainsi que de l'incertitude du résultat final devant les tribunaux lorsque les montants en cause justifient un tel effort.

9.3. EST-CE DU SOUTIEN, DU SOUTIEN OU DU SOUTIEN?

L'ARC pourrait ne pas partager l'opinion du contribuable quant au classement de certaines activités comme travaux-D. Si le contribuable a choisi la méthode traditionnelle, les dépenses relatives à ces activités pourraient bien être reconnues comme dépenses admissibles à titre de salaire d'un employé qui soutient les activités de RS & DE selon l'alinéa 2900(2)b) R.I.R. ou de DLES selon l'alinéa 2900(2)c) R.I.R. Une fois de plus, si la méthode de remplacement est choisie, il faudra prendre en considération le temps requis et les dépenses engagées pour la vérification et, vraisemblablement, pour un appel, ainsi que le risque que la position de l'ARC prévale.

9.4. LES DÉPENSES DIRECTEMENT LIÉES ET SUPPLÉMENTAIRES

Les difficultés à l'examen des DLES sont à la base de la mise en place de la méthode de remplacement. Les tribunaux ne se sont pas prononcés sur l'interprétation de dépenses directement liées à des activités de RS & DE et qui n'auraient pas été engagées si la RS & DE n'avait pas été exercée. Les interprétations de l'ARC sont très restrictives.

Plusieurs contribuables ont l'impression qu'il est trop coûteux de faire prévaloir son plein droit aux CII selon la méthode traditionnelle d'après des expériences d'examen de demandes difficiles. On se doit encore de prendre en considération les montants de CII en cause, le temps requis et les dépenses engagées pour la vérification, la possibilité d'une entente

---

25 *Id.*, ainsi que Lucie BÉLANGER, « Palmarès des sujets chauds en RS & DE (Partie C) », dans *Congrès 2006*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2007, pp. 33:1-92, aux pages 33:51-74.

26 Cette question est un sujet en soi qui continue d'être discuté lors de ce congrès et ailleurs.

acceptable avec l'ARC, sinon la probabilité de succès pour toutes les autres étapes en appel.

CONCLUSION

Pour faire le bon choix entre la méthode de remplacement et la méthode traditionnelle, il faut bien comprendre les articles de la loi et les écarts potentiels résultant d'interprétations différentes.

La détermination des fonctions qui constituent celles d'un employé qui s'occupe directement de la RS & DE demande un travail détaillé et comporte souvent une certaine subjectivité. Il en va de même de la détermination de ce qui constitue un coût supplémentaire.

Pour que le programme de RS & DE demeure un programme incitatif, il faut que le niveau de détail exigé soit raisonnable et que les interprétations soient raisonnables et appliquées de façon uniforme. Lorsqu'il y a désaccord sur les interprétations, il est généralement préférable de déterminer l'écart total entre la position de l'ARC ou de Revenu Québec et celle du contribuable, plutôt que s'acharner sur chaque question en litige. Si après discussions on ne trouve pas de solution acceptable et que le contribuable désire appeler de la décision de l'ARC ou de Revenu Québec, il faut bien comprendre les enjeux de chaque question qui sera portée en appel.

Donc, le choix entre la méthode de remplacement et la méthode traditionnelle exige qu'on tienne compte des crédits d'impôt à la RS & DE potentiels, du travail exigé pour la préparation des demandes et du travail nécessaire pour la défense des demandes. La méthode de remplacement n'est pas toujours la solution la plus simple.

PARTIE B
RS & DE : Regards sur le Québec

Albert G. De Luca, CA
Samson Bélair/Deloitte & Touche s.e.n.c.r.l.

INTRODUCTION*

Afin de permettre à leurs entreprises d'être compétitives et innovantes, les gouvernements de la plupart des pays industrialisés offrent des mesures fiscales favorables pour les appuyer dans leurs activités de recherche scientifique et de développement expérimental[1].

Sans être une analyse exhaustive et détaillée des régimes fiscaux pour la R & D offerts par le gouvernement fédéral et celui du Québec ni des régimes fiscaux offerts par certaines des principales économies industrialisées, le présent texte propose quelques regards ou observations relativement aux crédits pour la R & D du Québec.

1. RAPPEL DES INCITATIFS FISCAUX POUR LA R & D AU NIVEAU FÉDÉRAL ET AU NIVEAU DU QUÉBEC

Pour mettre en perspective les régimes fiscaux pour la R & D, il est utile de rappeler certains principes propres aux régimes fédéral et du Québec. Ainsi, aux fins fédérale et québécoise, ce sont respectivement la *Loi de l'impôt sur le revenu*[2] et la *Loi sur les impôts*[3] qui définissent les paramètres des régimes fiscaux pour la R & D. De façon générale, seules les activités de R & D menées au Canada sont admissibles[4]. À cet effet, les travaux

---

* L'auteur tient à remercier M^e^ Yan Boyer, LL.B., M. Fisc., de sa collaboration à la rédaction du présent texte.

1 Afin d'alléger le texte, nous utiliserons l'abréviation « R & D » bien qu'elle puisse être plus générique que l'abréviation « RS & DE », qui est utilisée à l'égard de l'expression « recherche scientifique et développement expérimental », laquelle est généralement l'abréviation courante dans les législations fiscales fédérale et du Québec.

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

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

4 Nous renvoyons le lecteur aux affaires *Tigney* c. *La Reine*, 2000 D.T.C. 6112 (C.A.F.), et *LGL Ltd.* c. *La Reine*, 2000 D.T.C. 6108 (C.A.F.). Par ailleurs, notons que, depuis la présentation du Budget fédéral du 22 février 2005, les limites

(à suivre…)

admissibles peuvent être entrepris directement par le contribuable ou pour son compte par un tiers.

1.1. LES DÉPENSES ADMISSIBLES AU NIVEAU FÉDÉRAL

Aux fins fédérale et québécoise, les dépenses admissibles relatives aux activités de R & D entreprises au Canada incluent généralement les salaires et traitements des employés exerçant des activités de R & D, les sous-traitants de R & D, les paiements faits à des tiers (universités, entités agréées, et autres), le matériel (consommé ou transformé), certains frais généraux, les équipements loués, de même que les dépenses en capital[5].

Compte tenu du fait qu'il peut parfois s'avérer difficile de déterminer quels sont les frais généraux admissibles aux fins du crédit d'impôt à l'investissement (ci-après « CII »), la *Loi de l'impôt sur le revenu* permet aux contribuables de choisir la méthode de remplacement. Cette méthode permet aux contribuables d'inclure, à titre de frais généraux, un montant de remplacement équivalant à 65 % des salaires versés aux employés qui exercent directement des activités de R & D, au lieu des frais généraux réellement engagés[6] aux fins du calcul des crédits d'impôt pour la R & D.

1.2. AVANTAGES FISCAUX AU NIVEAU FÉDÉRAL

Le programme fédéral de R & D offre aux contribuables la possibilité de déduire les dépenses pour la R & D de nature courante ou de nature capital dans l'année où elles ont été engagées ou encore de reporter ces dépenses indéfiniment dans le futur afin de réduire leur charge fiscale. Ces possibilités existent également au niveau du Québec.

(…suite)
territoriales canadiennes ont été élargies afin d'inclure les activités de R & D réalisées dans la zone économique exclusive (ci-après « ZEE ») du Canada, soit la région qui s'étend jusqu'à 200 milles marins des côtes. Cette mesure figure au paragraphe 37(1.3) L.I.R. et s'applique aux dépenses engagées après le 22 février 2005.

5 Aux fins de la R & D, la dépense engagée pour l'acquisition d'un équipement ou d'un bien de nature capital sera admissible si, au moment où la dépense est engagée, l'équipement ou le bien est censé être utilisé pendant la totalité ou presque de son temps d'exploitation au cours de sa vie utile prévue dans le cadre d'activités de R & D exercées au Canada ou si la totalité ou presque de sa valeur est censée être consommée dans le cadre de telles activités.

6 Les frais généraux remplacés par le montant de remplacement demeurent par ailleurs déductibles aux fins fiscales.

Les contribuables peuvent également réclamer des CII à l'égard des dépenses de R & D admissibles. Ces CII peuvent prendre la forme d'un remboursement en espèces, d'une réduction de l'impôt, ou des deux à la fois. Les CII inutilisés et non remboursés peuvent être reportés aux 3 années d'imposition précédentes ou aux 20 années d'imposition suivantes[7], en réduction de l'impôt payable pour ces années. Il y a habituellement deux catégories d'entreprises réclamant les CII relatifs à la R & D.

Premièrement, les sociétés privées sous contrôle canadien (ci-après « SPCC ») admissibles[8]. Ces sociétés peuvent généralement réclamer les CII remboursables et les CII non remboursables. Les CII gagnés au cours d'une année d'imposition réduisent l'impôt payable de l'année courante ou l'impôt payable des années d'imposition précédentes ou subséquentes (selon les périodes de report discutées ci-dessus). La partie remboursable des CII non utilisés est remboursée sous forme d'espèces. Deuxièmement, les demandeurs autres que les SPCC admissibles ne peuvent, de façon générale, réclamer que les CII non remboursables.

Quant aux taux des CII et à leur remboursement, ceux-ci varient en fonction du type d'entreprise qui exerce les activités de R & D. Ainsi, une SPCC admissible tout au long d'une année d'imposition peut réclamer un CII calculé au taux de 35 % sur un maximum de dépenses de R & D admissibles de 2 M$. Les CII gagnés sur les dépenses excédant la limite de dépenses se calculent au taux de 20 % et peuvent, dans certains cas, être remboursés en partie. Tel qu'il a été mentionné ci-dessus, toute partie non remboursée du CII au cours d'une année d'imposition peut être reportée en réduction de l'impôt payable des 3 années d'imposition précédentes ou des 20 années d'imposition subséquentes[9].

En ce qui a trait aux autres demandeurs, les CII relatifs aux dépenses de R & D admissibles sont calculés au taux de 20 % sur les dépenses admissibles de nature courante et de nature capital. Ces CII ne sont pas remboursables, mais ils peuvent être utilisés pour réduire la charge fiscale

---

7 *Loi d'exécution du budget de 2006*, L.C. 2006, c. 4, par. 75(4), qui a modifié l'alinéa c) de la définition de « crédit d'impôt à l'investissement » au paragraphe 127(9) L.I.R. afin de refléter cette nouvelle période de report. Cette modification s'applique aux années d'imposition 2006 et suivantes. Auparavant, le report prospectif était de 10 années.

8 Au sens de l'article 127.1 L.I.R.

9 *Supra*, note 7.

des années précédentes ou subséquentes selon les modalités abordées précédemment.

1.3. AVANTAGES FISCAUX AU NIVEAU DU QUÉBEC

Tel qu'il a été mentionné plus haut, le programme de R & D du Québec, tout comme celui du fédéral, offre aux contribuables la possibilité de déduire les dépenses pour la R & D de nature courante ou de nature capital dans l'année où elles ont été engagées ou encore de reporter ces dépenses indéfiniment dans le futur afin de réduire leur charge fiscale. La différence avec le programme fédéral est que le Québec offre plusieurs crédits pour la R & D, lesquels sont tous remboursables, peu importe le type de société qui le réclame.

1.3.1. Crédit d'impôt remboursable sur les salaires et traitements

Une société qui exploite une entreprise au Québec et y exerce des activités de R & D, ou qui fait exécuter de telles activités pour son compte au Québec, peut réclamer un crédit d'impôt remboursable sur les salaires et traitements payés au Québec[10]. De façon générale, les salaires et traitements admissibles correspondent à ceux versés aux employés d'un établissement de la société situé au Québec. Lorsque la société fait exécuter, par un sous-traitant avec lequel elle n'a pas de lien de dépendance, un contrat de recherche, le montant de la contrepartie donnant droit au crédit correspond à 50 % de la partie de la contrepartie versée, laquelle peut raisonnablement être attribuée aux travaux effectués par les employés d'un établissement de ce sous-traitant situé au Québec.

Pour une société sous contrôle canadien dont l'actif[11], pour son année d'imposition précédente, est inférieur à 25 M$, le taux du crédit est de 37,5 % sur la première tranche de 2 M$ de salaires et traitements admissibles versés[12]. Si l'actif d'une telle société, pour son année d'imposition précédente, excède 25 M$, le taux du crédit d'impôt sera réduit

10 Art. 1029.7 L.I.

11 Art. 1029.7.4 L.I. L'actif comprend celui du contribuable et celui de l'ensemble des sociétés qui lui sont associées, et ce, sur une base mondiale (à ce sujet, voir l'affaire *Polar Plastique Ltée* c. *SMRQ*, D.F.Q.E. 2002F-89 (C.Q.)).

12 Art. 1029.7.2 et 1029.7.7 L.I. Selon l'article 1029.7.8 L.I., cette limite de dépense peut être partagée entre les sociétés associées entre elles au cours d'une année d'imposition.

progressivement en fonction de l'augmentation des éléments d'actif. Ce taux est ramené à 17,5 % lorsque les éléments d'actif atteignent 50 M$[13]. Le taux du crédit est également de 17,5 % sur la portion excédant la limite annuelle de 2 M$ de salaires et traitements admissibles versés par une société sous contrôle canadien. Finalement, ce taux de 17,5 % est également celui devant être utilisé à l'égard des salaires et traitements admissibles versés par une société contrôlée par des non-résidents.

1.3.2. Crédit d'impôt remboursable pour la recherche universitaire

Une société exploitant une entreprise au Québec et concluant un contrat de recherche avec une entité universitaire admissible[14] peut réclamer un crédit d'impôt remboursable de 35 % sur 80 % du paiement effectué à l'entité universitaire pour de la R & D. Le taux effectif de ce crédit devient alors 28 %. Une « entité universitaire admissible » se définit généralement comme étant une université québécoise, un centre hospitalier universitaire de recherche médicale prévu par règlement et une filiale entièrement contrôlée d'un tel centre qui est constituée exclusivement pour la poursuite ou la promotion de la R & D[15].

Pour avoir droit à ce crédit d'impôt remboursable, la société doit d'abord obtenir une décision anticipée favorable du ministre de Revenu Québec à l'égard du contrat de recherche universitaire ou du contrat de recherche admissible[16]. Il est à noter que, si la décision anticipée favorable n'est pas obtenue, le montant versé à l'entité de recherche pourra tout de même donner droit au crédit d'impôt remboursable pour les salaires comme s'il s'agissait d'un simple sous-traitant.

---

13 Le taux de 37,5 % s'applique aux dépenses engagées après le 21 avril 2005 pour des travaux de R & D effectués après cette date. Par ailleurs, les dépenses engagées après le 21 avril 2005 pour des travaux effectués après le 21 avril 2005 dans le cadre d'un contrat conclu avant cette date donneront aussi droit au crédit d'impôt remboursable à un taux variant de 17,5 % à 37,5 % sur la première tranche de 2 M$ de dépenses admissibles. Il est à noter qu'entre le 12 juin 2003 et le 21 avril 2005 le taux de ce crédit d'impôt remboursable variait entre 17,5 % et 35 %. Auparavant, le taux variait entre 20 % et 40 %.

14 Ce crédit est également disponible si la recherche est effectuée par un centre de recherche public admissible ou un consortium de recherche admissible.

15 Art. 1029.8.1 L.I.

16 Art. 1029.8.9 L.I.

1.3.3. Autres crédits d'impôt remboursables disponibles

Les crédits d'impôt remboursables abordés ci-dessus sont ceux qui sont le plus fréquemment rencontrés. Il est à noter que le Québec offre également un crédit d'impôt remboursable pour les cotisations et les droits versés à un consortium de recherche, de même qu'un nouveau crédit d'impôt remboursable pour la recherche précompétitive en partenariat privé à la suite de l'abolition du crédit d'impôt remboursable pour la recherche précompétitive à l'occasion du Budget 2006-2007[17].

2. LES ÉTATS-UNIS

Au niveau fédéral, les États-Unis offrent un programme de crédit d'impôt pour la R & D. De façon générale, le régime fiscal américain pour la R & D est moins généreux que le système canadien ou québécois. Ce constat repose non seulement sur le fait qu'au Canada et au Québec il est possible de réclamer des crédits d'impôt remboursables et que l'éventail des dépenses admissibles est plus large du côté canadien (notamment au niveau fédéral), mais également sur la possibilité de pouvoir réclamer des crédits d'impôt (remboursables ou non) en fonction du volume des dépenses admissibles et non seulement en fonction de l'accroissement de celles-ci. À cet égard, il est utile de mentionner que certains États américains offrent des crédits d'impôt pour la R & D semblables au crédit fédéral américain et la plupart de ces crédits sont également déterminés en fonction de l'accroissement des dépenses de R & D[18].

En ce qui concerne les dépenses admissibles, celles-ci incluent généralement les salaires, le matériel et 65 % des paiements contractuels faits à des sous-traitants. Ce pourcentage est augmenté à 75 % dans le cas des paiements faits à certains tiers, tels les consortiums et les universités. À cet égard, le système fédéral canadien est plus généreux en ce que les dépenses admissibles incluent les salaires des employés affectés aux activités de R & D, le matériel consommé ou transformé dans l'effort de R & D, les paiements aux sous-traitants, et certains paiements faits à des tiers. Les

---

17 QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2006-2007*, *Renseignements additionnels sur les mesures du budget*, 21 avril 2005, section I, p. 66.

18 Il y a une trentaine d'États américains offrant des incitatifs fiscaux pour les activités de R & D. Plusieurs d'entre eux offrent ces incitatifs en fonction de l'accroissement des dépenses de R & D alors que quelques-uns, dont Hawaii, offrent un crédit d'impôt basé sur le volume des dépenses engagées. À noter que certains États, dont le Massachusetts, offrent les deux possibilités.

dépenses en capital sont également admissibles, sous certaines conditions, ce qui n'est pas le cas aux États-Unis. Mentionnons également que les activités de R & D admissibles doivent être entreprises sur le territoire américain.

Il est utile de mentionner que les activités de R & D relatives au développement de logiciels destinés à la vente ou à la location sont généralement admissibles alors que l'admissibilité du développement de logiciels à des fins internes est plus restrictive. Les activités entourant le développement de logiciels destinés à des fins internes seront admissibles s'ils sont innovateurs, que leur développement a représenté des risques financiers significatifs et que des produits similaires ne sont pas commercialement sur le marché.

Les taux du crédit d'impôt aux États-Unis varient selon que l'on choisit le crédit régulier ou le crédit « alternatif ». Si le choix du contribuable porte sur le crédit régulier, alors le crédit sera de 20 % des dépenses admissibles de l'année excédant un montant de base[19] et de 20 % des paiements faits à des organismes de recherche admissibles. Le montant de base ne peut pas représenter moins de 50 % des dépenses admissibles de l'exercice.

Si le contribuable choisit la méthode alternative, cette méthode devra être utilisée chaque année, à moins d'une révocation autorisée par l'Internal Revenue Service. Ce crédit sera généralement utilisé par les entreprises ne pouvant se qualifier sous le régime du crédit régulier. Le crédit alternatif permet à une entreprise de pouvoir réclamer un crédit variant entre 1,65 % et 2,75 % des dépenses admissibles excédant 1 % de ses recettes brutes.

Il est à noter que le crédit d'impôt fédéral américain venait à échéance le 31 décembre 2005. Toutefois, en juillet dernier, la Chambre des représentants a adopté l'*Estate Tax and Extension of Tax Relief Act of 2006*[20], lequel prévoit une prolongation de l'application du crédit sur une période de deux ans (du 1er janvier 2006 au 31 décembre 2007), de même que certaines améliorations au programme, notamment l'introduction d'un crédit alternatif simplifié de 12 % du montant des dépenses admissibles excédant un montant de base qui équivaut à 50 % des dépenses admissibles des trois années précédentes[21]. Toutefois, le processus législatif américain

---

19 Ce montant est déterminé selon une formule qui tient compte des dépenses de R & D et des recettes brutes sur une période donnée

20 H.R. 5970 [109th Congress].

21 Aux fins de ce crédit alternatif simplifié, le montant de base ne tient plus compte des recettes brutes de l'entreprise. L'*Estate Tax and Extension of Tax Relief Act of 2006*

(à suivre…)

fait en sorte que les sénateurs doivent voter à la majorité de 60 % en faveur de cette loi pour que celle-ci puisse être adoptée. Cette majorité n'a pas été atteinte lors du vote tenu par le Sénat en août 2006. L'actuelle majorité républicaine du Sénat a toutefois la prérogative de voter à nouveau relativement à ce projet de loi, ce qui pourrait être fait cet automne.

3. LA FRANCE

La France offre également un crédit d'impôt pour la R & D. Ce crédit d'impôt est accordé en fonction des dépenses de R & D admissibles engagées par une entreprise, peu importe que l'entreprise effectuant la R & D ne soit pas propriétaire des incorporels liés à la recherche, ou que l'entreprise ne supporte pas de risque financier au titre de la R & D. Les dépenses admissibles incluent notamment les salaires des employés affectés aux travaux de R & D, l'amortissement des immobilisations dédiées à la R & D, les dépenses d'exploitation (fixées de manière forfaitaire à un pourcentage des salaires), les dépenses liées à la R & D effectuée par des organismes de recherche, tels les universités et organismes publics de recherche, et les dépenses liées au dépôt et au maintien de brevets.

Le crédit est calculé selon deux volets. Le premier volet tient compte du volume des dépenses et s'élève à 10 %, pour 2006, de toutes les dépenses admissibles liées aux activités de R & D. Le second volet tient compte de l'accroissement annuel des dépenses admissibles et équivaut à 40 %, en 2006, de la différence entre a) les dépenses de R & D de l'année et b) la moyenne des dépenses de R & D pendant les deux années précédentes et rajustées par un coefficient basé sur l'indice des prix à la consommation.

Le total des deux composantes du crédit d'impôt ne peut excéder 10 M€ pour 2006. Lorsque le crédit d'impôt est supérieur à l'impôt dû par la société, ou si elle est en situation de perte, le crédit pourra être imputé sur l'impôt à payer des trois années suivantes et, s'il y a lieu, être restitué à la société au terme de cette période. Dans le cas des nouvelles sociétés ou des « Jeunes Entreprises Innovantes », le crédit peut, sous certaines conditions, leur être immédiatement remboursé au titre de l'année de création et des quatre années subséquentes.

(…suite)

prévoit également des hausses des taux applicables au crédit alternatif actuellement en place.

Avant le 1er janvier 2005, seules les dépenses relatives aux activités menées en France étaient admissibles au crédit d'impôt. Cette exigence a été supprimée à compter du 1er janvier 2005. Ce changement est conforme à une décision de la Cour européenne de justice rendue en mars 2005[22]. Ainsi, de façon générale, les dépenses qui se rapportent aux activités de R & D effectuées à l'intérieur de l'Union européenne[23] peuvent être admissibles au crédit d'impôt R & D de la France sous réserve du respect de certaines conditions (les dépenses de R & D doivent ainsi être réalisées à l'étranger directement par l'entreprise française, et non par l'intermédiaire d'un établissement stable).

Depuis 2004, le crédit d'impôt pour la R & D de la France est pérennisé, c'est-à-dire qu'aucune échéance n'est fixée quant à son application. Auparavant, il était prévu que les règles relatives au crédit d'impôt prendraient fin le 31 décembre 2003.

4. L'ESPAGNE

L'Espagne est un autre pays de l'Union européenne offrant un crédit d'impôt pour la R & D. Ce crédit d'impôt est égal à 30 % des dépenses de R & D engagées au cours d'une année d'imposition. Toutefois, si les dépenses de R & D excèdent la moyenne des dépenses des deux années précédentes, le taux de 30 % s'applique à l'égard des dépenses jusqu'à

---

22 *Laboratoires Fournier SA* c. *Directions des vérifications nationales et internationales* (dossier de la Cour européenne de justice C-39/04, 10 mars 2005). Dans cette affaire, le contribuable, un fabricant de produits pharmaceutiques, avait confié en sous-traitance certaines activités de R & D à des centres de recherche qui se trouvaient à l'extérieur de la France, à l'intérieur de l'Union européenne. Pour les années d'imposition 1995 et 1996, le contribuable avait inclus les coûts engagés en relation avec la R & D effectuée par ces centres de recherche dans son calcul du crédit d'impôt pour la R & D. Les autorités fiscales françaises ont refusé ces dépenses pour la raison que les activités de R & D avaient été exercées à l'extérieur de la France. Le contribuable s'est opposé à cette décision. La Cour européenne de justice a établi que le régime fiscal français en matière de R & D, étant donné qu'il n'encourage que les activités de R & D qui sont effectuées en France, est contraire à la liberté de prestations de services prévue par l'article 49 du *Traité instituant la Communauté européenne*. Selon la Cour européenne de justice, le régime fiscal français en matière de R & D décourageait les contribuables à faire appel à des centres de recherche situés à l'extérieur de la France.

23 Plus précisément au sein de la Communauté européenne ou dans un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ayant conclu avec la France une convention fiscale contenant une clause d'assistance en vue de lutter contre la fraude ou l'évasion fiscale (à titre d'exemple : l'Islande et la Norvège).

concurrence de la moyenne et un taux de 50 % s'applique à l'égard des dépenses excédant la moyenne. Le total des dépenses admissibles doit être réduit de 65 % des subventions reçues et relatives aux activités de R & D. Toutes les dépenses liées à la poursuite d'un projet de R & D sont admissibles au crédit pourvu qu'elles puissent être justifiées par la R & D.

D'autres crédits d'impôt sont également disponibles, notamment un crédit d'impôt de 20 % à l'égard des salaires des chercheurs dont les activités sont consacrées exclusivement à la R & D, de même qu'à l'égard de contrats accordés à certains tiers reconnus, dont les universités et les organismes publics de recherche. Un crédit d'impôt de 10 % est également disponible à l'égard de certaines dépenses en capital (autres que pour des immeubles et terrains).

Il est à noter que le crédit pour la R & D de l'Espagne n'est pas remboursable. Le crédit d'impôt pour la R & D peut être appliqué jusqu'à concurrence de 35 % de l'impôt payable (avant la prise en compte de tout autre crédit d'impôt). En certaines circonstances, cette limite peut être augmentée à 50 % de l'impôt payable. Tout montant de crédit non utilisé peut être reporté à l'une des 15 années d'imposition subséquentes.

Finalement, il est utile de mentionner qu'un maximum de 25 % des dépenses de R & D peut être attribué à des dépenses de R & D engagées à l'extérieur des limites territoriales de l'Espagne.

5. L'ALLEMAGNE

Les dépenses liées à la R & D sont généralement déductibles en tant que dépenses normales d'entreprise. L'Allemagne n'offre toutefois pas d'incitatifs fiscaux particuliers pour les activités de R & D. Par contre, depuis janvier 2005, des subventions exemptes d'impôt sont offertes, à titre d'incitatifs fiscaux, aux entreprises qui font des investissements admissibles avant 2007, dans les cinq nouveaux États fédéraux, incluant Berlin. L'aide à l'investissement exempte d'impôt variera généralement entre 12,5 % et 27,5 % des coûts d'acquisition, selon la taille de l'entreprise, du type d'investissement (bien mobilier ou immobilier) et de l'endroit de l'établissement permanent.

6. LE ROYAUME-UNI

Le Royaume-Uni n'est pas en reste. En effet, depuis le 1er avril 2000, une déduction de 150 % est offerte aux petites et moyennes entreprises (ci-après « PME ») engageant des dépenses de R & D. Dans le cas des grandes sociétés, une déduction de 125 % est offerte depuis le 1er avril 2002. Que ce soit à l'égard des PME ou des grandes sociétés, l'incitatif est applicable à l'ensemble des dépenses engagées et non quant à l'augmentation de celles-ci par rapport à un montant de base ou à une moyenne des dépenses admissibles.

Les dépenses engagées peuvent être attribuables à des activités menées à l'extérieur des frontières du Royaume-Uni et comprennent, dans le cas des PME, les salaires des employés directement et activement engagés en R & D, 65 % des coûts associés aux agences de placement (*agency workers*), les matériaux consommés et transformés (ce qui inclut les logiciels utilisés directement en R & D) et les paiements faits à des sous-traitants pourvu que la PME puisse notamment conserver les droits de propriété intellectuelle associés à la R & D. Dans le cas des grandes sociétés, les dépenses admissibles comprennent, tout comme dans le cas des PME, les salaires, les paiements aux agences de placement et les matériaux. Les grandes sociétés peuvent également inclure dans leurs dépenses admissibles les paiements faits à des tiers, tels les établissements d'enseignement supérieur et les organismes de recherche scientifique.

Il est possible pour les PME en situation de perte de se faire rembourser une partie de l'incitatif fiscal. Ce remboursement correspond généralement à 24 % des dépenses de R & D. Des limites peuvent toutefois s'appliquer à l'égard de ce remboursement[24].

7. LE JAPON

Le système fiscal japonais offre un crédit d'impôt pour la R & D. Pour les années d'imposition ayant débuté avant le 1er avril 2006, les entreprises pouvaient choisir entre deux crédits d'impôt pour la R & D. De façon générale, le premier crédit d'impôt était fondé sur l'accroissement des dépenses de R & D comparativement à une moyenne[25]. Le taux de ce crédit était de 15 %, sans toutefois excéder un montant pouvant varier entre 12 % et 14 % de l'impôt payable par ailleurs.

Alternativement, un second crédit d'impôt était disponible et était offert à l'égard du volume des dépenses admissibles de R & D. Ce crédit pouvait atteindre 12 % des dépenses admissibles de R & D, sans toutefois excéder 20 % de l'impôt payable par ailleurs. Dans chaque cas, des règles de report étaient prévues pour la partie inutilisée de ces crédits. Les entreprises étaient libres de choisir le crédit leur étant le plus avantageux.

---

[24] À titre d'exemple, le remboursement ne peut excéder le montant des contributions à la sécurité sociale de l'entreprise.

[25] Cette moyenne était établie en tenant notamment compte des dépenses de R & D des trois années d'imposition précédentes les plus importantes en matière de dépenses de R & D à l'intérieur d'une période incluant les cinq années d'imposition précédentes.

Pour les années d'imposition commençant le ou après le 1er avril 2006, un seul crédit est disponible. Ce crédit combine les deux options mentionnées ci-dessus. Ainsi, à l'égard du volume des dépenses, un crédit variant entre 8 % et 10 % (le taux est de 12 % dans le cas des PME) peut être déterminé par rapport à l'ensemble des dépenses de R & D admissibles engagées. À cela peut être ajouté un montant de 5 % (le taux variant alors entre 13 % et 15 % – 17 % dans le cas des PME) sur l'accroissement des dépenses de R & D comparativement à la moyenne des dépenses des trois années précédentes. L'aide fiscale ne peut toutefois excéder 20 % de la charge fiscale de l'entreprise pour l'année. Sous certaines conditions, le report de la partie inutilisée du crédit d'impôt est possible. Ce report est toutefois limité à l'année subséquente.

En ce qui concerne les dépenses admissibles, elles incluent généralement les salaires (à noter que les employés doivent être affectés de façon exclusive à la R & D), les matériaux, l'amortissement lié aux équipements utilisés à des fins de R & D, les frais généraux et autres dépenses liées à l'effort de R & D. Les dépenses liées à des activités de R & D menées à l'extérieur du Japon sont admissibles au crédit d'impôt.

Ce crédit est disponible pour les années d'imposition débutant entre le 1er avril 2006 et le 31 mars 2008.

8. L'AUSTRALIE

En ce qui concerne les activités de R & D, le système fiscal australien offre aux entreprises qui sont inscrites auprès de l'Industry Research and Development Board (ci-après « IRDB ») une déduction équivalant à 125 % des dépenses de R & D et, après trois années, une déduction de 175 % à l'égard de l'accroissement des dépenses de R & D. L'inscription auprès de l'IRDB doit être faite chaque année. L'Australie permet aux petites entreprises de pouvoir réclamer un remboursement de cette déduction en certaines circonstances.

Les dépenses admissibles incluent notamment les salaires et les coûts directs attribuables à la R & D, les dépenses de sous-traitance, les frais généraux et un amortissement accéléré est accordé à l'égard des équipements utilisés en R & D.

Les dépenses admissibles doivent généralement être relatives à un projet mené sur le territoire australien. Toutefois, si une entreprise obtient une autorisation des autorités fiscales, elle peut engager jusqu'à 10 % de ses dépenses admissibles de R & D à l'extérieur des limites géographiques de l'Australie.

9. LE QUÉBEC DANS TOUT ÇA?

Le tableau ci-dessous résume les principales caractéristiques des incitatifs fiscaux abordés précédemment, en comparaison avec le Québec.

Tableau 1 : Principales caractéristiques des incitatifs fiscaux étudiés

Juridiction offrant des incitatifs fiscaux	Nature de l'incitatif fiscal	Incitatif fiscal fondé sur le volume ou sur l'accroissement des dépenses	Principales dépenses admissibles	Admissibilité des dépenses extraterritoriales	Incitatif fiscal remboursable ou non	Plafond à l'incitatif fiscal et autres
Canada	Crédit d'impôt	Volume	Salaires, sous-traitants, paiements aux tiers, matériaux, frais généraux, dépenses en capital	Non	Remboursable et non remboursable Possibilité de reporter le crédit non remboursable inutilisé	Non (sauf que le crédit remboursable s'applique à une limite donnée de dépenses admissibles)
Québec	Crédit d'impôt sur les salaires	Volume	Salaires, sous-traitants (crédit particulier pour la recherche universitaire)	Non	Remboursable en toutes circonstances (comme le sont tous les crédits pour la R & D du Québec)	Non (taux variable pour les sociétés sous contrôle canadien) Dans le cas du crédit pour la recherche universitaire, le taux est toujours de 35 %
États-Unis	Crédit d'impôt	Accroissement	Salaires, matériaux et 65 % des paiements faits à des sous-traitants (75 % dans le cas de certains tiers)	Non	Non remboursable Possibilité de reporter le crédit inutilisé	Non Crédit expirant le 31 décembre 2005, mais prolongation d'application proposée (mais non adoptée à l'heure actuelle)
France	Crédit d'impôt	Volume et accroissement	Salaires, amortissement de certaines immobilisations, certains frais généraux, paiements à certains organismes de recherche, certaines dépenses liées aux brevets	Oui, sous certaines conditions	Possibilité de remboursement pour les nouvelles sociétés Possibilité de reporter les crédits inutilisés Restitution possible des crédits inutilisés au cours d'une certaine période de temps	Oui Crédit pérennisé depuis 2004
Espagne	Crédit d'impôt	Volume et accroissement	Toutes les dépenses justifiées par la R & D	Oui, jusqu'à 25 % des dépenses peuvent être engagées à l'extérieur de l'Espagne	Non Toutefois le crédit applicable ne peut excéder 35 % de l'impôt payable Possibilité de reporter les crédits inutilisés	Non (sous réserve de la limite de 35 %)

Allemagne	Subventions exemptes d'impôt	S. O.	S. O.	S. O.	S. O.	S. O.
Royaume-Uni	Super-déduction	Volume	PME : salaires, 65 % des coûts associés aux agences de placement, matériaux consommés et transformés (incluant les logiciels utilisés en R & D), paiements aux sous-traitants pourvu que la PME conserve les droits de propriété intellectuelle Grandes sociétés : salaires, paiements aux agences de placement et matériaux, paiements faits à des tiers tels les établissements d'enseignement supérieur et les organismes de recherche scientifique	Oui	Remboursement en certaines circonstances pour les PME	Non Toutefois, pour les PME, le remboursement peut être limité en certaines circonstances
Japon	Crédit d'impôt	Volume et accroissement	Salaires des employés assignés de façon exclusive à la R & D, matériaux, l'amortissement des équipements utilisés à des fins de R & D, frais généraux et autres dépenses liées à la R & D	Oui	Non remboursable Toutefois, le crédit applicable ne peut excéder 20 % de l'impôt payable Possibilité de reporter le crédit inutilisé	Non (sous réserve de la limite de 20 %) Ce crédit est disponible pour les années débutant entre le 1er avril 2006 et le 31 mars 2008
Australie	Super-déduction	Volume et accroissement	Salaires et les coûts directs attribuables à la R & D, dépenses de sous-traitance, frais généraux. Amortissement accéléré possible à l'égard des équipements de R & D	Oui, jusqu'à 10 % des dépenses peuvent être engagées à l'extérieur de l'Australie	Remboursable pour certaines petites entreprises	Non

À la lumière du survol des incitatifs abordés plus haut, on peut conclure, de façon générale, que le crédit d'impôt remboursable sur les salaires offert au Québec a des caractéristiques attrayantes.

En effet, ce crédit (de même que tous les autres crédits) est remboursable, peu importe le contribuable le réclamant, et est fondé sur le volume des dépenses engagées et non en fonction de l'accroissement de celles-ci, comme aux États-Unis, par exemple. De plus, le volume des dépenses admissibles (ou le montant du crédit d'impôt remboursable en résultant) n'est pas limité, comme c'est le cas en France. Par contre, au Québec, le taux du crédit d'impôt remboursable sur les salaires pourra varier en fonction de l'actif du contribuable le réclamant.

Un aspect moins attrayant réside toutefois dans le fait que seules les dépenses salariales et les frais de sous-traitance (50 % du montant versé dans le cas d'un sous-traitant sans lien de dépendance) sont admissibles comme dépenses aux fins du crédit d'impôt remboursable sur les salaires. La plupart des juridictions étudiées précédemment rendent admissibles un éventail plus large de dépenses. Il en va de même de certains crédits pour la R & D offerts par d'autres provinces canadiennes pour lesquelles les dépenses admissibles sont les mêmes que celles offertes au niveau fédéral[26]. D'ailleurs, en ce qui concerne les provinces canadiennes, l'avantage « notoire » que possédait le Québec depuis des années semble s'amenuiser.

Prenons le cas d'une SPCC admissible ayant des éléments d'actif de moins de 25 M$. Cette société engage 100 000 $ de salaires de R & D et fait un paiement de 50 000 $ à un sous-traitant pour qu'il effectue de la R & D pour son compte. Si cette société est établie au Québec, les crédits d'impôt pouvant être réclamés totaliseront 82 969 $[27] et l'économie d'impôt résultant de la déduction des dépenses totalisera 17 908 $. Le coût net des dépenses de R & D sera de 49 124 $. Si cette société était établie en Ontario, les crédits totaliseraient 62 250 $[28], et les économies d'impôt 18 938 $, pour un coût net

---

[26] Pour une étude plus détaillée des crédits d'impôt pour la R & D offerts par les diverses provinces canadiennes, voir Élaine-Nathalie LAMONTAGNE et Yan BOYER, « Étude comparative des crédits d'impôt provinciaux pour la RS & DE », dans *Colloque – Le point sur les sujets chauds en RS & DE*, 158, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2006, pp. 3:1-77.

[27] Crédit du Québec : (100 000 + 25 000) × 37,5 % = 46 875 $.
Crédit fédéral : (150 000 - 46 875) × 35 % = 36 094 $.

[28] Crédit de l'Ontario : (100 000 + 50 000) × 10 % = 15 000 $.
Crédit fédéral : (150 000 - 15 000) × 35 % = 47 250 $.

de 68 812 $. Par ailleurs, si cette société avait effectué ses activités au Nouveau-Brunswick, les crédits seraient de 67 125 $[29] et les économies d'impôt de 12 324 $, pour un coût net de 70 551 $. Le tableau suivant présente la proportion de l'aide fiscale à la R & D attribuable aux crédits d'impôt et aux économies d'impôt résultant de la déduction :

Tableau 2 : Petite entreprise/salaires et sous-traitance

Province	Avantages totaux	Crédits d'impôt	Proportion des crédits sur les avantages fiscaux totaux	Économies d'impôt (déduction)	Proportion des économies d'impôt sur les avantages fiscaux totaux
Québec	100 876 $	82 969 $	82,2 %	17 908 $	17,8 %
Ontario	81 188 $	62 250 $	76,7 %	18 938 $	23,3 %
Nouveau-Brunswick	79 449 $	67 125 $	84,5 %	12 324 $	15,5 %

Dans ce scénario, le Québec se démarque quant au crédit d'impôt puisque le taux de crédit appliqué est de 37,5 % comparativement à 10 % en Ontario et à 15 % au Nouveau-Brunswick. Les économies d'impôt sont également plus importantes au Québec, où le taux d'imposition des petites entreprises est plus élevé (8 % comparativement à 5,5 % en Ontario et à 1,75 % au Nouveau-Brunswick[30]).

Étant donné qu'un projet de R & D comporte bien souvent des dépenses autres que les salaires, le tableau 3 présente le même scénario auquel seraient ajoutées les dépenses admissibles suivantes : 50 000 $ de matériaux, 50 000 $ de dépenses en capital et 250 000 $ attribuables à des frais généraux. Le total des crédits serait de 205 469 $[31] pour un contribuable québécois alors que ce total serait de 207 500 $[32] en Ontario et de

---

29 Crédit du Nouveau-Brunswick : (100 000 + 50 000) × 15 % = 22 500 $.
Crédit fédéral : (150 000 - 44 625) × 35 % = 44 625 $.

30 Il s'agit d'un taux moyen compte tenu du fait que le taux d'imposition était de 2 % jusqu'au 30 juin 2006 pour ensuite passer à 1,5 % le 1er juillet 2006.

31 Crédit du Québec : (100 000 + 25 000) × 37,5 % = 46 875 $.
Crédit fédéral : (500 000 - 46 875) × 35 % = 158 594 $.

32 Crédit de l'Ontario : (470 000) × 10 % = 47 000 $.
Crédit fédéral : (500 000 - 47 000) × 35 % = 158 550 $.

223 750 $[33] au Nouveau-Brunswick. Voici la proportion de l'aide fiscale pour la R & D :

Tableau 3 : Petite entreprise/salaires, sous-traitance, matériaux, équipements et frais généraux

Province	Avantages totaux	Crédits d'impôt	Proportion des crédits sur les avantages fiscaux totaux	Économies d'impôt (déduction)	Proportion des économies d'impôt sur les avantages fiscaux totaux
Québec	271 424 $ (Coût net : 228 576 $)	205 469 $	75,7 %	65 956 $	24,3 %
Ontario	269 097 $ (Coût net : 230 903 $)	205 550 $	76,4 %	63 547 $	23,6 %
Nouveau-Brunswick	264 828 $ (Coût net : 235 172 $)	223 750 $	84,5 %	41 078 $	15,5 %

Dans ce scénario, ce qui permet au Québec d'avoir un niveau de crédit d'impôt comparable réside dans le fait que le taux du crédit d'impôt remboursable du Québec est supérieur à celui des deux autres provinces. La diminution de l'écart en crédits d'impôt (en réalité le dépassement!) est attribuable au fait que les dépenses de matériaux, les dépenses en capital et les frais généraux engagés sont admissibles aux crédits d'impôt pour la R & D offerts par l'Ontario et le Nouveau-Brunswick.

Les tableaux 4 et 5 présentent les mêmes scénarios que ceux abordés ci-dessus, mais la société réclamant les crédits est dans ce cas une grande société.

[33] Crédit du Nouveau-Brunswick : (500 000) × 15 % = 75 000 $.
Crédit fédéral : (500 000 - 75 000) × 35 % = 148 750 $.

Tableau 4 : Grande entreprise/salaires et sous-traitance

Province	Avantages totaux	Crédits d'impôt	Proportion des crédits sur les avantages fiscaux totaux	Économies d'impôt (déduction)	Proportion des économies d'impôt sur les avantages fiscaux totaux
Québec	82 486 $ (Coût net : 67 514 $)	47 500 $	57,6 %	34 986 $	42,4 %
Ontario	74 544 $ (Coût net : 75 456 $)	30 000 $	40,2 %	44 544 $	59,8 %
Nouveau-Brunswick	83 822 $ (Coût net : 66 178 $)	48 000 $	57,3 %	35 822 $	42,7 %

Dans ce scénario, le Québec se classe au second rang en matière de crédit d'impôt et de coût net pour la R & D. Cela résulte du fait que le taux utilisé est de 17,5 % et que seulement la moitié du montant versé au sous-traitant est admissible. Le taux du crédit d'impôt néo-brunswickois est 15 %. Il est à noter que, par hypothèse, aucun crédit d'impôt ontarien n'est disponible. Nous présumons que la société ontarienne a excédé les limites de revenu et de capital imposables applicables. Cette hypothèse est également utilisée dans le scénario suivant.

Tableau 5 : Grande entreprise/salaires, sous-traitance, matériaux, équipements et frais généraux

Province	Avantages totaux	Crédits d'impôt	Proportion des crédits sur les avantages fiscaux totaux	Économies d'impôt (déduction)	Proportion des économies d'impôt sur les avantages fiscaux totaux
Québec	242 142 $ (Coût net : 257 858 $)	117 500 $	48,5 %	124 642 $	51,5 %
Ontario	248 480 $ (Coût net : 251 520 $)	100 000 $	40,2 %	148 480 $	59,8 %
Nouveau-Brunswick	279 408 $ (Coût net : 220 592 $)	160 000 $	57,3 %	119 408 $	42,7 %

Dans ce scénario, les avantages fiscaux totaux offerts au contribuable québécois sont plus faibles étant donné, premièrement, que le taux de 17,5 % a été utilisé pour déterminer le crédit d'impôt remboursable et que, deuxièmement, seuls les salaires et la moitié du montant versé au sous-traitant sont pris en considération. Dans les autres provinces, l'ensemble des dépenses engagées est admissible.

Ces quelques exemples servent simplement à donner une certaine perspective sur le fait que le Québec doit de plus en plus affronter la concurrence en matière d'incitatifs fiscaux pour la R & D.

Par ailleurs, tel que nous le verrons plus loin, l'attrait des crédits d'impôt pour la R & D du Québec a perdu quelque peu de son lustre à la suite du Budget du 21 avril 2005.

10. RÉCENTES MODIFICATIONS POUR ACCÉDER À CERTAINS CRÉDITS D'IMPÔT REMBOURSABLES DU QUÉBEC

Avant la présentation du Budget 2005-2006[34], la législation fiscale québécoise avait une particularité faisant en sorte qu'une personne ou une société de personnes pouvait bénéficier des crédits d'impôt remboursables à l'égard des salaires R & D, de la recherche universitaire ainsi qu'à l'égard de la recherche précompétitive, sans devoir posséder un « établissement » au Québec. En effet, il lui suffisait d'exploiter une entreprise au Canada et de faire effectuer, pour son compte, des activités de R & D au Québec, pour pouvoir bénéficier des crédits remboursables.

À titre d'exemple, une société établie en Ontario et faisant effectuer, pour son compte, au Québec, dans le cadre d'un contrat, des activités de R & D, pouvait réclamer le crédit d'impôt remboursable à l'égard des salaires et traitements (à l'égard de la contrepartie versée au sous-traitant québécois) en produisant une déclaration de revenus du Québec accompagnée du formulaire prescrit[35]. L'objectif visé était sûrement de stimuler l'intérêt des sociétés canadiennes à utiliser les ressources du

---

34 QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2005-2006*, *Discours sur le budget et Renseignements additionnels sur les mesures du budget*, 21 avril 2005.

35 Formulaire CO-17, « Déclaration de revenus des sociétés », et Formulaire RD-1029.7, « Crédit d'impôt relatif aux salaires – R-D ».

Québec. Cet objectif s'apparente à celui applicable au niveau fédéral en ce qui concerne la notion de paiement contractuel[36].

Le Budget du Québec du 21 avril 2005 est venu éliminer cette mesure incitative qui encourageait des sociétés situées à l'extérieur du Québec à faire appel à des entreprises québécoises ayant l'expertise de pointe dans différents domaines d'innovation. En effet, la législation fiscale québécoise fait en sorte que, dorénavant, une personne ou une société de personnes sera tenue d'exploiter une entreprise au Québec et d'y avoir un établissement, pour être admissible à ces trois crédits d'impôt remboursables[37]. L'objectif visé est de recentrer l'aide fiscale accordée relativement aux activités de R & D aux entreprises du Québec[38].

Il est à souligner que cette modification s'applique aux dépenses engagées relativement à une entreprise qu'une personne ou société de personnes exploite et dont l'exercice financier débute après le 21 avril 2005. Cette modification n'est pas applicable à l'égard des dépenses engagées après le 21 avril 2005 pour des travaux de R & D effectués après cette date, dans le cadre d'un contrat de recherche conclu avant cette date. Ces modifications ont été introduites dans la législation fiscale à l'occasion du Projet de loi 15 présenté le 9 mai 2006 et sanctionné le 13 juin suivant[39].

De plus, le Projet de loi 15 a introduit une nouvelle condition afin de pouvoir réclamer les crédits d'impôt mentionnés précédemment. En effet, le nouvel article 1029.8.21.3.2 L.I. énonce qu'un contribuable ne peut réclamer l'un des crédits d'impôt prévu à l'un des articles 1029.7, 1029.8.6 et 1029.8.10 L.I. à l'égard d'activités de R & D qu'il effectue au Québec ou fait effectuer pour son compte au Québec dans le cadre d'un contrat que s'il est raisonnable de considérer que ces activités de R & D se rapportent à une entreprise que le contribuable exploite dans un établissement situé au

---

36 Par. 127(9) et (18) L.I.R. Les règles applicables aux paiements contractuels ont un effet restrictif. Elles font en sorte que, lorsqu'un contribuable canadien traite avec un tiers pour qu'il effectue de la R & D pour son compte, les montants payables en vertu du contrat seront des dépenses admissibles pour le contribuable et le tiers devra réduire ses dépenses admissibles du montant ainsi reçu. L'objectif est d'éviter le chevauchement des crédits d'impôt pour la R & D.

37 QUÉBEC, ministère des Finances, *op. cit.*, note 34, section I, p. 49.

38 *Id.*, pp. 48 et 49.

39 *Loi modifiant la* Loi sur les impôts *et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 2006 c. 13, art. 94 et suiv.

Québec et qu'elles sont susceptibles de provoquer ou de faciliter la croissance de cette entreprise.

Ainsi, non seulement un contribuable doit maintenant exploiter une entreprise au Québec et y avoir un établissement, mais les activités de R & D qu'il effectue ou fait effectuer pour son compte doivent se rapporter à une entreprise qu'il exploite dans un tel établissement et doivent être susceptibles de provoquer ou de faciliter la croissance de cette entreprise.

11. L'EXPLOITATION D'UNE ENTREPRISE ET LA NOTION D'« ÉTABLISSEMENT »

La *Loi sur les impôts* ne contient pas de définition spécifique de l'expression « exploiter une entreprise » ou de l'expression « exploitation d'une entreprise ». Toutefois, l'article 1 L.I. définit le terme « entreprise » comme comprenant une profession, un métier, un commerce, une manufacture ou une activité de quelque genre que ce soit, y compris, sauf exception, un projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial, mais ne comprenant pas une charge ni un emploi.

De façon générale, l'exploitation d'une entreprise, ou le fait d'exploiter une entreprise, s'entend de l'exercice d'une activité économique.

La législation québécoise utilise le terme « établissement » et non l'expression « établissement stable » comme le fait la législation et la réglementation fédérale. Le concept d'établissement aux fins du Québec se trouve aux articles 12 à 16.2 L.I. Ainsi, selon l'article 12 L.I., un établissement signifie un lieu fixe où un contribuable exerce son entreprise ou, à défaut, l'endroit principal où il exerce son entreprise. La législation québécoise réfère à un lieu fixe où est exercée une entreprise. Selon Revenu Québec, un lieu fixe où est exercée une entreprise signifie un lieu stable, permanent ou maintenu pendant une durée assez longue, que le contribuable utilise couramment ou régulièrement dans l'exercice de son entreprise[40].

Il semble raisonnable de prétendre que l'expression « exploiter une entreprise » et le terme « établissement » devraient avoir le même sens que celui qui leur est donné à d'autres fins de la législation fiscale québécoise. Ainsi, pour avoir droit à certains crédits d'impôt liés aux activités de R & D dans le contexte des modifications introduites par le Budget 2005-2006, un contribuable devra exercer une activité économique au Québec dans un lieu

---

40 REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP. 12-1/R2, « Établissement d'un contribuable », 30 décembre 1992, par. 3.

stable et maintenu de façon permanente ou pour une assez longue durée, mais ce n'est pas tout.

12. ACTIVITÉS DE R & D SUSCEPTIBLES DE PROVOQUER OU DE FACILITER LA CROISSANCE DE L'ENTREPRISE

Tel qu'il a été mentionné plus haut, le nouvel article 1029.8.21.3.2 L.I. prévoit, par ailleurs, que les crédits remboursables énumérés précédemment ne seront disponibles que s'il est raisonnable de considérer que les activités de R & D, en plus de se rapporter à une entreprise que le contribuable exploite dans un établissement situé au Québec, sont susceptibles de provoquer ou de faciliter la croissance de cette entreprise.

Ainsi, de façon raisonnable, les activités de R & D doivent se rapporter à une entreprise et être susceptibles de provoquer ou de faciliter la croissance de cette entreprise. Cette dernière expression « susceptibles de provoquer ou de faciliter la croissance de cette entreprise » est utilisée au dernier alinéa de l'article 230 L.I. Cet alinéa prévoit que, pour plus de précision, il est entendu que les recherches scientifiques et le développement expérimental concernant une entreprise comprennent ceux qui sont susceptibles de provoquer ou de faciliter la croissance de cette entreprise. Cette expression est également utilisée au niveau fédéral à l'alinéa 37(8)b) L.I.R., qui est l'équivalent du dernier alinéa de l'article 230 L.I.

Aux fins fédérales, dans le *Bulletin d'interprétation* IT-151R5[41], il est précisé que la question de savoir si une dépense est engagée pour des activités de R & D en lien avec une entreprise est généralement une question de fait à établir cas par cas. Pour que les activités de R & D soient en relation avec une entreprise exploitée par un contribuable, il doit exister un rapport ou un lien entre les activités de R & D et l'entreprise du contribuable. En général, cette exigence est respectée si les résultats des activités de R & D, dans le cas où elles sont fructueuses, ont une application directe et avantageuse dans l'entreprise qu'exploite le contribuable.

13. QUELQUES CONSÉQUENCES DÉCOULANT DE CES MODIFICATIONS

L'exemple d'application le plus simple, afin d'illustrer les règles énoncées plus haut, est celui d'un contribuable possédant un établissement

---

41 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-151R5 (consolidé), « Dépenses de recherche scientifique et de développement expérimental », 22 juillet 2003, par. 34.

au Québec, y exploitant une entreprise et y ayant des employés qui effectuent des activités de R & D. Dans une telle situation, les conditions prévues aux articles 1029.7 et 1029.8.21.3.2 L.I. sont respectées et le contribuable pourrait réclamer un crédit d'impôt remboursable. Il en serait de même si ce contribuable confiait en sous-traitance la R & D à un tiers également situé au Québec. Par contre, si nous reprenons l'exemple utilisé plus tôt, à savoir une entreprise ontarienne traitant avec une autre personne située au Québec pour que celle-ci effectue pour son compte des activités de R & D, alors l'entreprise ne peut plus réclamer les crédits remboursables pour la R & D offerts par la législation fiscale québécoise[42] puisque cette entreprise n'est pas située ni exploitée au Québec. Autrement dit, sans l'exploitation d'une entreprise et sans la présence d'un établissement, aucun crédit d'impôt remboursable n'est disponible.

Prenons maintenant l'exemple d'un contribuable possédant à la fois un établissement en Ontario et au Québec. Considérons que chaque établissement exploite une entreprise distincte de l'autre mais que des activités de R & D sont exercées dans l'établissement ontarien. Qu'en est-il des activités de R & D exercées en sous-traitance au Québec pour le compte du contribuable et liées à l'entreprise exploitée en Ontario? Selon notre compréhension, les nouvelles règles feraient en sorte que le contribuable, bien qu'il exploite une entreprise au Québec, ne pourrait réclamer de crédit d'impôt à l'égard de la contrepartie versée à un sous-traitant établi au Québec puisque les activités de R & D ainsi réalisées se rapporteraient à l'entreprise située dans l'autre province.

Par ailleurs si, dans cette situation, l'entreprise exploitée au Québec ne génère aucun revenu alors que l'entreprise ontarienne est à profit, un impôt serait payable au Québec, même si l'entreprise québécoise n'a généré aucun revenu. Un impôt serait payable, mais aucun crédit d'impôt ne serait disponible afin de réduire la charge fiscale. Cette situation est pénalisante étant donné que le revenu ayant généré cet impôt provient d'un établissement situé à l'extérieur du Québec et que les activités de R & D exercées au Québec ne génèrent aucun crédit d'impôt[43]. Ce ne serait toutefois pas le cas si, au lieu d'avoir un contribuable avec une entreprise dans chacune des deux provinces, nous étions en présence de deux sociétés distinctes. Aucun crédit d'impôt ne serait disponible sur le paiement effectué par la

---

42 Sauf le crédit d'impôt remboursable relatif aux cotisations et aux droits versés à un consortium de recherche.

43 Il serait intéressant d'envisager comme solution un mécanisme permettant d'aller chercher, en tout ou en partie, le crédit d'impôt remboursable pour la R & D ainsi perdu.

société ontarienne à un sous-traitant québécois, mais aucun impôt ne serait alors payable au Québec par la société québécoise.

Toutefois, il est permis de se demander si le résultat serait différent dans l'hypothèse où, au lieu d'avoir un seul contribuable exploitant deux entreprises distinctes (l'une au Québec et l'autre en Ontario), nous étions en présence de deux sociétés liées. La première société exploite une entreprise de distribution de produits informatiques au Québec et est la filiale détenue en propriété exclusive de la seconde qui exploite, en Ontario, une entreprise de fabrication et de développement de nouvelles technologies et applications informatiques. Dans cette situation, par l'application de l'article 225.2 L.I.[44], les activités de R & D de la société québécoise seraient considérées en rapport avec son entreprise si ces activités sont en relation avec l'entreprise exploitée par la société ontarienne. La société ontarienne doit toutefois prendre une part active à l'entreprise au moment où la société québécoise fait une dépense ou un paiement pour des activités de R & D. L'application de l'article 225.2 L.I. ferait en sorte que les dépenses effectuées par la société québécoise pourraient être considérées en rapport avec son entreprise aux fins de l'article 222 L.I., laquelle est exploitée au Québec.

Ainsi, étant donné que la dépense serait une dépense de R & D se rapportant à l'entreprise exploitée au Québec, il est permis de croire que la société québécoise pourrait réclamer le crédit d'impôt prévu à l'article 1029.7 L.I., puisqu'une dépense admissible à ce crédit, selon le troisième alinéa de cet article, signifie un salaire et une contrepartie versés par le contribuable qui constituent pour le contribuable une dépense visée au paragraphe 1 de l'article 222 L.I., c'est-à-dire les dépenses de nature courante en rapport avec l'entreprise du contribuable. Ainsi, par le truchement de l'article 225.2 L.I., la dépense concernerait l'entreprise de la société, donc elle s'y rapporterait selon ce que prévoit le nouvel article 1029.8.21.3.2 L.I. Il serait important de connaître l'opinion des autorités fiscales québécoises à cet égard.

---

[44] Le paragraphe 37(1.1) L.I.R. est le pendant fédéral de l'article 225.2 L.I. L'article 225.2 L.I. prévoit, pour l'application de l'article 222 L.I., que, lorsqu'un contribuable (dans le présent contexte, la société québécoise) est une société, les activités de R & D concernant une entreprise qu'exploite une autre société (la société ontarienne) à laquelle le contribuable est lié et dans laquelle cette autre société prend une part active au moment où une dépense à l'égard des activités de R & D est faite par le contribuable doivent être considérées en rapport avec une entreprise du contribuable à ce moment.

CONCLUSION

Les éléments abordés dans ce texte se veulent une réflexion sur le positionnement du Québec en tant que terre d'accueil pour les entreprises innovantes. Il faut demeurer alerte au fait que de plus en plus de juridictions offrent des incitatifs fiscaux pour la R & D et que certaines de ces juridictions sont toutes proches. En effet, le gouvernement du Nouveau-Brunswick a rendu son crédit d'impôt pour la R & D entièrement remboursable en 2003 et en a augmenté le taux à 15 %. Quant à lui, le Manitoba, bien que son crédit d'impôt soit non remboursable, en a augmenté le taux à 20 % à l'occasion de son Budget déposé en mars 2005 et a, par la même occasion, prolongé la période de report prospectif de son crédit d'impôt à 10 années au lieu de 7. Force est de constater que la plupart des régimes fiscaux pour la R & D évoluent et, afin de maintenir un avantage concurrentiel marqué quant à ses propres incitatifs fiscaux pour la R & D, il ne faudrait pas que le Québec se referme trop sur lui-même.

PARTIE C
Les paiements aux employés ou sous-traitants donnant droit aux crédits d'impôt au Québec

Lucie Bélanger, associée déléguée, avocate, M. Fisc.
PricewaterhouseCoopers, s.r.l./s.e.n.c.r.l.

INTRODUCTION[*]

Depuis 1987, le gouvernement du Québec a progressivement introduit plusieurs mesures fiscales dans le but d'intéresser les sociétés à investir dans les travaux de recherche scientifique et de développement expérimental (ci-après « RS & DE ») effectués au Québec.

Ces mesures incitatives, parmi les plus généreuses du monde, sont basées sur la prémisse que l'avancement technologique résultant de la recherche industrielle est un facteur important de la croissance économique d'un pays.

Par le biais de ces mesures, on espère attirer et retenir les investissements en RS & DE, réduire l'écart en matière d'innovation au Québec par rapport aux autres pays, diminuer le risque financier pour les sociétés ainsi que mettre au point les produits et accroître les services offerts par les contribuables[1].

On veut inciter les contribuables, qui exploitent une entreprise au Québec et qui y ont un établissement, à effectuer ou à accroître des travaux de RS & DE se rapportant à l'exploitation de cette entreprise établie au Québec[2]. L'objectif du gouvernement est d'augmenter les dépenses de

---

[*] L'auteure remercie M[me] Catherine Royer, de la firme PricewaterhouseCoopers, de sa contribution à la recherche faite en vue de la rédaction de ce texte.

[1] Gordon LENJOSEK et Mario MANSOUR, « Why and How Governments Support R & D », (1999), vol. 47, n[o] 2 *Revue fiscale canadienne* 242-272; Alan KATIYA et Claude DEMERS, « Programme de RS & DE – Comité de partenariat », dans *Colloque – Échanges pratiques avec les professionnels de la RS & DE*, 148, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2005, pp. 1:1-21; Gilles N. LARIN, Marie-Claude COULOMBE, Stéphane GRÉGOIRE et Lucie QUESNEL, « A Guide to Quebec Corporate Tax Incentive », (2001), vol. 49, n[o] 3 *Revue fiscale canadienne* 595-632.

[2] QUÉBEC, ministère du Développement économique, de l'Innovation et de l'Exportation, *L'Avantage québécois – Stratégie gouvernementale de développement économique*, 2005.

RS & DE jusqu'à 3 % du produit intérieur brut d'ici 2010. On veut favoriser les retombées économiques pour le Québec, notamment sous la forme de création d'emplois ou de croissance des investissements.

Pour bénéficier de ces incitatifs, il faut effectuer, ou faire effectuer, des activités de RS & DE au Québec, exploiter une entreprise et avoir un établissement au Québec. Ces activités sont définies, aux fins fiscales, comme des activités admissibles encadrées, documentées et bien planifiées, exercées par un personnel compétent et expérimenté, requérant la résolution d'incertitudes sur la façon ou la possibilité d'atteindre les résultats désirés et procurant un avancement technologique[3].

Un contribuable, qui exploite une entreprise et a un établissement au Québec, peut déduire les dépenses engagées ou certains paiements faits pour des activités de RS & DE exécutées par le contribuable ou pour son compte. Il peut également bénéficier d'un crédit remboursable sur les salaires et contreparties payées au Québec pour la RS & DE effectuée au Québec. Ce crédit n'est pas considéré, aux fins du Québec, comme un montant reçu à titre de subvention[4] et ne doit pas être inclus dans le revenu. De même, ce crédit ne réduira pas la dépense incluse au chapitre de la RS & DE[5]. Aux fins de l'impôt fédéral, toutefois, le crédit réclamé au Québec doit réduire les dépenses de l'année.

Dans ce texte, nous traiterons du crédit RS & DE pour les salaires du Québec et, plus particulièrement, des salaires et contreparties admissibles à ce crédit.

1. CRITÈRES D'ADMISSIBILITÉ AU CRÉDIT SALAIRES RS & DE

Un contribuable peut bénéficier d'un crédit d'impôt remboursable de 17,5 % sur les salaires admissibles versés au Québec[6]. Pour les sociétés non

---

3 *Loi sur les impôts*, L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »), art. 222 (2e al.). Les critères devant être respectés pour qu'une activité puisse être considérée comme une activité de RS & DE sont l'avancement de la science ou de la technologie, l'incertitude scientifique ou technologique et le contenu scientifique et technique, le tout tel qu'il est mentionné dans : REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP. 1029.7.1, « Crédit pour la recherche et le développement », 30 janvier 1987.

4 Par. 312h) L.I.

5 Art. 225 L.I.

6 Art. 1029.7 et 1029.8 L.I.

contrôlées, directement ou indirectement, pendant toute l'année, par une ou plusieurs personnes non résidentes au Canada, dont les éléments d'actif sont inférieurs à 25 M$ pour l'année précédente, en tenant compte des compagnies associées[7], le niveau de l'aide fiscale est plus important. Le taux maximal du crédit d'impôt remboursable pour la RS & DE est de 37,5 %[8]. Quand les éléments d'actif excèdent 25 M$, ce taux est progressivement réduit jusqu'à 17,5 % pour les entreprises dont les éléments d'actif cumulés à ceux des sociétés associées excèdent 50 M$ pour l'exercice financier précédent. Selon les mesures du budget, le tableau suivant illustre la réduction progressive des taux :

Éléments d'actif (M$)	**(%)**
25 et moins	37,5
30	33,5
35	29,5
37,5	27,5
40	25,5
45	21,5
50	17,5
Plus de 50	17,5

7 Art. 1029.7.2 à 1029.7.10 L.I.; REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP. 1029.7.2-1, « Hausse du crédit sur les salaires et la partie de la rémunération attribuable à des salaires versés à l'égard des recherches scientifiques et du développement expérimental ("RS & DE") prévu à l'article 1029.7 de la Loi sur les impôts », 31 mars 1994.

8 Cette modification s'applique aux dépenses de RS & DE engagées après le 21 avril 2005, pour des travaux de RS & DE effectués après ce jour, et ce, même si c'est en vertu d'un contrat de recherche conclu avant ce jour.

Ce taux amélioré est applicable à la première tranche de 2 M$ de salaires RS & DE admissibles, payés durant une année fiscale, pour la société et des sociétés associées. Si l'année fiscale est inférieure à 51 semaines, ce plafond doit être calculé proportionnellement. Ce plafond doit être réparti entre les sociétés associées[9].

Ce crédit prend la forme d'un paiement réputé d'impôt. Il est remboursable si le contribuable n'a pas d'impôt à payer. L'article 1029.7 L.I. répute qu'il y a eu paiement d'impôt et l'article 1051 L.I. énonce que, lorsqu'un contribuable a payé, à titre d'impôt, pour cette année, un montant supérieur à celui exigible, le ministre doit rembourser l'excédent au contribuable à sa demande. Ce crédit n'est pas reportable à une année suivante. Pour obtenir ce crédit, les conditions suivantes doivent être remplies :

- le contribuable ne doit pas être un contribuable exclu ou une société exonérée;

- il doit exploiter une entreprise au Québec et y avoir un établissement[10];

- il doit effectuer, ou faire effectuer pour son compte, au Québec, dans le cadre d'un contrat, des activités de RS & DE;

- les salaires sont versés à des employés d'un établissement situé au Québec, à l'égard de la RS & DE effectuée dans l'année, au Québec;

- le contribuable doit produire, auprès des autorités fiscales québécoises, une déclaration de revenus selon la forme prescrite et dans les délais prescrits, c'est-à-dire au plus tard le jour où le contribuable est tenu de produire sa déclaration pour l'année fiscale suivant l'année donnée[11].

---

9 *Supra*, note 7.

10 Cette exigence s'applique aux dépenses de RS & DE engagées par une personne, ou par une société de personnes, relativement à une entreprise qu'elle exploite et dont l'exercice financier débute après le 21 avril 2005. Cette modification ne s'applique pas aux dépenses de RS & DE engagées après le 21 avril 2005, pour des travaux de RS & DE effectués après le 21 avril 2005, dans le cadre d'un contrat de recherche conclu avant cette date.

11 Art. 1029.8.21.2 L.I.

1.1. CONTRIBUABLE EXCLU

Un contribuable exclu[12] désigne une société exclue ou une fiducie dont l'un des bénéficiaires du capital ou du revenu est soit une société exclue, soit une personne exonérée d'impôt, en vertu du livre VIII de la Partie I L.I. L'expression « société exclue » désigne notamment une société exonérée d'impôt en vertu du livre VIII de la Partie I L.I., et plus explicitement une société dont les actions, le capital ou les biens sont possédés dans une proportion d'au moins 90 % par Sa Majesté aux droits du Canada ou d'une province, ainsi qu'une filiale entièrement contrôlée par une telle société[13]. Une société qui est contrôlée ou liée à une société contrôlée est une société exclue[14]. Une société contrôlée est une société qui, au cours des 24 mois précédant la date de conclusion d'un contrat, ou à un moment ultérieur, est contrôlée, directement ou indirectement, par :

- une entité universitaire admissible;
- un centre de recherche public admissible;
- un consortium de recherche admissible;
- une fiducie dont l'un des bénéficiaires du capital ou du revenu est une entité universitaire admissible, un centre de recherche public admissible ou un consortium de recherche admissible;
- une société qui exploite une entreprise de services personnels;
- une combinaison d'entités ou de personnes énumérées plus haut.

1.2. EXPLOITER UNE ENTREPRISE AU QUÉBEC ET Y AVOIR UN ÉTABLISSEMENT

Le crédit d'impôt pour la RS & DE s'adresse à un contribuable qui exploite une entreprise au Québec, y a un établissement et effectue ou fait effectuer, pour son compte, de la RS & DE au Québec. Cette condition vise à recentrer l'aide fiscale, consentie en vertu de ces crédits d'impôt, vers les

---

12 Art. 1029.6.1 « contribuable exclu » L.I.

13 Art. 985 L.I.

14 Art. 1029.6.1 « société exclue » et 1029.8.5.3 L.I.

entreprises québécoises. Dans le Budget 2006-2007[15], on indique que la législation fiscale sera modifiée pour prévoir que le contribuable doit satisfaire aux critères d'admissibilité au moment où il engage la dépense donnant ouverture à un crédit d'impôt.

La question de savoir si un contribuable exploite une entreprise au Québec, ou qu'il y a un établissement, est une question de fait à évaluer selon les circonstances propres à chaque cas. Il faut s'en remettre à la doctrine et à la jurisprudence pour obtenir des critères et des exemples.

Il est important de bien saisir ce qu'est un établissement aux fins de la *Loi sur les impôts*[16]. En vertu du premier alinéa de l'article 12 L.I., c'est un lieu fixe où le contribuable exerce son entreprise. Il s'agit donc d'un lieu stable, permanent ou maintenu pendant une durée assez longue, que le contribuable utilise couramment ou régulièrement dans l'exercice de son entreprise. S'il n'y a pas de tel lieu, l'endroit principal où le contribuable exerce son entreprise constitue son établissement. On peut concevoir que pareil établissement existe dans un lieu donné si une entreprise y est exercée et que des affaires y sont faites. Il n'est pas nécessaire qu'un « lieu d'affaires » existe pendant un minimum de temps pour constituer un établissement. Tout lieu à partir duquel un contribuable exerce une entreprise d'une façon stable, permanente ou pour une durée assez longue peut constituer un établissement, même si l'utilisation du lieu n'a duré que quelque temps au cours d'une année d'imposition. Revenu Québec considère que, si un contribuable a un contrôle prolongé sur un endroit parce qu'il en est le propriétaire ou parce qu'il en est le locataire aux termes d'un bail d'une durée assez longue et qu'il utilise cet endroit couramment ou régulièrement, même pendant une période de deux à quatre semaines seulement, chaque année, dans l'exercice de son entreprise, cet endroit est, pour ce contribuable, un « lieu fixe », c'est-a-dire « stable, permanent ou maintenu pendant une durée assez longue », où il exerce son entreprise et que, par conséquent, il peut constituer pour lui un établissement au sens du premier alinéa de l'article 12 L.I.[17]

---

15 QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2006-2007, Discours sur le budget et Renseignements supplémentaires*, 2 mai 2006.

16 Art. 12 L.I.

17 REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP. 12-1/R3, « Établissement d'un contribuable », 31 août 2005. Ce bulletin contient plus de détails sur ce qui constitue un établissement aux fins d'application de la *Loi sur les impôts*.

Une règle antiévitement répute qu'un contribuable n'exploite pas d'entreprise lorsque ce dernier exploite une telle entreprise en raison d'un arrangement, d'une opération ou d'un événement et que l'on peut raisonnablement considérer que l'un des buts visés est de faire en sorte que le contribuable exploite une entreprise[18].

1.3. EFFECTUER OU FAIRE EFFECTUER POUR SON COMPTE DE LA RS & DE AU QUÉBEC

Un contribuable peut réclamer un crédit d'impôt remboursable, notamment à l'égard des salaires qu'il a versés à ses employés, d'un établissement situé au Québec, aux fins d'effectuer lui-même de la RS & DE au Québec. Un crédit peut également être réclamé sur une partie de la contrepartie qu'il a versée, dans le cadre d'un contrat de recherche ou d'un autre contrat, à une personne ayant effectué la RS & DE au Québec[19].

1.3.1. Effectuer de la RS & DE

Un contribuable qui effectue de la RS & DE exécute, par l'entremise de ses employés, des travaux de RS & DE au sens donné à cette expression par les lois fiscales. Ainsi, ces travaux de RS & DE respectent en soi les critères d'avancement, d'incertitude et d'investigation systématique ainsi que les travaux de support proportionnel reliés à la RS & DE.

Le contribuable qui effectue de la RS & DE peut le faire pour son compte ou pour le compte d'une autre personne.

Ces travaux de RS & DE peuvent également être exécutés dans le cadre d'un projet conjoint avec d'autres entreprises, dont des entreprises ayant un lien de dépendance avec le contribuable[20].

Le contribuable n'a pas à effectuer de la RS & DE pour son propre compte en vue de réclamer le crédit RS & DE pour salaires. Il s'agit qu'il effectue de la RS & DE. Si la RS & DE est effectuée au bénéfice d'un autre contribuable, le crédit pour salaires peut être réclamé par le contribuable qui exécute de la RS & DE. Mais le crédit s'appliquera sur la partie de la dépense qui excède raisonnablement la partie du paiement contractuel

---

18 Art. 1029.8.20 L.I.

19 Art. 1029.7 et 1029.8 L.I.

20 Art. 225.2 L.I.

attribuable aux salaires. Si le paiement contractuel s'applique, à la fois, aux salaires et à d'autres dépenses, on réduira la dépense de salaires d'un montant raisonnablement proportionnel et non pas du montant total du paiement reçu pour l'ensemble du projet. Les règles aux fins du Québec diffèrent de celles du fédéral. Ainsi, l'article 1029.8.18 L.I. prévoit que seuls les paiements contractuels ou l'aide ayant trait à la dépense constituent un montant qui vient diminuer l'assiette du crédit d'impôt pour salaires RS & DE[21].

Lorsqu'il s'agit d'un montant payé par une personne qui ne réside pas au Canada et qui n'y exploite pas une entreprise, ce montant à payer ne constitue pas un paiement contractuel[22].

Toutefois, nous comprenons que, lorsque le montant est à payer par une personne qui exploite une entreprise et a un établissement hors Québec, le montant payé constitue, au sens de l'article 1029.8.17 L.I., un paiement contractuel, et ce, même si le payeur ne pourra lui-même bénéficier du crédit RS & DE s'il n'exploite pas d'entreprise au Québec, ou s'il n'y a pas d'établissement. Aucun contribuable n'a alors droit au crédit pour une dépense de RS & DE qui fait croître une entreprise québécoise.

Un paiement contractuel est défini au paragraphe c) de l'article 1029.8.17 L.I. et désigne :

a) un montant à payer par une personne qui réside au Canada ou par une personne qui ne réside pas au Canada mais qui y exploite une entreprise pour de la RS & DE concernant l'entreprise de cette personne; ou

b) un montant à payer, à l'exclusion d'un montant prescrit, par le gouvernement du Canada ou d'une province, une municipalité ou un autre organisme public canadien ou par une personne exonérée de l'impôt, en vertu de la Partie I L.I. en raison des articles 980 à 985 et

---

21 « Table ronde sur la fiscalité provinciale », dans *Congrès 97*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1998, pp. 52:1-70, question 3.3., aux pages 52:27-29. Il faut comparer avec la formulation du paragraphe 127(18) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (L.R.C. (1985), 5e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »)), qui indique que tous les paiements contractuels, reçus ou à recevoir, doivent réduire l'ensemble des dépenses d'un projet de RS & DE plutôt qu'une dépense spécifique.

22 REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP. 1029.8.17-1/R1, « Aide gouvernementale, aide non gouvernementale et paiement contractuel », 31 octobre 1994.

985.23 à 999.1 L.I. pour des RS & DE à effectuer pour cet organisme ou cette personne ou pour leur compte.

1.3.2. Faire effectuer de la RS & DE pour son compte

Il n'existe pas de test unique dans la loi ou la jurisprudence qui permette de déterminer qu'un contribuable fait effectuer pour son compte de la RS & DE par un tiers. Une telle détermination se fait sur la base de l'ensemble de toutes les dispositions du contrat conclu entre les parties et des faits propres à chaque cas.

En règle générale, pour faire cette détermination, il y a lieu d'utiliser des critères tels que les exigences du contrat quant aux travaux à exécuter, le prix par rapport aux risques assumés, le dépassement de coûts, le respect d'exigences spécifiques et de satisfaction, l'appartenance de la propriété intellectuelle, etc. Il est à noter qu'aucun de ces critères n'est, à lui seul, déterminant. Lorsqu'un paiement est fait à un tiers, est-on en présence d'un contrat pour faire effectuer de la RS & DE ou d'un contrat d'achat de bien? Il faut faire une analyse de l'ensemble des faits entourant les contrats intervenus entre les parties pour déterminer s'il s'agit d'un paiement fait pour l'acquisition d'un bien ou un paiement pour faire effectuer de la RS & DE.

1.3.3. Contrats et paiements auxquels s'appliquent les crédits salaires RS & DE

En ce qui a trait au calcul du crédit, la loi distingue deux types de paiements, les contreparties versées dans le cadre d'un contrat à l'égard de la RS & DE et les contreparties versées en vertu d'autres contrats conclus entre le contribuable et un sous-traitant les « contrats donnés »[23]. Aucune définition ne vise les « contrats donnés ».

Le Budget 2006-2007 du ministre des Finances confirme la portée très large de la notion de « contrat donné », c'est-à-dire un contrat autre qu'un contrat par le biais duquel le contribuable fait effectuer des RS & DE pour son compte.

---

[23] REVENU QUÉBEC, lettre d'interprétation 95-011375, 12 janvier 1996; art. 1029.7 L.I.

1.3.4. Dépenses non admissibles

Dans le cadre du crédit d'impôt remboursable pour la RS & DE sur les salaires, la législation actuelle ne comporte aucune restriction quant à l'admissibilité des dépenses dans les situations où un contribuable effectue lui-même des travaux de RS & DE ou fait effectuer de tels travaux par un sous-traitant. Ainsi, des dépenses comme les frais juridiques ou comptables peuvent parfois être considérées aux fins du calcul de ce crédit d'impôt.

Le Budget 2006-2007 nous indique que ce résultat ne correspond pas à la politique fiscale dans le domaine de la RS & DE. En conséquence, la législation fiscale sera modifiée afin que les dépenses de RS & DE qui sont inadmissibles pour l'application des crédits d'impôt pour la RS & DE universitaire, la RS & DE précompétitive et la RS & DE consortium soient également inadmissibles pour l'application du crédit d'impôt pour la RS & DE salaire, et ce, que de telles dépenses soient engagées par le contribuable lui-même ou par un sous-traitant.

Ces modifications s'appliqueront aux dépenses de RS & DE engagées le lendemain du Discours sur le budget pour des travaux de RS & DE effectués après ce jour dans le cadre d'un contrat conclu aussi après ce jour, le cas échéant.

Nous comprenons, de cette annonce, que les dépenses admissibles[24] seront les dépenses visées au paragraphe 1) de l'article 222 L.I., c'est-à-dire des dépenses de nature courante faites pour de la RS & DE, ou au paragraphe a) de l'article 223 L.I., c'est-à-dire des dépenses en capital faites pour de la RS & DE autre qu'une telle dépense visée à l'article 1029.8.5.1 L.I. Ce dernier article concerne :

a) des dépenses de nature courante engagées à l'égard de l'administration générale ou la gestion d'une entreprise, y compris le salaire ou le traitement administratif, des honoraires juridiques ou comptables, divers frais financiers[25], des frais de représentation, des frais de publicité ou de vente, des frais relatifs à une conférence ou à un congrès, une cotisation ou un droit à titre de membre d'un organisme scientifique ou technique, une amende ou pénalité;

---

24 Art. 1029.8.1 « dépenses admissibles » L.I.

25 Art. 147, 148, 160, 161, 163, 176, 176.4 et 179 L.I.

b) une dépense de nature courante engagée par un contribuable ou une société de personnes à l'égard du maintien et de l'entretien de locaux, d'installations ou de matériel dans la mesure où cette dépense n'est pas imputable à la poursuite de RS & DE;

c) une dépense en capital engagée par un contribuable ou une société de personnes à l'égard de l'acquisition d'un bien, à l'exclusion d'une telle dépense destinée, au moment où elle est engagée, à la fourniture de locaux, d'installations ou de matériel, si au moment de leur acquisition les locaux, les installations ou le matériel répondent aux conditions suivantes :

   i) ils doivent être utilisés, pendant la totalité ou presque de leur temps d'exploitation au cours de leur vie utile prévue, pour la poursuite de travaux de RS & DE effectués au Canada,

   ii) la totalité ou presque de leur valeur est censée être consommée dans le cadre de la poursuite de travaux de RS & DE effectués au Canada;

d) une dépense en capital engagée par un contribuable ou une société de personnes à l'égard de l'acquisition d'un bien, lorsque ce bien a été utilisé ou acquis pour être utilisé ou loué, à quelque fin que ce soit, avant cette acquisition;

e) une dépense faite pour acquérir des droits dans des RS & DE ou des droits en découlant;

f) une dépense relative à des RS & DE à l'égard de laquelle un montant est admissible en déduction en vertu des articles 710 à 716.0.3 L.I. ou 752.0.10.1 à 752.0.10.8 L.I. dans le calcul du revenu imposable ou de l'impôt à payer en vertu de la présente partie;

g) une dépense de nature courante ou une dépense en capital, dans la mesure où le contribuable ou la société de personnes qui l'a engagée a reçu ou est en droit de recevoir un remboursement à l'égard de celle-ci d'une personne qui réside au Canada, autre :

   i) que l'État ou Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province, autre que le Québec,

   ii) qu'un mandataire de l'État ou de Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province, autre que le Québec,

iii) qu'une société, commission ou association qui est contrôlée, directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit, par l'État ou Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province, autre que le Québec, ou par un mandataire de l'État ou de Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province autre que le Québec,

iv) qu'une municipalité au Canada ou qu'un organisme municipal ou public remplissant une fonction gouvernementale au Canada;

h) une dépense de nature courante ou une dépense en capital, dans la mesure où le contribuable ou la société de personnes qui l'a engagée a reçu ou est en droit de recevoir un remboursement à l'égard de celle-ci d'une personne qui ne réside pas au Canada et, dans la mesure où ce remboursement est admissible en déduction par cette personne dans le calcul de son revenu imposable gagné au Canada pour une année d'imposition;

i) une dépense visée à l'article 230.0.0.2 L.I.;

j) une dépense indiquée par une société aux fins de la division 194(2)a)(ii)(A) L.I.R.

1.3.5. Sous-traitance

Lorsque le contribuable, sans lien de dépendance, fait appel aux services d'une autre partie, sous-traitante, pour l'exécution de la RS & DE, il ne peut réclamer le crédit. Si le sous-traitant veut réclamer lui-même le crédit, il devra appliquer les règles de paiement contractuel et réduire les dépenses. Des exceptions s'appliquent toutefois à certaines situations où des parties, ayant un lien de dépendance, traitent entre elles[26]. Elles doivent s'appliquer restrictivement.

2. SALAIRES

2.1. EMPLOYÉS EXERÇANT DIRECTEMENT DE LA RS & DE

Les salaires admissibles sont définis comme des salaires versés, et non pas seulement passés en charge, ayant constitué une dépense admissible de RS & DE. Ces salaires sont non admissibles, par ailleurs, aux programmes de crédit d'impôt prévus par d'autres mesures fiscales telles que, par

[26] Par. 1029.7f), f.1), g), h), h.1) et i) L.I.

exemple, les crédits pour contrat de recherche universitaire ou projets précompétitifs. Ils sont versés pour de la RS & DE à ces employés d'un établissement situé au Québec. Les employés n'ont toutefois pas à résider au Québec.

Un salaire et une rémunération ne comprennent que ce qui constitue, pour le contribuable, une dépense visée au paragraphe 1) de l'article 222 L.I. ou au paragraphe a) de l'article 223 L.I., c'est-à-dire qui satisfait au test des dépenses admissibles de RS & DE et qui n'est pas inclus dans les dépenses versées à l'article 230.0.0.2 L.I.[27]

Nous comprenons que cette définition peut inclure plus que les salaires d'un employé qui entreprend, supervise ou supporte directement la poursuite de RS & DE, si le choix du montant de remplacement n'a pas été effectué au niveau provincial[28]. Cela inclut ainsi une dépense de salaire directement imputable, selon les règlements, à la poursuite de RS & DE[29]. De telles dépenses visent un employé qui entreprend, supervise ou supporte directement la poursuite de RS & DE, ainsi que les autres dépenses directement reliées à une telle poursuite et qui n'auraient pas été engagées si cette RS & DE n'avait pas eu lieu. Il faut alors répondre au critère de lien direct avec la RS & DE et il faut que ce soit une dépense supplémentaire engagée à cause de la RS & DE. Ce fardeau de preuve est parfois difficile à respecter si une seule personne occupe certaines fonctions pour l'ensemble des activités de la société (par exemple, un acheteur).

Si le choix du montant de remplacement est fait, il ne faut inclure que le traitement ou le salaire d'un employé s'occupant directement de RS & DE que l'on peut raisonnablement considérer comme attribuable à ce travail, compte tenu du temps que l'employé y consacre[30].

Aux fins du calcul du crédit RS & DE sur les salaires, on entend par « salaire » le revenu calculé en vertu des chapitres I et II du titre II du livre III de la Partie I L.I., ce qui inclut le salaire ainsi que tous les autres avantages imposables. Les paies de vacances y sont incluses, car elles font partie du salaire. La participation de l'employeur, à titre de contribution aux

---

27 Art. 1029.7 (3e al.) L.I.

28 Art. 230 L.I.

29 Par. 230b) L.I.; *Règlement sur les impôts*, R.R.Q., 1981, c. I-3, r.1 et mod., art. 230RI.

30 Par. 230c) L.I.

régimes sociaux, n'est pas une dépense admissible, dans la mesure où elle n'est pas incluse dans le revenu de l'employé[31]. Le salaire ne comprend pas les gratifications qu'un employé n'est pas tenu d'inclure dans le calcul de son revenu de charge ou emploi. Ainsi, la part de l'employeur quant aux avantages sociaux non imposables, tels que, par exemple, les contributions aux régimes de retraite, ne doit pas être incluse dans le calcul du salaire.

Même si la société utilise les principes comptables généralement reconnus afin de comptabiliser les salaires dans l'année où ils sont effectivement engagés, l'article 482 L.I. précise que, lorsqu'un salaire est impayé le 180e jour qui suit la fin d'année d'imposition au cours de laquelle cette dépense a été faite, ce salaire est réputé ne pas être une dépense faite dans cette année, mais plutôt une dépense engagée dans l'année d'imposition au cours de laquelle il est payé. Or, le crédit ne pourra être réclamé qu'une fois les salaires versés et ils doivent être versés à l'égard de la RS & DE effectuée durant l'année. Cette règle ne s'applique pas à l'égard d'une paie raisonnable de vacances ou de congés ni à un montant différé en vertu d'une entente d'échelonnement de traitements[32].

2.2. TRAVAILLEURS AUTONOMES

L'article 1029.7 L.I. n'accorde un crédit que sur la portion des salaires versés aux employés ou que sur la partie de la rémunération versée à une personne, attribuable aux salaires de ses employés ou à la rémunération existante, si celle-ci avait de tels employés.

Il apparaît, du *Bulletin d'interprétation* et du Discours sur le budget 1983, introduisant cette mesure fiscale, que l'intention du législateur était de permettre un crédit pour le travail effectué pour la recherche, que ce soit par un salarié de l'entreprise qui fait la recherche ou le salarié d'une entreprise sous-traitante. Le législateur a prévu que le travail de RS & DE non payé sous forme de salaire pouvait bénéficier du crédit s'il était payé à la suite d'un contrat. L'expression « ou le serait si celle-ci avait de tels employés » mentionnée à l'article 1029.7 L.I. vise le cas d'une personne autonome n'ayant pas d'employés pour exécuter le contrat en vertu duquel elle effectue des RS & DE au bénéfice de la société qui réclame le crédit pour la RS & DE.

---

31 REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP. 1029.7-1, « Crédit pour la recherche et le développement », 30 janvier 1987, par. 6.

32 REVENU QUÉBEC, lettre d'interprétation 98-010599, « Crédit pour RS & DE, Notion de salaire versé », 29 juillet 1998.

Si la personne exécutant de la RS & DE est un travailleur autonome, on doit donc évaluer quel aurait été le salaire qui aurait été payé s'il avait eu des employés pour exécuter le contrat[33]. Cela est une question de fait à évaluer selon les circonstances. Le contribuable et l'autre partie ont le fardeau de démontrer ce qui aurait pu constituer un salaire raisonnable. Si le travailleur autonome n'est pas lié au contribuable qui réclame le crédit d'impôt RS & DE, la partie de la rémunération assujettie au crédit est fixée à 50 % du montant du contrat.

2.3. CARACTÈRE RAISONNABLE DES SALAIRES QUI N'AURAIENT PAS ÉTÉ ENGAGÉS N'EÛT ÉTÉ LA RS & DE

Le choix de l'identification des dépenses de RS & DE, selon la méthode de remplacement ou la méthode traditionnelle, est permis dans la législation québécoise. Toutefois, l'utilisation de la méthode de remplacement n'est pas avantageuse, car elle réduit généralement l'assiette des salaires admissibles aux crédits salaires RS & DE puisqu'elle n'inclut pas les salaires ou les contreparties versées faisant partie des frais généraux.

En vertu des principes généraux applicables de la *Loi sur les impôts*, le caractère raisonnable d'une dépense doit être établi par le contribuable. Les facteurs suivants peuvent être considérés :

- le pourcentage et l'ampleur des salaires qui n'auraient pas été engagés n'eût été la RS & DE, par exemple, les salaires administratifs ou de soutien, versés par rapport aux salaires directement reliés à la RS & DE;

- l'importance et la durée du projet (par exemple, un projet plus long et plus important peut requérir une structure organisationnelle plus complexe, avec plus de niveaux hiérarchiques et plus d'affectations administratives);

- la structure hiérarchique ou centralisée d'une société par opposition à une structure décentralisée, requérant moins de niveaux de supervision et d'autorisation;

- l'expertise et l'apport du personnel, dans des équipes multidisciplinaires, ce qui peut signifier l'embauche de personnel supplémentaire à cause des activités de RS & DE.

---

33 REVENU QUÉBEC, *op. cit.*, note 7, par. 6.

2.4. NOTION DE « SALAIRE VERSÉ »

Pour se prévaloir du crédit à la RS & DE, pour une année d'imposition, le contribuable doit avoir payé les salaires des employés, qui ont participé aux activités de RS & DE **dans l'année**, au plus tard le 18e mois suivant la fin de l'exercice financier auquel ils se rapportent[34]. Il faut se rappeler que l'article 482 L.I. indique que, lorsqu'un salaire est impayé le 180e jour qui suit la fin de l'année d'imposition au cours de laquelle la dépense est faite, ce montant est réputé ne pas être une dépense engagée dans cette année mais dans l'année au cours de laquelle il est payé. Or, l'article 1029.7 L.I. requiert que les salaires soient versés à l'égard de la RS & DE effectuée **dans l'année**.

2.5. ALLOCATIONS DE RETRAITE ET MONTANTS PAYÉS À TITRE DE DOMMAGES

Une « allocation de retraite » ne peut être considérée comme un « traitement ou salaire » et, par conséquent, ne pourrait donner lieu au crédit salaires RS & DE.

Le terme « allocation de retraite », tel qu'il est défini dans la loi, comprend un montant payé au moment de la retraite ou après la retraite d'un employé en reconnaissance de longs états de services. Une allocation de retraite peut comprendre un paiement versé par suite de la perte d'une charge ou d'un emploi, qui est décrit comme une indemnité de départ ou de fin d'emploi, qu'elle ait été reçue ou non à titre de dommages.

Un montant payé à titre de dommages généraux (par exemple, dans le cadre de dommages pour perte de dignité, pour humiliation, ou conformément à une ordonnance ou au jugement d'un tribunal compétent) à des fins autres que la reconnaissance de services (c'est-à-dire l'exercice des activités de RS & DE) n'est pas une dépense de salaires de RS & DE et, par conséquent, ne donne pas droit aux crédits RS & DE sur les salaires.

2.6. OPTIONS D'ACHAT D'ACTIONS

Au Québec, par mesure déclaratoire annoncée dans le Budget 2006-2007, les options d'achat d'actions ne sont pas des dépenses admissibles de RS & DE, aux fins du crédit RS & DE. Le montant d'une dépense se limite à la somme qu'un contribuable a effectivement déboursée. L'avantage

34 Art. 1029.7 L.I.

imposable découlant d'une option d'achat d'actions octroyée à un employé participant à la RS & DE n'est pas un salaire versé. Pour plus de clarté, le Budget 2006-2007 indique que les modifications proposées par le gouvernement fédéral[35] seront faites en les adaptant, au besoin, en fonction des principes généraux applicables au Québec.

Il faut se rappeler que le gouvernement provincial n'est pas lié par le jugement rendu par la Cour fédérale dans la cause *Alcatel Canada inc*. c. *La Reine*[36] et la formulation de la législation provinciale au niveau du crédit salaire différé de la formulation du crédit d'impôt à l'investissement au fédéral.

3. PAIEMENTS POUR DE LA RS & DE EFFECTUÉE POUR LE COMPTE DU CONTRIBUABLE

Un crédit d'impôt RS & DE sur les salaires peut être accordé lorsque la RS & DE est effectuée pour le compte du contribuable, dans le cadre d'un contrat conclu avec une autre personne.

Deux types de mesures fiscales sont prévus, quant à la partie du paiement admissible au crédit, soit :

- celles à l'égard d'un contrat, relativement à la RS & DE effectuée pour le compte du contribuable;

  - par les personnes avec lien de dépendance – la partie de la contrepartie raisonnablement attribuable aux salaires (il ne faut pas tenir compte de tout montant versé pour l'acquisition d'un bien);

  - par les personnes sans lien de dépendance – la moitié de la contrepartie versée (nous comprenons qu'il n'y a pas à réduire la contrepartie d'un montant pour l'acquisition d'un bien);

- celles à l'égard d'un contrat, autre qu'un contrat par lequel le contribuable fait effectuer de la RS & DE pour son compte :

---

35 CANADA, ministère des Finances, *Communiqué* n° 2005-080, 17 novembre 2005.

36 [2005] 2 C.T.C. 2001; 2005 D.T.C. 387.

- par les personnes avec lien de dépendance – la partie de la contrepartie raisonnablement attribuable aux salaires (il ne faut pas tenir compte de tout montant versé pour l'acquisition d'un bien);

- par les personnes sans lien de dépendance – la moitié de la contrepartie versée (nous comprenons qu'il faut réduire de ce montant tout montant versé pour l'acquisition d'un bien, car la loi indique que la contrepartie doit être raisonnablement attribuable aux travaux effectués par les employés)[37].

Si des travaux de RS & DE sont confiés à une autre personne, dans le cadre d'un projet RS & DE, pour déterminer si un crédit d'impôt remboursable sur les salaires est disponible, il faut distinguer selon que les personnes, parties au contrat, ont un lien de dépendance ou non et selon que la méthode de remplacement est utilisée ou non. Il faut noter, cependant, qu'il est très rare qu'il soit avantageux d'utiliser la méthode de remplacement au Québec. Il incombe au contribuable de démontrer que le paiement effectué répond aux critères de l'article 1029.7 L.I. Les contrats et factures émises devraient contenir suffisamment de renseignements pour permettre d'évaluer le montant admissible.

Quels seront les critères utilisés pour déterminer qu'un contrat est visé, par exemple, au paragraphe c) (contrat RS & DE) plutôt qu'au paragraphe e) de l'article 1029.7 L.I. (contrat RS & DE)? Ce sera une question de fait et d'interprétation des contrats qui devra être discutée à la lumière de chaque cas.

Si le contribuable a accordé le contrat à une autre partie n'ayant aucun lien de dépendance, le crédit d'impôt remboursable sur les salaires s'applique sur la moitié du montant payé par le contribuable à l'autre partie, dans le cadre d'un contrat de RS & DE[38] ou d'un contrat donné, autre qu'un contrat de RS & DE. S'il y a sous-traitance par l'autre partie, il n'y aura aucun crédit accordé au contribuable, car l'article 1029.7 L.I. ne le prévoit pas. Par conséquent, cet élément doit être considéré dans la planification d'un projet RS & DE. Le contribuable négociant avec l'autre partie doit être diligent et poser les questions appropriées pour déterminer adéquatement les crédits auxquels il a droit. Ainsi, un contrat de recherche ou un contrat donné pourrait être conclu directement par le contribuable, en faveur de la personne

---

37 Art. 1029.7 (1er al.) L.I.

38 Cette expression n'est pas définie dans la *Loi sur les impôts*. Il faut donc lui donner le sens ordinaire des mots, tels qu'ils sont lus dans leur contexte.

exécutant les travaux, afin de conserver l'admissibilité au crédit d'impôt remboursable RS & DE sur les salaires.

Lorsqu'il y a lien de dépendance, le crédit d'impôt remboursable sur les salaires s'applique sur la partie du paiement fait par le contribuable à l'autre partie, laquelle est attribuable aux salaires versés aux employés de cette autre partie qui possède un établissement situé au Québec.

Dans le Budget 2006-2007, on nous indique que la législation fiscale sera modifiée pour prévoir, lorsqu'un sous-traitant et un contribuable ont un lien de dépendance entre eux, que le montant d'une aide gouvernementale ou non gouvernementale, d'un bénéfice ou d'un avantage reçu par le sous-traitant du contribuable qui demande un crédit d'impôt, à l'égard du salaire d'un de ses employés qui a fourni des services dans le cadre d'un contrat donnant ouverture à un crédit d'impôt, devra réduire le montant de la dépense de main-d'œuvre admissible du contribuable pour l'application du crédit d'impôt donné.

De même, la législation fiscale sera modifiée pour prévoir que le montant d'une aide gouvernementale ou non gouvernementale, d'un bénéfice ou d'un avantage reçu par le sous-traitant d'un contribuable réduira également le montant des frais donnant ouverture à un crédit d'impôt pour le contribuable, dans l'éventualité où de tels frais constitueront l'assiette du crédit d'impôt, lorsque le contribuable et le sous-traitant qui a fourni des services dans le cadre d'un contrat donnant ouverture à ce crédit d'impôt ont un lien de dépendance entre eux.

Cette modification s'appliquera à l'égard d'une aide, d'un bénéfice ou d'un avantage reçu ou à recevoir à compter du jour suivant celui du Discours sur le budget.

3.1. SERVICES À RENDRE

Lorsque des dépenses ont été engagées, en vertu d'un contrat de services de RS & DE à exécuter, et que les services ne sont pas rendus avant la fin de l'année du contribuable qui doit rendre les services, la déduction de ces dépenses prépayées n'est pas permise avant l'année à laquelle elles se rapportent[39].

---

[39] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-151R5 (consolidé), « Dépenses de recherche scientifique et de développement expérimental », 28 juillet 2003, par. 10.

Cette restriction n'existe pas pour les paiements de RS & DE faits à une association agréée, une organisation agréée, une université, un collège, un institut de RS & DE, une société résidant au Canada exonérée d'impôt ou une autre entité semblable si les paiements ne sont pas effectués entre des contribuables ayant un lien de dépendance.

Cette règle est conforme aux principes de la comptabilité d'exercice, c'est-à-dire que les activités de RS & DE doivent être effectuées[40] avant qu'une dépense de RS & DE puisse être reconnue. Une dépense pour services à rendre ne peut être reconnue avant l'année où elle se rapporte lorsqu'il s'agit de dépenses admissibles à la RS & DE, tel qu'il est prévu aux paragraphes 175.1 1) L.I. et à l'article 230.0.0.6 L.I. Au moment où la dépense est payée, elle ne sera considérée comme engagée que lorsque le service sera effectivement rendu.

3.2. CONCOMITANCE DES DÉPENSES

Pour l'application du crédit d'impôt remboursable pour la RS & DE salaire, certains travaux effectués par des sous-traitants peuvent être admissibles malgré le fait qu'il ne s'agisse pas de travaux de RS & DE. Dans le budget 2006-2007, on nous rappelle que, par exemple, des travaux de soudure effectués par un sous-traitant peuvent être admissibles dans la mesure où ces travaux sont essentiels pour la réalisation du projet de RS & DE.

De tels travaux ne peuvent vraisemblablement pas toujours être effectués dans la même année d'imposition que celle dans laquelle les travaux de RS & DE auxquels ils se rapportent ont eux-mêmes été assignés.

Dans le Budget 2006-2007, il est annoncé que la législation fiscale sera modifiée afin de préciser que les dépenses engagées pour des travaux afférents aux travaux de RS & DE, autres que des dépenses exclues, pourront être admissibles malgré le fait que les travaux n'aient pas été effectués durant l'année d'imposition au cours de laquelle les travaux de RS & DE auxquels ils se rapportent ont été effectués.

---

[40] Dans le cas des services à rendre, les dispositions législatives font référence à des dépenses effectuées ou engagées. L'analyse précédente à l'égard de la similitude des termes « fait » et « engagé » s'applique également au terme « effectué ». Il ne faut donc pas faire de distinction entre les termes « fait », « engagé » et « effectué ».

Cette modification s'appliquera aux dépenses de RS & DE engagées après le jour du Discours sur le budget, pour des travaux de RS & DE effectués après ce jour.

4. CONTRIBUTIONS

Un contribuable, une société, un membre de cette société, une personne ayant un lien de dépendance ou toute autre personne désignée peuvent avoir obtenu, être en droit d'obtenir ou raisonnablement s'attendre à obtenir une contribution à l'égard du projet de RS & DE. Le contribuable ou le membre de la société est alors réputé ne pas avoir payé un montant réputé d'impôt. Cependant, si chaque contribution constitue une dépense faite par cette personne pour effectuer, en partie ou en totalité, ces RS & DE, un montant sera quand même réputé payé au ministre, déduction faite du montant de la contribution.

Cette mesure est issue d'une politique fiscale applicable à certains montages financiers. La règle prévue par l'article 1029.8.19.2 L.I. définit une contribution à l'égard d'un projet de RS & DE comme une contribution sous forme de versement en numéraire, du transfert de la propriété d'un bien, de la cessation de l'usage ou du droit d'usage d'un bien, ou sous toute autre forme ou de toute autre manière, autres qu'un bien découlant des travaux de RS & DE effectués dans le cadre du projet.

Cette définition vise également un droit passé, immédiat ou éventuel, au produit de l'aliénation d'une partie de la propriété intellectuelle découlant du projet et, enfin, un bien que le ministre désigne.

Les pouvoirs discrétionnaires, conférés par l'article 1029.8.19.2 L.I., ont été utilisés à quelques reprises pour déterminer qu'une partie au projet recevait une contribution. À titre d'exemple, voici les contributions les plus courantes qui ont été traitées par Revenu Québec :

- le rachat de la propriété intellectuelle par l'entité de recherche qui effectue de la RS & DE ou par une personne avec laquelle cette entité a un lien de dépendance;

- à l'égard du financement d'un projet de RS & DE, un prêt, une caution ou toute autre garantie fournie au bénéfice du contribuable par l'entité de recherche effectuant la RS & DE;

- une participation dans le capital-actions du contribuable par l'entité de recherche qui doit effectuer de la RS & DE;

- la location ou l'achat, par l'entité de recherche qui effectue de la RS & DE, de biens, d'équipement ou de locaux appartenant au contribuable ou à une personne ayant un lien de dépendance avec le contribuable;

- un retour d'argent, sous forme d'un salaire versé par l'entité de recherche qui effectue de la RS & DE à un chercheur de l'entité de recherche affecté au projet de RS & DE, lequel est également un actionnaire du contribuable;

- une clause au contrat de recherche prévoyant le remboursement, en totalité ou en partie, par l'entité de recherche de la mise de fonds du contribuable, dans le cas où ce dernier n'effectuerait pas lui-même la commercialisation des résultats découlant du projet de RS & DE;

- les dépenses qui sont supportées par l'entité de recherche qui effectue de la RS & DE et qui ne font pas partie du budget de recherche supporté par le contribuable, comme, par exemple :

    - les salaires des chercheurs ou du personnel de recherche,

    - la mise à la disposition de l'équipe de recherche d'équipements ou de locaux,

    - la prise en charge des frais généraux relatifs à l'exécution de la RS & DE par l'entité de recherche,

    - la prise en charge d'une partie des coûts relatifs à la RS & DE par une tarification préférentielle inhabituelle pour les services requis en vue d'effectuer de la RS & DE.

Cette règle, relative aux contributions, visait, au départ, à empêcher l'obtention de crédits d'impôt de RS & DE, notamment pour la recherche universitaire, lorsque la structure de financement d'un projet de RS & DE comportait un retour d'argent au contribuable, par le biais du rachat par l'entité universitaire admissible de certains droits (souvent la propriété intellectuelle) dans la RS & DE effectuée au bénéfice du contribuable.

Toutefois, la portée de cette mesure est plus large. C'est une question de fait que de déterminer si un contribuable, une société, un membre de cette société, une personne ayant un lien de dépendance avec ce contribuable, cette société ou un membre de cette société, ou toute autre personne que le ministre désigne, obtient une contribution à l'égard d'un projet de RS & DE

ou à l'égard de sa réalisation. Le ministre se réserve un large pouvoir discrétionnaire pour désigner toute autre personne comme obtenant une contribution à l'égard d'un projet de RS & DE ou à l'égard de la réalisation de celui-ci.

Ces mesures reflètent le souci qu'ont les autorités fiscales de contrecarrer les abus et de faire supporter tous les risques par le contribuable. Ainsi, initialement, tout contribuable qui bénéficiait d'une contribution se voyait refuser tout crédit d'impôt pour la RS & DE effectuée par une entité de recherche. Toutefois, plusieurs allégements ont été instaurés.

Toutefois, les restrictions qu'entraînent les règles de contributions ont pour effet d'annuler complètement l'aide fiscale. Ainsi, ces règles, qui sont nécessaires afin d'assurer l'intégrité des crédits d'impôt pour la RS & DE constituent un frein à la valorisation des résultats de la recherche universitaire et aux partenariats public-privé (ci-après « PPP ») créés pour la réalisation de travaux de RS & DE et, dans ce contexte, le crédit d'impôt pour la RS & DE universitaire et celui pour la RS & DE précompétitive ne permettent pas d'atteindre les objectifs du volet valorisation des résultats de la recherche et des PPP. Pour redonner à la valorisation des résultats de la recherche universitaire et aux PPP la place qui leur revient, l'aide fiscale donnée à leur égard sera augmentée. Des assouplissements seront introduits à l'égard des règles de contributions s'appliquant dans le cadre des crédits d'impôt pour la RS & DE.

Dans le but de simplifier le régime des crédits d'impôt pour la RS & DE, le crédit d'impôt pour la RS & DE salaire deviendra le guichet unique pour les contribuables effectuant des projets de RS & DE qui relèvent actuellement du volet valorisation des résultats de la recherche du crédit d'impôt pour la RS & DE universitaire et à l'égard des projets de RS & DE menés en vertu de PPP qui, à leur tour, relèvent actuellement du crédit d'impôt pour la RS & DE précompétitive. Le crédit d'impôt pour la RS & DE salaire sera modifié afin de permettre la participation d'un partenaire public. De plus, la dépense admissible pour l'application de ce crédit d'impôt ne sera plus réduite du montant d'une telle participation obtenu par le contribuable et le crédit d'impôt sera simplement calculé sans prendre en considération ce montant.

Par ailleurs, la règle générale existante relative aux contributions sera maintenue et aucun crédit d'impôt ne pourra être attribué à un contribuable lorsqu'il aura obtenu, sera en droit d'obtenir ou pourra raisonnablement s'attendre à obtenir une contribution sous forme d'un droit passé, immédiat ou éventuel au produit de l'aliénation de la propriété intellectuelle découlant

du projet de RS & DE ou d'un contrat, selon le cas, ou sous la forme d'un bien que le ministre du Revenu aura désigné comme étant une contribution.

Une société contrôlée directement ou indirectement par une entité de recherche prescrite ne pourra plus être admissible au crédit d'impôt pour la RS & DE salaire. En conséquence, la règle qui, en vertu de la législation actuelle, s'applique à ce crédit d'impôt, lorsqu'une société confie, dans le cadre d'un contrat de recherche, des travaux de RS & DE en sous-traitance à une entité de recherche prescrite, sera étendue à toutes les situations, que ce soit lorsque les travaux de RS & DE seront réalisés par la société elle-même ou lorsqu'ils seront confiés en sous-traitance.

Tous les autres paramètres prévus actuellement pour l'application du crédit d'impôt pour la RS & DE demeureront inchangés, y compris les règles relatives aux bénéfices ou avantages et aux contreparties qui ne sont pas constituées en totalité de numéraire[41].

CONCLUSION

Le Québec a beaucoup investi dans les programmes de crédit salaires RS & DE en vue d'encourager l'investissement en cette matière. Il est à espérer qu'il puisse en récolter les fruits. Le crédit d'impôt RS & DE sur les salaires compte pour 95 % de la dépense fiscale du gouvernement du Québec. Comme ce crédit est remboursable, il a véritablement un effet incitatif sur les entreprises. Nous souhaitons que les modifications qui seront faites à cette mesure soient guidées par le souci de favoriser l'efficacité et la simplicité.

41 Art. 1029.8.19.1. L.I.

PARTIE D
La vérification scientifique idéale – Guide pratique pour une meilleure vérification scientifique

Michel Rheault, M. Sc., Adm.A., CMC
Raymond Chabot Grant Thornton s.e.n.c.r.l.

SOMMAIRE

Dans ce texte, nous présenterons le processus actuel de vérification scientifique et celui qui est souhaitable dans le cadre du programme de la recherche scientifique et du développement expérimental (ci-après « RS & DE »). Plusieurs difficultés et pistes de solution sont soulevées, tant du côté de l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») que du contribuable.

INTRODUCTION

- **Ampleur du crédit RS & DE**

Le programme de la RS & DE est un programme fédéral et provincial d'incitation fiscale qui vise à encourager les entreprises canadiennes et québécoises à mener des recherches et à se consacrer au développement technologique, au Canada et au Québec, afin d'assurer des produits et des processus nouveaux, améliorés ou techniquement avancés.

Le programme de la RS & DE est la source de financement fédéral et provincial la plus importante pour les entreprises. Au fédéral en 1999, environ 1,8 G$ de crédits d'impôt liés à la RS & DE ont été remboursés ou appliqués à l'impôt d'environ 11 000 demandeurs. Si l'on suppose un taux de croissance de 10 % des demandes annuellement, environ 3 G$ de crédits d'impôt de la RS & DE ont été remboursés en 2005 ou appliqués à l'impôt d'environ 15 000 demandeurs au niveau fédéral seulement. Si l'on ajoute les crédits provinciaux à la RS & DE, on peut facilement conclure que plus de 1 G$ de crédits d'impôt à la RS & DE sont distribués annuellement dans la province de Québec à au moins 4 000 demandeurs[1].

[1] Le total des crédits d'impôt aux entreprises ayant des activités de recherche et développement au Québec est passé de 181,6 M$ en 1997, à 505,6 M$ en 2001 a constaté l'Institut de la statistique du Québec en fusionnant les informations de Statistique Canada avec celles de Revenu Québec. Au cours de cette période, le nombre d'entreprises réclamant des crédits a peu varié, passant de 3 834 à 4 157.

Dans l'ensemble, les petites et moyennes entreprises (ci-après « PME ») représentent environ les trois quarts du nombre total de demandes; elles ont reçu à peu près 30 % par année des crédits d'impôt à l'investissement (ci-après « CII ») offerts par le programme.

- **Type et fréquence des vérifications**

Le programme de la RS & DE est fondé sur un examen scientifique pour établir l'admissibilité de l'investissement et un examen financier pour déterminer le montant admissible des dépenses.

Une entente conclue entre Revenu Québec et l'ARC, en 1994, stipule que l'examen scientifique des projets est effectué par cette dernière. Comme le gouvernement du Canada, le gouvernement du Québec offre des crédits d'impôt pour la RS & DE et les critères d'admissibilité scientifique de leurs programmes respectifs sont les mêmes. De fait, il s'agit de critères reconnus, à l'échelle mondiale, par l'Organisation de coopération et de développement économiques. Par conséquent, une fois les projets scientifiques présentés à l'ARC, les conseillers en recherche et technologie (ci-après « CRT ») les évaluent dans le but de déterminer s'ils satisfont aux critères d'admissibilité du programme de l'ARC. Une confirmation de l'admissibilité des projets est par la suite transmise à Revenu Québec afin que les crédits d'impôt auxquels le contribuable a droit lui soient accordés. En conséquence, le processus de vérification scientifique discuté dans la suite de ce texte fera presque exclusivement référence à celui effectué par l'ARC.

L'ARC peut entreprendre chaque année une vérification financière et technique pour s'assurer de l'admissibilité des travaux et du bien-fondé des dépenses. En pratique, selon l'ARC, environ 30 % des dossiers de RS & DE soumis annuellement font l'objet d'une vérification scientifique ou financière.

PARTIE I – LE CŒUR DU PROBLÈME

1. LA FISCALITÉ ET LA SCIENCE

La fiscalité est un domaine fortement codifié et structuré. La jurisprudence y abonde, permettant de préciser au fil du temps les lois, les règlements, circulaires d'information et politiques administratives. Même dans le domaine de la RS & DE, la marge de manœuvre est assez restreinte du côté fiscal. Une dépense est admissible ou pas selon ses caractéristiques, il est relativement facile de déterminer à l'avance cette admissibilité. Les

techniques, pratiques et outils de vérification des coûts sont bien établis et acceptés.

Le processus de vérification des réclamations de crédits à la RS & DE est assez unique en fiscalité canadienne en ce sens qu'il comporte un volet scientifique très important. Les projets sont évalués afin de déterminer s'ils respectent les critères et sont admissibles à titre de recherche scientifique ou de développement expérimental ou les deux à la fois. Deux caractéristiques rendent cette situation unique en fiscalité :

- il y a deux intervenants essentiels au déroulement du processus du côté de l'ARC. Un expert financier (ci-après « EF ») de l'ARC examine les coûts associés aux projets visés par la demande, alors qu'un CRT de l'ARC ou un consultant engagé par l'ARC se penche sur le côté technique et scientifique des travaux;

- le domaine scientifique est à la fois très diversifié (agroalimentaire, informatique, chimie, génie mécanique, pâtes et papiers, biotechnologies, etc.) et en évolution accélérée. Cela a plusieurs conséquences parmi lesquelles :

    - la nécessité constante de ressourcer la base d'expertise, ce qui introduit l'utilisation de consultants experts dans tous ces domaines afin de réaliser les analyses nécessaires,

    - le besoin de réviser très fréquemment le concept de pratique courante, fondamental dans la détermination de l'admissibilité des activités réclamées,

    - la difficulté de situer ce concept de pratique courante, et celui de l'avancement scientifique ou technologique qu'il supporte, dans le contexte de l'entreprise réclamante, et

    - plus fondamental encore, ce volet scientifique est soumis à un très grand degré de volatilité des interprétations puisqu'il s'agit d'abord et avant tout d'un jugement fondé sur l'expérience et l'expertise de chacun des intervenants.

La table est donc mise pour assurer de nombreuses et difficiles discussions entre les représentants de l'ARC et les contribuables. C'est ce qui se produit très souvent lors du processus de vérification scientifique.

2. Y A-T-IL UN PROBLÈME?

Le programme de RS & DE a été fréquemment l'objet de critiques de la part des réclamants et de leurs représentants. Le processus de vérification scientifique a toujours été au cœur de ces discussions.

2.1. RÉVISION DES SERVICES ET DIRECTIVES

La tourmente a entouré le programme à la fin des années 1990. L'industrie s'inquiétait de la cohérence et de l'efficacité du programme de crédit d'impôt pour la RS & DE. L'ARC s'est efforcée d'améliorer ses pratiques administratives, ses politiques de communication et de vérification. Elle a mis en œuvre un plan d'action en 13 éléments[2]. Cela s'est traduit par la mise en place de nouvelles normes de service et de nouveaux services parmi lesquels, en particulier :

- le service d'examen préliminaire des projets qui donne aux réclamants une opinion préliminaire concernant l'admissibilité d'un projet;

- le service des chargés de compte qui assure une continuité de service aux réclamants et leur offre un accès direct à l'information concernant la RS & DE en affectant une personne-ressource désignée capable de répondre à leurs questions et de leur donner des conseils relativement au programme de la RS & DE;

- le « Guide destiné aux examens de recherche scientifique et de développement expérimental Partie 1 : L'examen technique » émis le 14 janvier 2000 (ci-après « guide de vérification »). On y indique ceci :

  > « […] les objectifs, le processus et les exigences en matière de rapports aux fins de l'admissibilité. En outre, ce document décrit les rôles de l'ARC ainsi que du personnel et des consultants de la RS & DE qui participent au processus d'examen. Il présente les questions pouvant être soulevées durant un examen et fournit une orientation en ce qui a trait aux échanges entre l'examinateur et le contribuable[3]. »

---

2 Le 5 novembre 1998, Herb Dhaliwal, ministre du Revenu national, à cette époque, a fait connaître le plan d'action élaboré par l'ARC en vue d'améliorer le Programme de la recherche scientifique et du développement expérimental (RS & DE).

3 AGENCE DU REVENU DU CANADA, « Guide destiné aux examens de recherche scientifique et de développement expérimental Partie 1 : L'examen technique », Direction générale de la RS & DE de l'ARC en collaboration avec les partenaires et les intervenants de l'industrie, 14 janvier 2000, p. 2.

- la *Politique d'application* RS & DE 2000-02R[4]. Il s'agit d'une mise à jour de la politique 2000-02 datée du 24 mai 2000. Elle fut émise pour faire en sorte que les préoccupations des demandeurs soient traitées de façon juste et en temps opportun. Elle décrit en détail les étapes à suivre pour répondre aux difficultés des demandeurs de RS & DE.

2.2. MAIS LA TENSION DEMEURE

Malgré cela, l'industrie est demeurée préoccupée comme en témoignent les fréquents sondages sur la question. Nous avons obtenu copie, sommaire ou complète, de six sondages effectués auprès des demandeurs de crédits à la RS & DE depuis 1998. Nous ne tenons pas compte du sondage de l'ARC de 1996 parce qu'il reflète l'état d'une situation de crise qui n'est plus représentative de nos jours. Notons qu'au moins deux nouveaux sondages concernant la RS & DE sont annoncés en 2006. Les résultats seront diffusés dans les mois à venir.

Canadian Advanced Technology Alliance (ci-après « CATA ») (1999 et 2001)[5] : Ces sondages de la CATA furent produits à la même époque que le « Guide d'admissibilité RS & DE pour le secteur logiciel/TI »[6] en vue d'améliorer le fonctionnement de ce programme dans le secteur du logiciel. Ils reflètent la perception généralisée à cette époque qu'il y avait des difficultés importantes d'application du programme de la RS & DE dans le domaine du logiciel.

Le sondage de 2001 a rejoint 115 compagnies du secteur des technologies de l'information (ci-après « TI »). Ces deux sondages ont montré une évolution positive de la gestion du programme et de sa perception entre 1999 et 2001. Les préoccupations principales des répondants portaient sur la consistance des évaluations scientifiques, sur l'équité du traitement des dossiers et sur la relation d'aide obtenue des employés de l'ARC. On y a enfin constaté des différences régionales importantes d'application du programme.

---

4 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Politique d'application* RS & DE 2000-02R, « Lignes directrices pour résoudre les préoccupations des demandeurs en matière de RS & DE », 24 mai 2000.

5 Voir en ligne : http://www.cata.ca/Media_and_Events/Press_Releases/cata_pr10250502.html.

6 AGENCE DU REVENU DU CANADA, « Guide d'admissibilité RS & DE pour le secteur logiciel/TI », en collaboration avec des membres de l'industrie du logiciel canadien, avril 2001 – voir en ligne : http://www.craarc.gc.ca/taxcredit/sred/publications/software-f.html.

Association des directeurs de la recherche industrielle du Québec (ci-après « ADRIQ ») (1998, 2000, 2005)[7] : Ces sondages menés auprès des membres de l'ADRIQ rejoignent un public plus large dans des domaines technologiques (en 2005, TI, biotechnologies et manufacturier représentent 77 % des répondants) et une forte concentration de réclamants de type PME (86 % en 2005).

En 1998, près des deux tiers des répondants ont ressenti une modification importante de l'interprétation des critères d'acceptation. Parmi eux, 20 % des répondants notaient une baisse dans la proportion acceptée de leurs réclamations.

En 2000 et 2005, ces tendances se sont maintenues. Près de la moitié des réclamants ont noté un changement dans l'interprétation des critères et plus de 70 % des répondants jugeaient que l'évaluation était devenue très ou plutôt restrictive. Les délais de traitement ne satisfaisaient que la moitié des répondants.

ARC (2002)[8] : À la suite du sondage conjoint avec CATA en 1999, l'ARC estima les renseignements recueillis utiles dans le cadre de cette étude pilote, mais elle était d'avis qu'il fallait en étendre la portée de manière à englober tous les secteurs d'activité. Elle fit réaliser deux sondages en 2002. Le premier, réalisé par Internet, a rejoint 300 entreprises, dont plus de 80 % de PME. Dans le second sondage, 27 entreprises furent interviewées, dont 55 % sont de grandes sociétés.

Ces sondages donnent des résultats généralement plus favorables que les précédents quoique la cohérence d'application du processus d'examen des demandes et les délais de traitement soient toujours susceptibles d'être améliorés.

Plusieurs de ces sondages font ressortir la perception que le CRT maîtrise peu ou mal le domaine technologique du réclamant et qu'en conséquence les justifications fournies pour accepter ou refuser l'admissibilité des activités sont parfois inadéquates.

La fréquence des sondages concernant la RS & DE met en évidence un malaise. Chaque producteur de sondage fait ressortir ce qui intéresse ses

---

7 Voir en ligne : http://www.adriq.com/etudes/index.html#rs-de.

8 Voir en ligne : http://www.cra-arc.gc.ca/taxcredit/sred/priorities/survey/survey-f.html.

membres et la tendance du moment. Par exemple, la CATA a décelé les sérieuses difficultés rencontrées dans le domaine du logiciel, surtout au début des années 2000. L'ADRIQ fait d'abord ressortir l'importance des crédits à la RS & DE pour les PME, puis l'évolution de la perception du processus de vérification (difficile en 1998, meilleure en 2000 et de nouveau difficile en 2005). L'ARC mesure surtout l'évolution de la satisfaction, de la compréhension des concepts, de l'évaluation des services et des incidences du programme.

En conclusion, tous ces sondages mesurent des fluctuations dans les perceptions concernant le programme de RS & DE et son processus de vérification où le jugement professionnel est au cœur de l'interaction. Dans ce contexte, il est difficile de tirer des conclusions définitives. Les prochains résultats de sondage devraient poursuivre dans la même veine.

Par contre, la préoccupation qu'ont tous ces intervenants de mesurer et de documenter fréquemment ces perceptions fait ressortir un malaise qu'aucune politique, aucune formation ou documentation ne saurait apaiser. Réclamer un crédit à la RS & DE, c'est accepter de se soumettre au jugement d'un pair. Le CRT doit à la fois valider le progrès technologique, le respect des trois critères et protéger le bien public face aux réclamations excessives.

C'est dans cette perspective que la suite de ce texte sera élaborée. Une vérification scientifique est d'abord et avant tout une interaction entre humains concernant la technologie. Une vérification scientifique idéale favorisera ces échanges en donnant à chacun la chance de s'exprimer et d'être compris. Trop souvent la vérification scientifique est perçue comme un champ de bataille où les belligérants doivent user de stratégie et de finesse pour atteindre leurs buts. Notre position consiste plutôt à user de psychologie, de communication et de rigueur de part et d'autre si l'on veut réussir sa vérification scientifique.

PARTIE II – LE PROCESSUS DE VÉRIFICATION SCIENTIFIQUE IDÉAL

Dans cette seconde partie du présent texte, nous ferons ressortir plusieurs irritants du processus actuel de vérification en le comparant au processus décrit par l'ARC dans son guide de vérification. Nous les regrouperons, les présenterons et les discuterons pour chacune des deux parties en cause.

1. PROCESSUS DE L'ARC

1.1. APPLICATION DU PROCESSUS DE VÉRIFICATION SCIENTIFIQUE DE L'ARC

En janvier 2000, l'ARC a publié le guide de vérification[9]. À la lecture de ce guide, nous sommes surpris de constater les écarts, parfois très importants, entre cette référence et la réalité des vérifications scientifiques. Il est possible que certains CRT ou que certains bureaux appliquent les recommandations de ce guide à la lettre. Mais nous ne l'avons pas vu dans notre pratique au Québec. Dans le cas présent, notre argument est d'appuyer la mise en œuvre intégrale du processus qui y est décrit.

Dans cette seconde partie, nous allons d'abord faire ressortir les éléments qui, à notre avis, ne sont pas respectés dans le processus actuel et certains éléments qui peuvent être améliorés.

1.1.1. Examens concertés

L'examen d'une demande relative à la RS & DE comporte une partie scientifique et une partie financière. « L'ordre des activités d'examen variera d'un dossier à l'autre, mais le personnel technique et le personnel financier travaillent en étroite collaboration pour assurer l'uniformité et l'équité tout au long du processus d'examen[10]. » À ce propos, nous appuyons totalement les commentaires et la recommandation de la Direction générale de la vérification et de l'évaluation de l'entreprise dans son rapport daté de décembre 2005 :

> « Le programme de la RS & DE est fondé sur un examen scientifique qui vise à établir l'admissibilité de l'investissement et un examen financier qui vise à déterminer le montant admissible des dépenses. Ces examens sont effectués séparément par les conseillers en recherche et technologie (CRT) et les réviseurs financiers (EF) ou, dans certains cas, tous à la fois sous forme d'examens concertés.
>
> Actuellement, aucune politique de la RS & DE n'exige que les bureaux effectuent des examens concertés, quoique certains d'entre eux le fassent. Des employés ont indiqué que la conduite d'examens concertés a des incidences positives, comme la prestation d'un meilleur service aux clients.

---

9 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 3.

10 *Id.*, p. 4.

> Les responsables de la RS & DE ne suivent pas les examens concertés, et aucune donnée statistique ne permettrait de déterminer l'efficacité totale des examens de ce type et les économies qu'ils permettent de réaliser.
>
> Certains employés de la RS & DE ont mentionné que les demandeurs sont parfois dérangés par le fait de recevoir des visites distinctes du CRT et de l'EF et qu'il arrive qu'ils ne comprennent pas la différence entre ce à quoi ils sont admissibles et ce à quoi ils ont droit. Toutefois, le personnel de certains bureaux locaux a souligné qu'il n'est pas toujours possible d'effectuer des examens concertés en raison d'une incompatibilité entre l'horaire du CRT et celui de l'EF.
>
> **Recommandation**
>
> Les responsables de la RS & DE devraient promouvoir et suivre les examens concertés des demandeurs. On devrait analyser les examens, selon, par exemple, le délai d'achèvement du dossier et la satisfaction du client, afin de déterminer leur efficacité et leur efficience respectives. Si, à la suite de l'analyse, on détermine que les examens concertés sont plus efficaces et efficients, ils devraient devenir obligatoires[11]. »

1.1.2. Demandes précises de renseignements

Selon le guide de vérification, des communications précises avec le demandeur sont requises lors de l'examen de la demande :

> « Au moment de l'examen de la demande, il peut être nécessaire de demander au demandeur de clarifier certains détails relatifs aux travaux dont il est question dans sa demande. Toute la correspondance avec le demandeur, y compris les demandes de renseignements, doivent se faire par l'intermédiaire des conseillers scientifiques.
>
> Une demande de renseignements doit être claire et succincte. Il doit s'agir de questions précises au sujet de projets particuliers afin de déterminer l'admissibilité; il faut éviter les généralités. Ainsi, le demandeur peut rapidement fournir des précisions et le processus d'examen est plus efficient[12]. »

De plus, lors de la demande de rencontre de vérification scientifique :

---

11 DIRECTION GÉNÉRALE DE LA VÉRIFICATION ET DE L'ÉVALUATION DE L'ENTREPRISE, *Vérification de la recherche scientifique et du développement expérimental*, décembre 2005, p. 4 (en ligne : http://www.cra-arc.gc.ca/agency/internal/2005/sred-f.html).

12 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit*., note 3, p. 7.

> « Un appel téléphonique du conseiller scientifique au représentant technique du demandeur est d'habitude suffisant pour planifier une entrevue sur place à une date qui convient aux deux parties. Cependant, le conseiller scientifique devrait faire un suivi auprès du demandeur avant la réunion et lui communiquer un ordre du jour et les questions précises qui feront l'objet de la discussion dans le cadre de la réunion visant à établir l'admissibilité[13]. »

À notre connaissance, les EF envoient fréquemment aux demandeurs une liste des documents dont ils ont besoin pour effectuer leur vérification. Nous n'avons jamais vu par écrit un ordre du jour et des questions précises au sujet de projets particuliers afin de déterminer l'admissibilité, et qui feront l'objet de la discussion dans le cadre de la réunion. Mieux encore, si le demandeur ne s'en informe pas lors de la prise de rendez-vous, la rencontre de vérification scientifique débute sans même connaître les intentions ni les besoins d'information du CRT, réduisant d'autant l'efficacité du processus d'examen. D'autre part, nous recommandons fortement que ces communications des CRT soient écrites afin d'augmenter encore leur degré de précision.

1.1.3. Conclusion de la rencontre et du processus de vérification scientifique

À la fin de la rencontre de vérification, dans le cas où il y a des problèmes d'admissibilité, les questions contestées, et parfois même les conclusions du CRT, sont très rarement communiquées au demandeur, à moins d'insister, afin de lui permettre de régler les problèmes et de fournir de nouveaux renseignements sur-le-champ, s'il en est. De même l'échéance prévue de fin du processus de vérification est rarement précisée. De telles façons de faire réduiraient sûrement les délais de vérification et les surprises désagréables. Pourtant, le guide de vérification est clair à ce propos :

> « À la fin de la réunion, il faut parler de tout élément supplémentaire à prendre en considération pour déterminer l'admissibilité des travaux compris dans la demande. Les questions relatives à l'admissibilité des projets visés doivent être discutées avec le demandeur afin de lui permettre de fournir des précisions et de le tenir au courant du processus de demande.
>
> Les examinateurs doivent faire les recommandations qui leur viennent à l'esprit sur la façon dont le demandeur pourrait améliorer la documentation dans ses demandes futures. Ils discuteront avec le demandeur du suivi nécessaire afin d'obtenir la documentation manquante et de lui indiquer le temps qu'il faudra pour terminer les activités d'examen.

---

13 *Id.*, p. 9.

> […] s'il y a de nouvelles questions d'admissibilité conséquemment au suivi, il faut en discuter avec le demandeur afin de lui donner l'occasion d'apporter des précisions et de le tenir au courant du traitement de la demande.
>
> […]
>
> Les résultats du rapport d'examen de RS & DE ne devraient pas être une surprise pour le demandeur[14]. »

1.1.4. Programme incitatif

La mise en perspective du contexte de l'entreprise est très difficile, surtout lorsqu'il s'agit de PME. Cela hausse la barre de la pratique courante à un niveau qui élimine presque le caractère incitatif du programme de RS & DE. Le guide de vérification est pourtant clair à ce sujet :

> « L'examen doit s'effectuer en tenant compte du fait que le programme de la RS & DE est un programme incitatif visant à favoriser la RS & DE au Canada
>
> […]
>
> Lorsque l'environnement de l'entreprise est critique pour ce qui est de déterminer l'admissibilité, le rapport doit alors démontrer que cet environnement a été pris en considération. Si une autre organisation a amorcé ou terminé des travaux de RS & DE comparables plus rapidement que l'entreprise qui présente la demande, les travaux de cette dernière ne seront pas nécessairement inadmissibles. Si les résultats de travaux de RS & DE comparables n'étaient pas disponibles pour l'entreprise qui présente la demande au moment où elle a entrepris les travaux visés par la demande, les travaux sont admissibles[15]. »

1.1.5. Copie du rapport d'examen technique

Le résultat d'une vérification scientifique est un rapport expliquant l'acceptation ou le rejet des projets soumis par le demandeur. En réalité, ce rapport n'est pas transmis au demandeur à moins qu'il n'insiste pour en obtenir copie. Pourtant, dans le guide de vérification, il est écrit ceci : « Au moment où le rapport d'examen technique est remis à l'examinateur financier, le demandeur en recevra également une copie[16]. »

---

14 *Id*., pp. 10 et 14.

15 *Id*., pp. 8 et 11.

16 *Id*., p. 12.

1.1.6. Sommaire : entre la théorie et la pratique

Nous avons comparé plusieurs extraits du guide de vérification de l'ARC destiné aux examens de RS & DE avec ce que nous constatons en pratique. Les différences sont surtout concentrées dans les modes de communication. Nous recommandons en particulier :

- la communication écrite et à l'avance des projets et des sujets à clarifier ainsi que du rapport final d'évaluation technique;

- la communication orale, dès la fin de la rencontre de vérification, des conclusions et des interrogations restantes, ainsi que des échéances prévues pour terminer la vérification.

Bref, ce qui manque le plus au processus actuel, c'est une communication éliminant les surprises. En appliquant le processus défini dans son propre guide de vérification, l'ARC éliminerait la plupart des irritants du processus de vérification scientifique définis dans les sondages. De plus, une communication adéquate des délais de fin de dossier les ferait paraître moins longs!

Enfin, le caractère incitatif du programme est parfois oublié dans le processus de vérification. Dans le guide de vérification, on rappelle ce que disent d'autres circulaires d'information concernant le programme de la RS & DE : les projets doivent être vus en fonction de l'environnement de l'entreprise et de l'expertise du réclamant.

1.2. RECONNAÎTRE L'EXPERTISE DU RÉCLAMANT

La jurisprudence récente contient plusieurs exemples démontrant ce qui survient lorsque deux experts ne peuvent s'entendre sur l'interprétation des trois critères d'admissibilité au programme.

- Dans l'affaire *Northwest Hydraulic Consultants Ltd*. c. *La Reine*[17], le concept de pratique courante et celui de processus systématique en vue de résoudre une incertitude technologique étaient au centre du débat. D'éminents experts représentaient chacune des parties en cause. Le juge a tranché en prenant d'abord position au sujet du domaine de développement expérimental. De là, il a accepté la position de l'appelant :

---

[17] 98 D.T.C. 1839 (C.C.I.), 1er mai 1998.

> « I have concluded that […]
>
> 1. The basis for the NHC claim is in the area of experimental development of designs for hydraulic/sediment control structures, not in model testing technology.
>
> 2. NHC work in development of designs for hydraulic/sediment control structures by physical hydraulic model testing does not fall in the category of standard practice in hydrotechnical engineering.
>
> 3. The methodology followed by NHC in conducting their experimental studies was to use a hydraulic model as a tool to evaluate performance of their Client's initial design, to identify performance problems and to systematically solve these problems in an experimental development program. This differs significantly from a methodology whereby many variants of a design are tested with the test data then used to prepare a satisfactory and optimal design[18]. »

- Dans l'affaire *Jean-François Blais, Christiane Auray-Blais et Innovations et intégrations brassicoles inc*. c. *La Reine*[19], l'expert de l'ARC a été confondu devant le juge lorsque ses conclusions catégoriques concernant le processus systématique de l'appelant dans un projet réclamé ont été déboutées sur la base de l'expertise de M. Blais. En d'autres termes, l'expert de l'ARC exigeait que l'expérimentation comporte certaines mesures qui se sont avérées inutiles et coûteuses à la suite du témoignage de M. Blais.

  Dans un autre projet, l'expert de l'ARC était encore très catégorique sur la question des observations subjectives aux dépens des mesures objectives. Une fois de plus, les appelants ont réussi à renverser le fardeau de la preuve. Le témoignage de M. Blais a été important, mais aussi le fait que l'expert de l'intimé a avoué devant le tribunal que « des données subjectives permettent de formuler davantage d'hypothèses et permettent de vérifier, en limitant le temps et les coûts, si une hypothèse est valable ou non »[20].

  Dans un autre projet, l'expert de l'intimé arrive encore à une conclusion catégorique concernant les courbes standards qui sont « à la base même du principe de dosage en spectrophotométrique. Aucun résultat ne peut

---

18 *Id*., 1853, par. 78.

19 C.C.I. n[os] 2004-206 (IT) I et 2004-2803 (IT) I, 2004-208 (IT) I et 2004-2804 (IT) I, 2004-42 (IT) I et 2004-2805 (IT) I, 25 octobre 2005, j. Bédard.

20 *Id*., 30, par. 57 a).

> être obtenu ou justifié sans elles »[21]. Or, le juge répond ceci : « Comment rejeter du revers de la main une hypothèse scientifique provenant d'une personne qui en connaît davantage dans le domaine que soi-même [M. Blais a plus de 20 années d'expérience dans l'utilisation de la spectrophotométrie][22]? »

Le choix de ces exemples n'est pas fortuit. Des contre-exemples pourraient démontrer que l'ARC avait raison dans d'autres causes. Notre propos n'est pas de savoir qui a tort ou qui a raison dans ces situations.

Nous avons choisi ces exemples pour illustrer une situation malheureusement fréquente lors des vérifications scientifiques : celle où le CRT choisit la mesure, l'outil de mesure et l'interprétation à donner à cette mesure sans égard à la position du réclamant. L'évolution technologique fait qu'il est difficile, même pour un CRT ou son expert chevronné et dynamique, d'être aussi à jour que les réclamants eux-mêmes qui sont quotidiennement immergés dans la technologie en question. Il en résulte parfois une prise de position des représentants de l'ARC qui dénigre l'opinion du réclamant, ce qui engendre des conflits pouvant devenir personnels.

2. PROCESSUS DES DEMANDEURS

L'ARC peut entreprendre une vérification financière et technique pour s'assurer de l'admissibilité des travaux et du bien-fondé des dépenses. C'est une décision tout à fait légitime si l'on se replace un moment dans nos chaussures de payeur de taxes.

Mais si le processus et l'attitude de certains CRT sont des irritants pour plusieurs demandeurs, nous définissons, dans le présent contexte, quelques pratiques qui peuvent irriter ces mêmes CRT. Voici une liste de 10 conditions gagnantes pour être sûr que le conseiller scientifique vous rendra la vie difficile.

---

21 *Id.*, 34, par. 67.

22 *Id.*, 34, par. 70.

2.1. PRODUISEZ DES DESCRIPTIONS INCOMPLÈTES

Le guide pour remplir le Formulaire T661, la *Circulaire d'information* 86-4R3[23], les Politiques d'application, les guides sectoriels et les Bulletins d'interprétation regorgent de renseignements pour vous aider à remplir vos obligations lors du dépôt de la réclamation. Bien sûr, ces documents ainsi que le site Internet de l'ARC sont plutôt inadéquats selon les sondages. Mais ils sont tout de même les sources principales à partir desquelles vos descriptions devraient être élaborées.

En particulier, vous ne devez pas :

- fournir de meilleures explications concernant les défis technologiques quantifiables, ce qui les cause, ce qui est connu (pratique courante) et ce qui a besoin d'être étudié ou développé;

- préciser la séquence des travaux de conception, des preuves de concept, des développements, des essais et contrôles de qualité contenus dans chaque projet;

- montrer plus clairement le lien entre les preuves et les arguments d'admissibilité;

- définir le rôle des prototypes et études de faisabilité, qui ne deviennent admissibles que parce que des travaux de recherche ou de développement en découlent;

- définir le point où débute la production commerciale.

2.2. AYEZ UNE ATTITUDE À COURT TERME

Assurez-vous de bien gonfler les coûts réclamés en partant du principe que « de toute façon ils vont couper ». Ne démontrez pas que vous comprenez la différence entre les activités et coûts admissibles et ceux qui ne le sont pas. Cela obligera le CRT à déterminer lui-même les coûts qu'il juge admissibles.

---

[23] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 86-4R3, « Recherche scientifique et développement expérimental », 24 mai 1994.

2.3. Assurez-vous que le personnel technique n'est pas disponible pour la vérification

C'est une approche terriblement efficace quand on sait que le CRT est venu expressément pour les rencontrer.

2.4. Ne mettez pas en place de processus efficace de documentation

La mise en place d'outils de gestion des coûts par projet, de feuilles de temps, de registres techniques et financiers clairs supporte votre réclamation et accélère son traitement. Les efforts et les coûts non documentés peuvent être coupés plus facilement.

2.5. Soyez insultant et condescendant envers le CRT

Remettez en question ouvertement ses expériences ou ses qualifications. Mieux encore, expliquez-lui pourquoi il est incapable de comprendre la complexité de votre réclamation. Cette technique est particulièrement efficace si vous êtes arrogant et condescendant lorsque vous décelez une faiblesse dans l'argumentaire, dans les connaissances ou dans la compétence du représentant de l'ARC. C'est sûrement l'une des approches les plus efficaces pour qu'il réponde par la négative. Monter le ton est aussi une très bonne technique.

2.6. Passez rapidement au-dessus de la tête du CRT

C'est une méthode terriblement efficace pour insulter un CRT. Pour de meilleurs résultats, insistez immédiatement pour rencontrer son superviseur. Mieux encore, appelez votre député ou votre contact haut placé à l'ARC ou dans un autre ministère. Il est possible que vous ayez du succès cette année. Mais l'an prochain…

2.7. Faites-en un cas personnel

Concluez rapidement que le CRT est incapable d'être impartial parce que c'est devenu un cas personnel. Pour augmenter cet effet, assurez-vous de lui faire savoir clairement ce que vous ressentez à son égard, idéalement à chacune de vos rencontres.

2.8. RENDEZ-LUI LA TÂCHE AUSSI DIFFICILE QUE POSSIBLE

Vous pouvez le faire de nombreuses façons : de la simple incapacité à trouver des documents à la technique plus sophistiquée qui consiste à l'enterrer sous une masse de renseignements non pertinents et inutiles dans l'espoir de masquer l'information importante, tout en maintenant l'image d'une étroite collaboration.

2.9. IGNOREZ-LE, PRENEZ VOTRE TEMPS

S'il vous demande un supplément d'information, répondez-lui dans six ou huit semaines, ne respectez pas les échéances qu'il vous propose. Ne vous présentez pas aux rendez-vous, et ce, sans donner de raison. Il va apprécier, soyez-en assuré. Pour un meilleur effet, accusez-le ensuite d'être la cause des retards indus.

2.10. MENACEZ-LE

Si tout le reste n'a pas fonctionné, alors imposez un ultimatum unilatéral et menacez-le d'une visite devant le juge s'il ne s'y plie pas.

CONCLUSION

Vous l'avez compris par le ton sarcastique, ce sont des exemples à éviter. Mais nous les avons tous vus ou entendus dans de vrais dossiers. Il faut donc croire que ce n'est pas aussi évident pour tout le monde.

La vérification scientifique des réclamations de RS & DE est un mal nécessaire. C'est une situation exceptionnelle en fiscalité où votre progrès technologique doit être jugé par un pair.

La meilleure approche consiste à monter des dossiers raisonnables et à collaborer pleinement avec le CRT. La clé réside dans la relation, dans l'interaction et la confiance que l'on établit avec le CRT et son consultant. C'est une des meilleures garanties de voir vos réclamations futures traitées équitablement et de limiter les surprises désagréables.

En cas de doute, cherchez l'avis d'un expert dans le processus de réclamation, dans ses considérations fiscales et juridiques. Recherchez surtout un conseiller dont l'approche est compatible avec votre vision.

POT-POURRI EN PLANIFICATION FINANCIÈRE

Robert Laniel
Notaire, DESS comm., Pl. Fin.,
DESS fisc., TEP
Investissements Manuvie

Éric La Charité
Avocat, M. Fisc., Pl. Fin., TEP
Financière Sun Life

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE A (ROBERT LANIEL)
Pot-pourri en planification financière

INTRODUCTION 34:3

1. JURISPRUDENCE 34:3
1.1. L'ARRÊT *SMRQ* C. *FERCAL INC.* 34:3
1.1.1. Les faits 34:3
1.1.2. La décision 34:5
1.2. L'ARRÊT *PASCAL GERVAIS* C. *APPEL & CIE INC.* 34:5

2. HISTORIQUE DU DÉBAT 34:5
2.1. L'ARRÊT *THIBAULT* 34:5
2.2. HISTORIQUE LÉGISLATIF 34:7
2.3. TENTATIVE DE 2002 ..... 34:8

3. LE PROJET DE LOI 136 ..... 34:9
3.1. AMENDEMENT DE LA *LOI SUR LES ASSURANCES* 34:9
3.2. DISPOSITIONS TRANSITOIRES 34:11
3.3. DROIT NOUVEAU 34:12

CONCLUSION 34:13

PARTIE B (ÉRIC LA CHARITÉ)
Revue de certaines interprétations techniques publiées récemment par l'Agence du revenu du Canada

INTRODUCTION 34:14

1. TRANSFERT EN FRANCHISE D'IMPÔT D'UNE POLICE D'ASSURANCE VIE À UN ENFANT 34:15

2. TRANSFERT EN FRANCHISE D'IMPÔT D'UN REÉR AU DÉCÈS 34:22

3. UTILISATION D'UN REÉR COMME MOYEN DE PAIEMENT DES ARRIÉRÉS D'UNE PENSION ALIMENTAIRE 34:24

4. DON D'UNE POLICE D'ASSURANCE VIE À UN ORGANISME DE BIENFAISANCE 34:26

5. CESSION PAR UN ASSOCIÉ D'UNE POLICE D'ASSURANCE VIE EN GARANTIE D'UN PRÊT ACCORDÉ À LA SOCIÉTÉ DE PERSONNES 34:28

6. REVENU PROVENANT DE LA DISPOSITION D'UNE POLICE D'ASSURANCE VIE ET IMRTD 34:28

7. AVANTAGE IMPOSABLE À L'ACTIONNAIRE RÉSULTANT DE L'UTILISATION D'UN ACTIF D'UNE SOCIÉTÉ (INCLUANT UNE POLICE D'ASSURANCE VIE) POUR GARANTIR UN EMPRUNT PERSONNEL 34:29

CONCLUSION 34:33

PARTIE A
Pot-pourri en planification financière

Robert Laniel, notaire, DESS comm., Pl. Fin., DESS fisc., TEP
Investissements Manuvie

INTRODUCTION

Nous ferons une brève revue de jurisprudence sur l'année qui vient de s'écouler et qui représente un intérêt pour le milieu de la planification financière.

Nous ferons ensuite une analyse du Projet de loi 136[1] dans le contexte jurisprudentiel qui a précédé son adoption. Nous avons choisi de concentrer notre analyse aux rentes émises par les assureurs. Il sera toujours possible au lecteur avec la documentation appropriée de faire les corrélations possibles avec les rentes émises par les sociétés de fiducie. Avant d'analyser plus en profondeur cette loi, nous croyons important de réviser les conclusions de l'arrêt *Banque de Nouvelle-Écosse* c. *Thibault*[2], car il est à l'origine de cette réponse du législateur.

1. JURISPRUDENCE

1.1. L'ARRÊT *SMRQ* C. *FERCAL INC.*[3]

1.1.1. Les faits

M. Bélanger signe un contrat de rente viagère avec Desjardins Sécurité Financière (ci-après « Desjardins »). En octobre 1987, à la suite du versement unique d'une prime de 116 407,63 $, Desjardins s'engage à lui verser une rente mensuelle de 943,12 $. Le contrat n'ayant pas été produit, on ne se penchera pas sur l'insaisissabilité du contrat qui, par ailleurs, n'est pas l'objet du litige.

---

1 *Loi modifiant la* Loi sur les assurances *et la* Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne, Projet de loi 136, 6 décembre 2005, sanctionné le 16 décembre 2005 (2005, c. 51).

2 [2004] 1 R.C.S. 758 (ci-après « *Thibault* »).

3 C.A. Québec, n° 200-09-004669-039, 20 janvier 2006; [2006] C.A. 68.

En février 1995, Fercal Inc. consent à M. Bélanger un prêt hypothécaire de 1,6 M$ qui accorde à son tour une hypothèque mobilière avec dépossession dudit contrat de rente viagère.

En mai 1995, M. Bélanger fait cession de ses biens. Parmi les éléments d'actif sous la saisine du syndic se retrouvent quatre versements de rente (3 772,48 $). Le sous-ministre du Revenu du Québec détient à ce moment une créance non garantie de 5 885,14 $.

Fercal Inc. transmet auprès du syndic un avis de retrait de perception de créance à la suite de quoi le syndic donne instruction à Desjardins d'effectuer les versements de rente à Fercal Inc. et lui consent mainlevée sur le produit de la réalisation de la rente viagère.

Le litige porte sur la légitimité de ce transfert par le syndic. Fercal Inc. argumente que, même si le document du syndic[4] n'est pas une cession de créance formelle, les termes utilisés sont au même effet et que les règles de l'article 1641 et suivants du *Code civil du Québec*[5] ont été remplies et que ses effets sont opposables aux tiers.

Parmi ces tiers, le sous-ministre du Revenu qui, à partir du Relevé 2 produit par Desjardins, a cotisé M. Bélanger personnellement, pour les années 1996 à 2000, même si ce n'est pas lui qui a perçu la rente[6]. En effet, l'article 314 L.I. affirme, lorsque les droits dans une créance d'un contribuable sont transportés à une autre personne, que ceux-ci sont réputés avoir été reçus par ce contribuable. Le sous-ministre revendique l'application des articles 13 et 15 de la *Loi sur le ministère du Revenu*[7] pour récupérer les sommes qui lui sont dues. En juin 2002, la créance du Ministère postérieure à la faillite s'élevait à 31 783,46 $.

---

4 Lettre d'instruction par le syndic à Desjardins datée du 18 août 1995 enjoignant cette dernière à effectuer les versements de rente à Fercal Inc.

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

6 L'article 314 de la *Loi sur les impôts* (L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »)), qui définit la notion de paiements indirects, a été modifié en 2001 pour remplacer le mot « transport » par le mot « transfert ».

7 L.R.Q., c. M-31 et mod.

1.1.2. La décision

La juge Pierrette Rayle, ainsi que les juges France Thibault et Louis Rochette, sont d'avis que la mainlevée accordée par le syndic n'a pas pour effet de transférer dans le patrimoine de Fercal Inc. la propriété des droits conférés par le contrat de rente. En effet, l'aliénation du capital au profit de Desjardins a pour conséquence que le bien qui composait le patrimoine du failli n'était non pas le contrat de rente lui-même, mais plutôt un droit de créance relativement aux rentes payables par l'assureur, au fur et à mesure qu'elles deviennent exigibles. Selon la juge, le syndic ne pouvait abandonner des droits ou des biens sur lesquels il n'avait pas de saisine. Fercal Inc. n'est jamais devenue propriétaire du contrat de rente viagère et enfin, le droit de créancière hypothécaire de percevoir les versements de rente doit céder le pas à une créance prioritaire.

1.2. L'ARRÊT *PASCAL GERVAIS* C. *APPEL & CIE INC*.[8]

Soulignons simplement que cette cause fait l'objet d'un appel et qu'aucune date d'audition n'a été déterminée à ce moment.

2. HISTORIQUE DU DÉBAT

2.1. L'ARRÊT *THIBAULT*

Comme le stipule la juge Deschamps s'exprimant au nom de la Cour, « l'insaisissabilité ne résulte pas de l'unique volonté des parties et la loi seule peut apporter une telle protection ». Revoyons ensemble l'état du droit avant ledit projet de loi ayant conduit la Cour à la conclusion qu'elle a tirée. Nous ne nous attarderons pas tant aux faits et au montage réalisé dans cette cause, mais plutôt à l'analyse des articles du Code qui y est faite.

En 1974, le législateur élargit la protection contre la saisie aux rentes viagères ou à terme pratiquées par les assureurs dans la mesure où les conditions applicables à l'assurance sont respectées[9]. Le second alinéa de l'article 2393 C.c.Q. retient particulièrement notre attention, car il fait référence à une pratique des assureurs. Ainsi, les rentes viagères ou à terme, pratiquées par les assureurs, sont assimilées à l'assurance sur la vie en

---

[8] C.S. Longueuil, n° 505-11-004415-019, 11 juillet 2005 (ci-après « *Gervais* »).

[9] *Loi sur les assurances*, L.R.Q., c. A-32 et mod., article 2; remplacé ultérieurement par l'article 2393, alinéa 2 C.c.Q.

matière de protection contre les créanciers. Toutefois, elles demeurent aussi régies par les dispositions du chapitre XV « De la rente » C.c.Q. Dès lors, les assureurs ne sont pas limités à assurer un risque donné en s'engageant à payer un montant forfaitaire. Ils peuvent établir des contrats de rente viagère ou à terme, et les droits conférés par ces contrats sont insaisissables si les bénéficiaires sont désignés conformément aux dispositions régissant la désignation des bénéficiaires d'assurance vie[10].

Concentrons-nous maintenant sur la définition d'un contrat constitutif de rente que nous retrouvons à l'article 2367 C.c.Q. et qui se lit comme suit :

> « Le contrat constitutif de rente est celui par lequel une personne, le débirentier, gratuitement ou moyennant l'aliénation à son profit d'un capital, s'oblige à servir périodiquement et pendant un certain temps des redevances à une autre personne, le crédirentier.
>
> Le capital peut être constitué d'un bien immeuble ou meuble; s'il s'agit d'une somme d'argent, il peut être payé au comptant ou par versements. »

En résumé, cet article fait état d'une relation crédirentier et débirentier, d'une aliénation de capital au profit du débirentier, d'une période de temps définie durant laquelle une redevance est payable au comptant ou par versements. Quant à elle, la juge Deschamps se prononce en ces termes pour interpréter ledit article : « Pour former un contrat de rente à titre onéreux, il faut donc un débirentier, un crédirentier, une aliénation de capital, une obligation de payer et l'établissement d'un montant périodique déterminé dans le temps[11]. » Cette analyse, à notre avis, apporte un élément supplémentaire en faisant référence à un « montant périodique déterminé ». L'exigence d'avoir un montant déterminé apporte un éclairage nouveau. Nous croyons que cette précision supplémentaire a un impact très important. Dans la mesure où le montant de rente doit être déterminé à l'émission du contrat, une rente permettant des dépôts supplémentaires ne serait plus possible puisque d'une part, le preneur souhaiterait bien évidemment un ajustement de montant de sa rente en fonction des dépôts de capital supplémentaires ainsi effectués et d'autre part, l'assureur ne serait pas en mesure de prédire le montant des dépôts que le preneur pourrait ou non effectuer afin de déterminer le montant de la rente payable par ce dernier. Une telle interprétation aurait ainsi pour conséquence d'éliminer tout contrat de rente que nous nommerons ci-après « rente en phase d'accumulation ».

---

[10] Art. 2379, 2457 et 2458 C.c.Q.

[11] *Thibault*, précité, note 2, par. 16.

Cette interprétation nous laisse quelque peu perplexe. Nous verrons ci-dessous comment le projet de loi y a répondu.

Cependant, dans l'état du droit au moment de la conclusion des contrats en cause dans cette affaire et surtout en considérant les faits sous-jacents qui lui sont particuliers, notamment le contrôle absolu exercé par le crédirentier dans un cadre de régime enregistré d'épargne-retraite (ci-après « REÉR ») autogéré et également la stipulation au contrat que la création de la rente est reportée à la date d'échéance (date d'échéance qui n'était bien sûr pas atteinte), voilà autant de motifs contraignant la juge à conclure en l'absence d'aliénation de capital.

2.2. HISTORIQUE LÉGISLATIF

L'article 1787 du *Code civil du Bas-Canada* (ci-après « C.c. B.-C. »), ancêtre de l'article 2367 C.c.Q. précité, se lisait comme suit :

> « La constitution de rente est un contrat par lequel les parties conviennent du paiement par l'une d'elles de l'intérêt annuel sur une somme d'argent due à l'autre ou par elle comptée, pour demeurer permanemment entre les mains de la première comme un capital qui ne doit pas être demandé par la partie qui l'a fourni, excepté dans les cas ci-après mentionnés.
>
> Elle est assujettie quant au taux de la rente aux mêmes règles que les prêts à intérêt. »

Dans l'arrêt *Thibault*, Scotia McLeod soutient que :

> « L'évolution de la formulation de l'art. 2367 C.c.Q. permet de conclure que les retraits sont autorisés. L'article 1787 du Code civil du Bas Canada, traitant du mode de constitution de la rente, faisait expressément mention du caractère permanent de la détention par le débiteur de la rente et que l'article 2367 C.c.Q. ne comporte pas cette exigence. Elle déduit que l'omission du mot "permanemment" indique la volonté du législateur de faire place à une reprise de l'actif[12]. »

Cet argument est rejeté par la juge Deschamps qui souligne que, bien que « [l]'article 1787 C.c.B.C. n'utilisait pas le mot "aliénation" comme le fait l'art. 2367 C.c.Q. [, L]'acte d'aliénation a, en droit civil, une portée précise. Cet acte incorpore la notion de permanence ».

---

12 *Thibault*, précité, note 2.

Nous croyons toutefois que l'ancienne rédaction insistait davantage sur la permanence, voire l'immuabilité du transfert du capital entre les mains du débirentier.

Dans cette ligne de pensée, la Cour, dans son analyse de la jurisprudence, endosse les raisonnements et les conclusions de l'arrêt *Re Les Coopérants : Firstcliff Development inc*. c. *Raymond Chabot Fafard Gagnon inc*.[13] La Cour reconnaît ainsi au crédirentier un droit de créance dans une valeur de rachat éventuelle, prévue au contrat. Ainsi, lorsque le crédirentier met un terme au contrat en qualité de preneur, il peut, lorsqu'une stipulation le prévoit, se voir remettre une partie ou la totalité de cette valeur de rachat. Cependant, cela ne vient pas à reconnaître la non-immuabilité de tels contrats de rente, mais une possibilité de rétrocession reposant sur la volonté du crédirentier.

La Cour reconnaît qu'en assurance vie, les paiements faits par le preneur sont acquis à l'assureur, à charge par ce dernier de s'acquitter du paiement convenu lors de la survenance de l'événement prévu au contrat. Nous n'avons rien soulevé dans la *Loi sur les assurances* qui permet d'affirmer que les paiements faits par le preneur d'un contrat de rente ne soient traités différemment. Cette disposition serait alors un élément pouvant plaider en faveur de l'aliénation de capital lorsque la rente est émise par un assureur.

2.3. TENTATIVE DE 2002

À la fin de 2002, plus ou moins en catastrophe, fut adopté un projet de loi contenant une variété de mesures et intitulé *Loi modifiant la* Loi sur les assurances *et d'autres dispositions législatives*[14]. L'article 187 de cette loi stipulait ce qui suit :

> « Une faculté de retrait total ou partiel du capital stipulée dans un contrat constitutif de rente n'empêche pas celui-ci d'être considéré comme un contrat de rente au sens de l'article 2367 du Code civil dans la mesure où la rente est constituée auprès d'une société de fiducie conformément à l'article 178 de la Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne (L.R.Q., chapitre S-29.01) ou auprès d'un assureur [...]. »

Malheureusement, cet article n'était que de nature déclaratoire. Dans notre système de séparation des pouvoirs, le pouvoir judiciaire exercé par les

---

[13] [1994] R.L. 268 (C.A.).

[14] L.Q. 2002, c. 70.

tribunaux a hérité du pouvoir d'interpréter les lois. Même si le législateur peut se prévaloir d'un pouvoir d'interprétation, les tribunaux n'ont pas l'obligation d'être en accord avec de telles interprétations.

Par contre, lors d'un amendement législatif, les cours ont l'obligation de tenir compte du droit nouveau créé par celui-ci et doivent tenter de lui donner un sens. C'est ainsi que le Projet de loi 136 est notamment un amendement législatif et il est important de tenter de lui donner un sens. Il faut ainsi conclure que la réponse de 2002 n'était pas propre à apporter une solution susceptible de renverser le courant jurisprudentiel qui s'était développé au cours des dernières années.

Finalement, soulignons que la juge Deschamps a reconnu le bien-fondé d'une faculté de retrait total ou partiel en s'exprimant ainsi : « La faculté de retrait total avait déjà fait l'objet d'un prononcé judiciaire. En effet, l'arrêt *Coopérants*, précité, avait déjà décidé qu'une faculté de rachat, dans le contexte de la cessation du contrat, ne changeait pas la nature du contrat de rente[15]. » Nous aurions pu ajouter, « mais encore faut-il que le contrat en soit un de rente ».

3. LE PROJET DE LOI 136

3.1. AMENDEMENT DE LA *LOI SUR LES ASSURANCES*

Soulignons quelques dates importantes : le 6 décembre 2005 est la date de présentation de ce projet; celui-ci a été adopté le 16 décembre 2005, mais les articles 1, 2 et 5 de la *Loi sur les assurances* ne sont entrés en vigueur que le 1er mars 2006. Ce sont essentiellement les dispositions amendant la *Loi sur les assurances* et la *Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne*[16] qui voient leur mise en vigueur retardée au 1er mars 2006.

Par l'ajout d'une nouvelle section intitulée « Dispositions particulières aux rentes », le législateur québécois a choisi de répondre de cette manière à la jurisprudence et plus particulièrement à l'arrêt *Thibault*, afin de résoudre les problèmes juridiques et les impacts financiers pouvant en résulter.

Deux nouveaux articles, 33.4 et 33.5, sont ajoutés à la *Loi sur les assurances*. Nous les commenterons ci-après alinéa par alinéa :

---

15 *Thibault*, précité, note 2, par. 45.

16 L.R.Q., c. S-29.1.

« 33.4. Dans un contrat constitutif de rente, le fait qu'une compagnie d'assurance offre des choix de placement n'empêche pas cette compagnie d'avoir la maîtrise du capital accumulé pour le service de la rente. » Nous comprenons de cet alinéa que l'offre de placements doit émaner de la compagnie d'assurances, vraisemblablement conforme aux documents d'information préparés par celle-ci. Puisque ce choix est accordé au crédirentier, il devrait lui être possible de l'exercer sans empêcher la maîtrise du capital par l'assureur. En effet, celle-ci continue d'administrer, de gérer et de surveiller le travail réalisé par tous les intervenants impliqués dans une telle offre de placements. Dans la majorité des cas, plusieurs autres sociétés peuvent être appelées à apporter leur contribution dans cette offre de placements. Une telle implication de différents intervenants exige un contrôle exercé par l'assureur qui en est alors le maître d'œuvre.

« 33.4(2) Une faculté de retrait partiel ou total du capital accumulé pour le service de la rente peut être stipulée, mais son exercice a pour effet de réduire de façon corrélative les obligations de la compagnie d'assurance. » Par cet alinéa, on ne peut que vouloir permettre au crédirentier l'accès aux valeurs de rachat accumulé de son contrat. Selon les termes du contrat, cette valeur de rachat sera typiquement égale à la valeur marchande des placements sous-jacents moins les frais de rachat applicables, ce qui est très similaire aux règles applicables à l'assurance vie.

« 33.4(3) De plus, le montant de la rente qui sera servie périodiquement doit être, au moment de la conclusion du contrat, sinon déterminé, du moins déterminable en fonction de variables et selon un mode de calcul indiqués au contrat. » Faisant suite à l'interprétation de la juge Deschamps dans l'arrêt Thibault précité, ayant trait au montant de redevance déterminé à l'émission du contrat, le législateur a ajouté la possibilité que celle-ci soit déterminable. Nous croyons que cet ajout a pour effet de reconnaître et de permettre la survie des contrats de rente en phase d'accumulation, mis en marché par les assureurs au Québec. Le mot « déterminable » ouvre ainsi la possibilité à des dépôts supplémentaires effectués au gré du preneur et c'est au moment où la rente deviendra en service que le contrat devrait contenir une méthode permettant de calculer ce que sera le montant de la redevance alors payable.

> « 33.5. L'insaisissabilité du capital accumulé pour le service d'une rente demeure subordonnée à la désignation, conformément aux articles 2457 ou 2458 du Code civil du Québec, d'une personne habilitée à recevoir le capital ou la rente en découlant au décès du crédirentier ou de la personne qui fournit le capital. »

Nous croyons que cet article est conforme au second alinéa de l'article 2393 C.c.Q. *in fine*, qui fait le lien avec les règles en matière d'insaisissabilité

comprises au chapitre « Des assurances » du *Code civil du Québec* et qui s'appliquent en priorité aux rentes pratiquées par les assureurs.

3.2. DISPOSITIONS TRANSITOIRES

L'article 7 du Projet de loi 136 stipule que tout contrat conclu antérieurement au 1er mars 2006, qui était offert au public à titre de contrat de rente (en date du 6 décembre 2005), emportera l'insaisissabilité du capital accumulé, même si celui-ci n'était pas conforme à l'article 2367 C.c.Q. Cette insaisissabilité est toutefois subordonnée à une désignation conforme à l'article 2457 ou 2458 C.c.Q. L'article stipule également que cette insaisissabilité subsistera jusqu'à la fin du contrat. Dans la mesure où les conditions sont réunies, ces dispositions ont pour effet de créer une règle « grand-père » pour les contrats conclus avant le 1er mars 2006.

Les compagnies d'assurances sont habilitées à conclure des contrats d'assurance ou des contrats de rente. Dans l'éventualité où des contrats signés avant le 1er mars 2006 ne seraient pas des contrats de rente, ledit projet de loi, à l'article 8, confirme la capacité de ces compagnies à conclure de tels contrats.

Aux termes des articles 9 et 10 dudit Projet de loi 136, la présomption de l'article 7 précité ne s'applique pas aux contrats qui, en date du 6 décembre 2005, faisaient l'objet d'une saisie, d'une demande de revendication, d'un jugement. Dans la mesure où l'on ne peut argumenter avec succès que le contrat en litige est un contrat de rente, la compagnie d'assurances (ou le cas échéant, la société de fiducie) devra indemniser le preneur pour toute perte de capital accumulée et également assumer tous les frais judiciaires et extrajudiciaires engagés.

L'obligation de l'institution financière de rétablir le contrat dans son état d'origine emporte la remise en vigueur du contrat qui avait été conclu et le capital ainsi restitué au preneur sera insaisissable conformément audit article 7 du Projet de loi 136. Une question se pose sur le plan fiscal, dans le cas où la restitution concernerait un REÉR ou un fonds enregistré de revenu de retraite (FERR). Faudrait-il ou non de nouveaux droits de contribution? Si oui, la restitution pourrait être impossible. Dans le cas des contrats non enregistrés, y aurait-il disposition lors de la saisie? Quel sera le prix de base rajusté des actifs après restitution? À cet effet, une question a été posée à la Table ronde sur la fiscalité des stratégies financières et des instruments

financiers[17] dans le cadre de ce congrès. Souhaitons qu'une réponse favorable nous soit communiquée.

L'article 11 du Projet de loi 136 stipule que les articles 7 et 8 sont déclaratoires et qu'ils ne s'appliquent pas à toute procédure en cours le 6 décembre 2005, ni au contrat conclu à compter du 1er mars 2006.

Finalement, il est stipulé qu'après le 1er mars 2006, les contrats offerts au public devront se qualifier de contrat de rente.

3.3. DROIT NOUVEAU

Le 1er mars 2006 est derrière nous. Qu'en est-il des contrats offerts par les compagnies d'assurances et les sociétés de fiducie? Peuvent-ils se qualifier de contrats de rente? À quels critères doivent-ils répondre?

L'état du droit depuis l'adoption du Projet de loi 136 nous laisse avec un article 2367 C.c.Q. inchangé. L'aliénation de capital en faveur du débirentier demeure un critère qui doit être satisfait pour qualifier un contrat de rente.

Comment peut-on donner un sens aux amendements apportés à la *Loi sur les assurances* et à la *Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne*? Nous croyons qu'un droit nouveau a été créé, donnant de nouveaux paramètres applicables aux compagnies d'assurances et aux sociétés de fiducie. La définition de la rente date, outre une nouvelle rédaction essentiellement cosmétique en 1994, de l'adoption du *Code civil du Bas-Canada* de 1866. Nous croyons que le législateur a voulu rajeunir l'offre des contrats de rente offerts au public, pour les rendre plus conformes aux produits financiers modernes que les compagnies d'assurances et les sociétés de fiducie offrent et désirent continuer à offrir à leurs clients.

Les preneurs ont besoin des contrats de capitalisation, il est donc souhaitable que le législateur réponde à ce besoin en accordant une certaine protection contre les créanciers.

Le nouvel article 33.4 de la *Loi sur les assurances* énonce les options que l'on peut retrouver dans un contrat de rente sans pour autant le dénaturer. L'offre de choix de placements n'empêche pas la maîtrise ou le

---

[17] « Table ronde sur la fiscalité des stratégies financières et des instruments financiers », dans *Congrès 2006*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2007, pp. 51:1-26.

contrôle du capital par la compagnie d'assurances. La faculté de retrait partiel ou total du capital accumulé et l'existence d'une redevance étant sinon déterminées, du moins déterminables sont les conditions qui permettraient au contrat de se qualifier de rente. À l'intérieur de ces paramètres, nous croyons que les contrats offerts devraient se qualifier de rente. Nous croyons que la pratique à laquelle se réfère le second alinéa de l'article 2393 C.c.Q. *in fine* est maintenant codifiée par l'adoption desdits articles 33.4 et 33.5 de la *Loi sur les assurances*. Nous estimons qu'il est tout à fait compréhensible de décrire les pratiques autorisées par les assureurs en matière de rente, comme dans toutes autres matières, dans la *Loi sur les assurances*. Malgré le fait que l'article 2367 C.c.Q. n'ait pas été modifié, nous croyons qu'il y a eu par l'adoption du Projet de loi 136 un droit nouveau applicable aux compagnies d'assurances et aux sociétés de fiducie, et qui vient préciser davantage les marges de manœuvre ne contrevenant pas à l'aliénation de capital.

CONCLUSION

On peut s'attendre à ce que cette législation soit testée dans les tribunaux. La rédaction des contrats offerts au public à compter du 1er mars 2006 pourra faire l'objet d'une analyse approfondie. Il faudra demeurer vigilant.

Par analogie, on pourrait dire que les rentes d'accumulation mises en marché par les assureurs sont aux rentes ce que les régimes de retraite à cotisations déterminées sont aux régimes à prestations déterminées.

PARTIE B
Revue de certaines interprétations techniques publiées récemment par l'Agence du revenu du Canada

Éric La Charité, avocat, M. Fisc., Pl. Fin., TEP
Financière Sun Life

INTRODUCTION

Comme vous le savez, il est difficile de passer en revue toutes les interprétations techniques qui ont été rendues récemment dans le cadre du présent texte. Il est encore plus difficile d'en choisir seulement quelques-unes sans déplaire à certains d'entre vous. Vous comprendrez donc que nous avons essayé de souligner celles qui, selon nous, susciteraient un certain intérêt. Nous ne sommes pas infaillibles et reconnaissons que, sur la base de ce même critère, nous avons sûrement passé sous silence certaines autres qui, à vos yeux, auraient dû être également analysées.

Étant conscient qu'au cours de ce congrès d'autres interprétations seront sûrement analysées dont notamment celles traitant de la déductibilité des intérêts, nous avons donc concentré notre analyse sur celles qui touchent les sujets suivants :

1) transfert en franchise d'impôt d'une police d'assurance vie à un enfant;

2) transfert en franchise d'impôt d'un régime enregistré d'épargne-retraite (ci-après « REÉR ») au décès;

3) utilisation d'un REÉR comme moyen de paiement des arriérés d'une pension alimentaire;

4) don d'une police d'assurance vie à un organisme de bienfaisance;

5) cession par un associé d'une police d'assurance vie en garantie d'un prêt accordé à la société de personnes;

6) revenu provenant de la disposition d'une police d'assurance vie et impôt en main remboursable au titre de dividendes (ci-après « IMRTD »);

7) avantage imposable à l'actionnaire résultant de l'utilisation d'un actif d'une société, incluant une police d'assurance vie, pour garantir un emprunt personnel.

1. TRANSFERT EN FRANCHISE D'IMPÔT D'UNE POLICE D'ASSURANCE VIE À UN ENFANT

Depuis le début des années 1990 environ, l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») a été invitée à de nombreuses occasions à répondre à des questions concernant l'application du paragraphe 148(8) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[1]. Ce paragraphe permet le transfert en franchise d'impôt d'une police d'assurance vie à un enfant si les conditions énoncées ci-après sont satisfaites.

Ainsi, lorsque l'intérêt du titulaire d'une police d'assurance vie, autre qu'un contrat de rente, est transféré à l'enfant du titulaire à titre gratuit et que l'enfant du titulaire ou du bénéficiaire du transfert est la personne dont la vie est assurée en vertu de la police, un « roulement fiscal » est possible. En effet, dans un tel cas, le titulaire est réputé avoir disposé de l'intérêt dans la police pour un montant égal au coût de base rajusté (ci-après « CBR ») dudit intérêt immédiatement avant le transfert et l'enfant est réputé avoir acquis cet intérêt dans la police à un coût égal à ce CBR.

Dès les premières interprétations techniques[2], l'ARC a limité l'application de ce paragraphe à une police en vertu de laquelle une seule vie est assurée. Voici quelques extraits de ces interprétations :

> « Subsection 148(8) makes limited provision for the rollover of an interest in a life insurance policy at its adjusted cost basis. The transferee or a child of either the policyholder or the transferee has to be the person whose life is insured. These words suggest that there can be only one life insured under the policy in order to have a tax free rollover[3]. »
>
> « Subject to the comments below, it is generally our view that the provisions of subsection 148(8) will not have application where there is more than one life insured under the policy[4]. »
>
> « […] it is our view that the requirements in paragraph 148(8)(b) can only be satisfied if there is only one person (i.e. the child in this case) insured under the policy[5]. »

---

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

2 *CRA Views*, dans *Tax Partner* (CD-ROM), Scarborough, Ont., Carswell, interprétations techniques 9803195F, 25 février 1998, 1991-285, août 1991 et 5-8204, 11 juillet 1989.

3 *CRA Views*, *op. cit.*, note 2, interprétation technique 5-8204, 11 juillet 1989.

4 *CRA Views*, *op. cit.*, note 2, interprétation technique 1991-285, août 1991.

5 *Id.*

> « Par ailleurs, nous sommes d'avis que l'alinéa 148(8)(b) ne s'applique que dans les cas où il n'y a qu'une vie assurée en vertu du contrat d'assurance-vie, le cas échéant, l'enfant. Par exemple, dans le cas où le contrat d'assurance-vie est un contrat d'"assurance familiale" telle que cette expression est définie au paragraphe 171 de la Loi sur les assurances (Ontario), et que la vie du parent et la vie de l'enfant sont assurées selon ce contrat, le transfert ne pourrait pas être effectué en vertu du paragraphe 148(8)[6]. »

En 2004, l'ARC a réétudié l'application de ce paragraphe dans le contexte d'une police en vertu de laquelle deux « enfants » étaient assurés[7]. Conscient de l'interprétation restrictive de l'ARC relativement au nombre de personnes pouvant être assurées en vertu de la police, le paragraphe 33(2) de la *Loi d'interprétation*[8] du Canada a été invoqué pour justifier une interprétation plus libérale. En effet, ce paragraphe stipule que « le pluriel ou le singulier s'applique, le cas échéant, à l'unité et à la pluralité ».

Malgré cet argument, l'ARC a maintenu sa position en la justifiant de cette façon :

> « Since subsection 148(8) is, in our view, intended to provide an exception to the general rule, it would be contrary to the intention of the provision to apply subsection 33(2) of the Interpretation Act, in order to expand the exception to the general rule.
>
> This position is consistent with our response to Question 1 at the 2000 CALU Conference Roundtable. That question dealt with the interpretation of the phrase "the person whose life was insured" in subsection 70(5.3) of the Income Tax Act in the context of a multiple-life policy. Our response was that the wording in subsection 70(5.3) contemplates that there can only be one life insured under the policy.
>
> The Department of Finance confirmed that at the time subsections 70(5.3) and 148(8) were enacted there was no tax policy intention to have the provisions apply to life insurance policies under which more than one life is insured. It is our view that a legislative amendment would be required to provide for the application of subsection 148(8) to multiple life policies. A request for such amendment would need to be made to the Department of Finance[9]. »

---

6 *CRA Views*, *op. cit.*, note 2, interprétation technique 9803195F, 25 février 1998.

7 Selon la définition donnée au terme « enfant » en vertu des paragraphes 148(9) et 252(1) L.I.R.

8 L.R.C. (1985), c. I-21 et mod.

9 *CRA Views*, *op. cit.*, note 2, interprétation technique 2004-0065441C6, 4 mai 2004.

Prenant acte de cette position ferme, de nouveaux arguments ont été soumis à l'ARC au cours des mois qui ont suivi. Cette fois-ci le débat se concentra sur le moment exact où cette interprétation restrictive devait entrer en jeu. En d'autres mots, même dans le cas où deux vies sont assurées en vertu d'une police, est-ce que le « roulement » prévu au paragraphe 148(8) L.I.R. peut être invoqué lorsqu'au moment du transfert, il n'y a plus qu'une seule vie qui est assurée et que les autres conditions sont par ailleurs satisfaites?

L'ARC a répondu par l'affirmative dans trois interprétations techniques au cours de l'année 2005[10].

Ainsi, à la question suivante :

> « Will subsection 148(8) apply where a child is the contingent owner of a policy within the meaning of subsection 199(1) of the Insurance Act (Ontario), the policy is a last-to-die policy, the child and one of the child's parents are the only lives insured under the policy and the parent dies[11]? »

L'ARC a répondu :

> « If the child receives the interest of the parent policyholder in the last-to-die policy for reason only that the child is the contingent owner of the policy within the meaning of 199(1) of the Insurance Act (Ontario) and the parent has died, it is our view that the child is the only life insured under the policy at the time that the parent's interest in the policy is transferred to the child. Provided that the child acquired this interest without consideration, it is our view that subsection 148(8) would apply to the transfer of the policy from the parent to the child, such that the deceased parent would be deemed to have disposed of the policy, immediately before the transfer, for proceeds of disposition equal to the adjusted cost basis of the policy to the parent, and the child will be deemed to have acquired an interest in the policy at a cost equal to those proceeds[12]. »

Dans un contexte similaire, une deuxième question hypothétique a été soumise. Cette fois-ci, le transfert n'aurait pas lieu à la suite du décès de la deuxième personne assurée, mais plutôt après que la couverture d'assurance sur cette personne soit enlevée (*dropped* en anglais). La question était formulée ainsi :

---

10 *CRA Views*, *op. cit.*, note 2, interprétations techniques 2005-0116681C6, 3 mai 2005, 2005-0125391E5, 29 août 2005 et 2005-0137151E5, 12 décembre 2005.

11 *CRA Views*, *op. cit.*, note 2, interprétation technique 2005-0116681C6, 3 mai 2005.

12 *Id*.

> « You asked whether subsection 148(8) of the Act applies where the parent and the child were both insured under the policy when the policy was issued to the parent, but the coverage on the parent's life was dropped such that the child was the only life insured under the policy at the time the policy was actually transferred[13]. »

La réponse se lit comme suit :

> « Subsection 148(8) of the Act generally applies where a policyholder transfers a life insurance policy, for no consideration, to a child of the policyholder and either a child of the policyholder or a child of the transferee is the life insured under the policy. In the situation described, it is our general view that subsection 148(8) of the Act would apply to the transfer of the policy from the parent to the child provided the child is the only life insured under the policy at the time the policy is transferred for no consideration to the child.
>
> There may be tax consequences that would result from the removal of a life insured from coverage under a multiple life policy. Whether a tax liability to the policyholder will result when a life insured is removed is a determination that could only be made after a thorough review of the terms and conditions of the life insurance policy and the facts of the particular situation[14]. »

Il faut souligner qu'en février 1998, l'ARC avait accepté l'utilisation du paragraphe 148(8) L.I.R. dans une situation où la participation dans une police d'assurance vie est transférée à l'enfant majeur du détenteur de la police à la suite d'un changement de vie assurée du parent à l'enfant conformément aux termes de la police :

> « Nous somme d'avis que le paragraphe 148(8) de la Loi pourrait s'appliquer dans une situation où la participation d'une police d'assurance-vie est transférée à l'enfant majeur du détenteur de la police suite au changement de vie assurée du parent à l'enfant en autant que ce changement est prévu aux termes de la police d'assurance-vie[15]. »

Le 12 décembre dernier, l'ARC a reconfirmé sa position dans le cadre d'une troisième interprétation en utilisant les mots suivants :

> « It is our general view that the fact that there was more than one life insured under the policy when issued, will not preclude the policy from being transferred at its adjusted cost basis pursuant to subsection 148(8) of the Act,

---

13 *CRA Views*, *op. cit.*, note 2, interprétation technique 2005-0125391E5, 29 août 2005.

14 *Id.*

15 *CRA Views*, *op. cit.*, note 2, interprétation technique 9803195F, 25 février 1998.

> provided that at the time the policy is transferred, there is only one life insured under the policy[16]. »

Cette demande d'interprétation comportait toutefois une question additionnelle : est-ce que l'enfant à qui est transférée la police doit être le même enfant que celui dont la vie est assurée en vertu de la police? L'ARC a répondu « non » à cette question en énonçant :

> « It is our general view that the words of paragraph 148(8)(b) of the Act provide that the life insured under the policy could be any child of the policyholder, or any child of the transferee. "Child" for the purposes of section 148 of the Act is defined in subsection 148(9) of the Act, and subsection 252(1) of the Act provides an extended meaning of "child" which applies for purposes of the Act[17]. »

L'an dernier, dans le cadre de la Table ronde sur les produits financiers[18] tenue lors du Congrès 2005 de l'APFF, l'ARC a analysé si le paragraphe 148(8) L.I.R. pourrait également être utilisé lorsque le transfert a lieu en faveur d'un enfant mineur en ayant recours au concept de « titulaire subrogé » du *Code civil du Québec*[19]. Trois scénarios ont été soumis aux fins de commentaires. Les questions se lisaient comme suit :

> « Selon l'article 2446 C.c.Q., la désignation de bénéficiaires ou de titulaires subrogés se fait dans la police ou dans un autre écrit revêtu, ou non, de la forme testamentaire. Selon l'article 2455 C.c.Q., le contrat transmis au titulaire subrogé ne fait pas partie de la succession du titulaire précédent.
>
> Pouvez-vous nous indiquer si les situations suivantes peuvent entraîner l'application du paragraphe 148(8) L.I.R? Dans tous les cas, l'enfant du titulaire est la personne dont la vie est assurée en vertu de la police et la transmission du contrat au titulaire subrogé est effectuée à titre gratuit.
>
> Situation 1
>
> Le titulaire subrogé qui est nommé selon l'article 2446 C.c.Q. est un enfant mineur du titulaire de l'intérêt dans la police d'assurance-vie. Toutefois, l'intérêt dans la police d'assurance-vie est transmis à l'enfant à la condition

---

16 *CRA Views*, *op. cit.*, note 2, interprétation technique 2005-0137151E5, 12 décembre 2005.

17 *Id.*

18 « Table ronde sur les produits financiers », dans *Congrès 2005*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2006, pp. 57:1-40.

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

> d'être administré par un tiers. La désignation du titulaire subrogé est faite dans la police ou dans un autre document remis à l'assureur.
>
> Situation 2
>
> Les faits sont les-mêmes que dans la première situation sauf que la désignation du titulaire subrogé est faite dans le testament du titulaire de la police.
>
> Situation 3
>
> Le titulaire subrogé qui est nommé selon l'article 2446 C.c.Q. est une fiducie testamentaire créée pour le bénéfice de l'enfant[20]. »

L'ARC a répondu ainsi :

> « L'ARC est d'avis que les dispositions du paragraphe148(8) L.I.R. s'appliqueront si l'intérêt du titulaire de la police dans la police d'assurance-vie est transféré à l'enfant du titulaire à titre de titulaire subrogé conformément à l'article 2446 C.c.Q. L'ARC est d'avis que les transferts des intérêts dans une police d'assurance vie dans les situations 1 et 2 seraient visés par les dispositions du paragraphe 148(8) L.I.R. Toutefois, la situation 3 ne serait pas assujettie à ce paragraphe parce que le titulaire subrogé est une fiducie[21]. »

Si vous vous demandez pourquoi les situations décrites précédemment ont toutes recours à la notion de « titulaire subrogé », il faut se rappeler que l'ARC a énoncé, par le passé, que le paragraphe 148(8) L.I.R. ne pouvait être invoqué pour transférer une police en franchise d'impôt lorsque le transfert résulte d'une disposition du testament du parent décédé. Le raisonnement est le suivant :

> « While the laws of the relevant province in a specific factual situation might have a bearing on the question, it appears to us that, in general, subsection 148(8) would not apply in this situation. Whereas the transfer referred to in paragraph 148(8)(a) is that of an interest in a life insurance policy from the policyholder to his child, in the situation described above, the interest in the policy passes from the policyholder (the parent) to his estate, and then to the

---

20 *CRA Views*, *op. cit.*, note 2, 2005-0136701C6, 7 octobre 2005.

21 *Id*. L'ARC avait pris une position similaire relativement à un transfert à une fiducie (*bare trust* ou une fiducie pour le bénéfice exclusif de l'enfant) dans *CRA Views*, *op. cit.*, note 2, interprétation technique 9826715, 9 janvier 1999. Pour une argumentation possible quant à l'application du paragraphe 148(8) L.I.R. à l'égard d'un transfert à une fiducie exclusive au profit d'un enfant, nous vous référons au texte d'Élaine N. LAMONTAGNE, « Régime fiscal applicable à certains transferts de police d'assurance vie universelle », (2003), vol. 24, n° 2 *Revue de planification fiscale et successorale* 279-379, p. 302.

> child. The first transfer, from the parent to the estate, is not a transfer from a policyholder to his child, and the second transfer, from the estate, now the policyholder, to the child, is not a transfer to the policyholder's (i.e., the estate's) child. Insofar as subsection 148(8) would not apply in such a situation, it is our view that the provisions of subsection 148(7) would apply (except, for example, where the policy is not an "exempt policy", as defined in subsection 12.2(11), in which case paragraphs 148(2)(b) and (c) would apply)[22]. »

Toutefois, lorsque le transfert provient non pas des termes utilisés au sein d'un testament, mais plutôt par l'effet de la *Loi sur les assurances*[23] de l'Ontario en matière de *successive owner designation*[24], l'ARC avait reconnu que le paragraphe 148(8) L.I.R. pouvait alors s'appliquer :

> « In your facsimile, you referred to an opinion we gave on February 15, 1995 which dealt with a transfer of a policyholder's interest in a life insurance policy to the policyholder's child pursuant to the terms of the policyholder's will. We agree that the situation you are concerned with is distinguishable from the circumstances considered in that earlier opinion since in your situation the policyholder's interest in a policy is transferred to the policyholder's child by virtue of a successive owner designation made pursuant to subsection 199(1) of the Insurance Act (Ontario).
>
> We understand that under subsection 199(1) of the Insurance Act (Ontario), a policyholder may designate a person as the successive owner of an interest in a life insurance policy in the event of death. The designation must be made in the insurance policy contract or in an agreement in writing between the policyholder and the insurer. The effect of this designation is that the policyholder's interest in the policy does not form part of the policyholder's estate on his or her death. Furthermore, the designated person has all the rights and interests of the policyholder and that person is deemed to be the insured under the policy.
>
> It is our view that a transfer of an interest in a life insurance policy from a policyholder to the policyholder's child on the death of the policyholder by virtue of a successive owner designation made under subsection 199(1) of the Insurance Act (Ontario) is a transfer from the policyholder to the policyholder's child as required by paragraph 148(8)(a) of the Act. Accordingly, subsection 148(8) of the Act would apply in such a situation if the other requirements of that subsection are met[25]. »

---

22 *CRA Views*, *op. cit.*, note 2, 9433865, 15 février 1995.

23 L.R.O. 1990, c. I-8 (ci-après « L.A.O. »).

24 Par. 199(1) L.A.O.

25 *CRA Views*, *op. cit.*, note 2, interprétation technique 9618075, 3 septembre 1996.

2. TRANSFERT EN FRANCHISE D'IMPÔT D'UN REÉR AU DÉCÈS

Dans deux interprétations techniques récentes, l'ARC a eu l'occasion d'analyser l'application du paragraphe 146(8.1) L.I.R., tel qu'il est modifié par les *Propositions législatives concernant l'impôt sur le revenu* du 18 juillet 2005[26]. Elles pourraient même être éventuellement utilisées comme planifications *post mortem* pour reporter l'impôt payable lors du décès d'un conjoint.

La première situation soumise à l'ARC aux fins de commentaires était basée sur les faits suivants :

> « M. A décéderait en 2006. Immédiatement avant son décès, la juste valeur marchande ("JVM") de son régime enregistré d'épargne-retraite ("REER") non échu serait de 100 000 $ alors que la JVM de ses autres biens se chiffrerait à 500 000 $. Aux termes de son testament, M. A léguerait l'universalité de ses biens à une fiducie exclusive au profit de sa conjointe, Mme A. Le testament fiduciaire de M. A prévoirait une clause d'empiètement du capital qui permettrait des prélèvements sur le capital de la fiducie au bénéfice de Mme A.
>
> Après le décès de M. A, le fiduciaire effectuerait un prélèvement de capital en faveur de Mme A d'un montant de 100 000 $, soit la JVM du REER non échu de M. A immédiatement avant son décès. Par la suite, le liquidateur de la succession et Mme A effectueraient conjointement le choix prévu au paragraphe 146(8.1) pour un montant de 100 000 $. Finalement, Mme A verserait un montant de 100 000 $ à titre de prime à un REER dont elle est la rentière avant la fin de l'année 2006[27]. »

L'ARC devait déterminer si le liquidateur de la succession et M^me^ A pouvaient exercer le choix prévu au paragraphe 146(8.1) L.I.R., tel qu'il est modifié par les Propositions, relativement à la somme versée en provenance du REÉR de M. A au liquidateur[28]. L'ARC a rédigé sa réponse comme suit :

> « Le paragraphe 146(8.1) tel que modifié par les Propositions prévoit que la somme versée dans le cadre d'un REER d'un rentier décédé au représentant légal de ce dernier qui aurait été un remboursement de primes si elle avait été

---

[26] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Propositions législatives concernant l'impôt sur le revenu*, « Partie 2 – Modifications générales touchant la *Loi de l'impôt sur le revenu* et autres lois connexes », 18 juillet 2005.

[27] *CRA Views*, *op. cit.*, note 2, interprétation technique 2005-0161941E5, 9 mai 2006.

[28] De manière à ce que la somme versée dans le cadre du REÉR de M. A au liquidateur de la succession soit réputée reçue par M^me^ A à titre de prestation qui serait un remboursement de primes.

> versée en vertu du régime à un particulier qui est bénéficiaire (au sens du paragraphe 108(1)) de la succession du rentier décédé est réputée, dans la mesure où elle est désignée conjointement par le représentant légal et le particulier dans le formulaire prescrit présenté au ministre, être reçue par le particulier (et non par le représentant légal), au moment où elle a été ainsi versée, à titre de prestation qui est un remboursement de primes.
>
> Nous sommes d'avis que le paragraphe 146(8.1) s'appliquerait à un particulier qui a un "droit de bénéficiaire", au sens du paragraphe 248(25), dans la succession d'un rentier de REER décédé qui n'est pas un bénéficiaire direct de la succession, tel que c'est le cas dans la Situation Donnée, Mme A ne détenant qu'une participation indirecte dans la succession de M.A du fait qu'elle est bénéficiaire d'une fiducie qui, elle, est bénéficiaire de la succession[29]. »

Les faits à la base de la deuxième situation étaient :

> « M. A décéderait en 2006 sans testament. Immédiatement avant son décès, la juste valeur marchande ("JVM") de son régime enregistré d'épargne-retraite ("REER") non échu serait de 150 000 $ alors que la JVM de ses autres biens se chiffrerait à 50 000 $. Les héritiers ab intestat de M. A seraient sa conjointe ("Mme A") et les deux enfants de M. A ("Enfants A")[30]. »

En posant l'hypothèse que les enfants renonceraient en faveur de M^me^ A à la succession de M. A, les deux questions suivantes ont été posées à l'ARC :

> « 1) Est-ce que Mme A et le représentant légal de M. A pourraient effectuer le choix prévu au paragraphe 146(8.1) de manière à ce que la somme versée dans le cadre du REER de M. A au représentant légal de ce dernier soit réputée reçue par Mme A à titre de prestation qui serait un remboursement de primes?
>
> 2) Également, est-ce que le résultat serait le même si les Enfants A renonçaient seulement en faveur de Mme A à une fraction de la succession de M. A qui représenterait leur part dans le REER de M. A[31]? »

L'ARC a pris la position suivante :

> « Le paragraphe 146(8.9) accorde une déduction à l'égard du montant inclus dans le revenu du rentier décédé par l'effet du paragraphe 146(8.8) lorsque des montants constituent des remboursements de primes. Un remboursement de primes comprend une somme versée à l'époux ou au conjoint de fait du rentier

---

29 *Id.*

30 *CRA Views*, *op. cit.*, note 2, interprétation technique 2005-0162591E5, 10 mai 2006.

31 *Id.*

qui est décédé avant l'échéance du régime dans le cas où la somme est versée par suite du décès du rentier du régime, à l'exception d'un montant libéré d'impôt relativement au régime.

Selon le paragraphe 146(8.1) tel que modifié par les Propositions législatives concernant l'impôt sur le revenu du 18 juillet 2005 ("les Propositions"), une somme versée à une succession peut constituer un remboursement de primes si les conditions suivantes sont réunies :

a) la somme doit être versée dans le cadre d'un REER d'un rentier décédé au représentant légal de ce dernier;

b) si la somme était versée en vertu du REER à un bénéficiaire (au sens du paragraphe 108(1)) de la succession, elle aurait constitué un remboursement de primes, et

c) le représentant légal du rentier décédé et le bénéficiaire font un choix en produisant le formulaire prescrit T2019.

Selon l'alinéa 248(8)b) tel que modifié par les Propositions, un transfert, une distribution ou une acquisition de biens effectué par suite d'une renonciation par une personne qui était héritier ab intestat d'une succession d'un contribuable est considéré comme un transfert, une distribution ou une acquisition de biens effectué par suite du décès du contribuable. Le paragraphe 248(9) indique qu'une renonciation s'entend notamment d'une renonciation à une succession en vertu de la législation de la province de Québec qui n'est pas faite au profit de quelqu'un. Ainsi, une renonciation suppose un refus inconditionnel d'accepter une participation dans la succession sans indication concernant la façon dont le représentant du rentier décédé devrait répartir la partie renoncée.

Dans la Situation Donnée, il s'agirait de renonciations à la succession de M. A en faveur de Mme A. De telles renonciations ne pourraient pas être considérées comme des renonciations aux fins de la Loi parce qu'il s'agirait de transferts de biens de certains des héritiers ab intestat (Enfants A) en faveur de Mme A et il ne s'agirait pas d'un transfert par suite du décès de M. A. Cependant, si les renonciations des Enfants A à la succession de M. A n'avaient pas été faites au profit de quelqu'un, mais avaient été des renonciations pures et simples légalement valides qui respectaient les précisions du paragraphe 248(9), nous sommes d'avis qu'il aurait pu s'agir de transferts par suite du décès de M. A[32]. »

3. UTILISATION D'UN REÉR COMME MOYEN DE PAIEMENT DES ARRIÉRÉS D'UNE PENSION ALIMENTAIRE

Une autre idée intéressante a été soumise à l'ARC concernant un REÉR comme moyen de paiement des arriérés d'une pension alimentaire. Cette

[32] *Id.*

situation n'a cependant pas reçu l'approbation de l'ARC. Les questions soumises étaient rédigées de la façon suivante :

> « 1) Can an individual transfer an amount out of an RRSP in satisfaction of arrears in spousal maintenance?
>
> 2) Can such a payment be reported as the payment of spousal support[33]? »

Après avoir repris les termes et les conditions nécessaires pour pouvoir bénéficier, en vertu du paragraphe 146(16) L.I.R., d'un transfert direct d'un montant en franchise d'impôt du REÉR d'un individu au REÉR dont son conjoint ou ex-conjoint est le rentier, l'ARC détermina qu'il était impossible de payer de tels arriérés sans engendrer de conséquences fiscales pour le payeur. Toutefois, si les conjoints ne sont pas divorcés au moment du paiement, un tel transfert constituerait une contribution au REÉR du conjoint pouvant donner droit à une déduction dans la mesure où les limites prescrites sont remplies. Dans le cas contraire, les pénalités pour contributions excédentaires s'appliqueront. La décision a été rédigée ainsi :

> « In our view, the payment of an amount of arrears of spousal support under the terms of a decree, order or judgement of a competent tribunal, or a written separation agreement would not comply with the provisions of paragraph 146(16)(b) of the Act because such a payment would not relate to the division of property in settlement of rights arising out of or on the breakdown of marriage.
>
> During a telephone conversation (XXXXXXXXXX - Carpino) you referred to our files 2002-016116 and 2000-0052205 in which we addressed the transfer of amounts from a payor's RRSP to a recipient's RRSP in circumstances where the payor's obligation to pay maintenance to the recipient were terminated. It should be noted that in both of these letters we indicated that the transfers between the RRSPs had to be made in respect to the division of property in settlement of rights arising out of or on the breakdown of marriage. In other words, the transfers could not specifically be made in settlement of the maintenance obligations.
>
> If a transfer of an amount is made from a payor's RRSP to a recipient's RRSP in satisfaction of maintenance payments, it is our view that the amount of the transfer would be included in the income of the payor under subsection 146(8) of the Act. If the payor and the recipient are not divorced at the time the payment is made, the amount transferred into the recipient's RRSP would be a contribution to a spousal RRSP and may be deductible by the payor in accordance with subsection 146(5.1) of the Act. However, if the amount

---

[33] *CRA Views*, *op. cit.*, note 2, interprétation technique 2006-0199271E5, 23 août 2006.

> represents an over contribution to an RRSP, the payor could be subject to a tax under part X.1 of the Act on any excess contribution.
>
> As indicated above, where paragraph 146(16)(b) of the Act is applicable to a transfer of an amount from a payor's RRSP to a recipient's RRSPs, the payment must be in satisfaction of property rights arising from marriage. Payments made by an individual to a former spouse in satisfaction of property rights arising from marriage are of a capital nature and the courts have established that such payments cannot be considered to be "support" for purposes of the Act, which means there is no deduction available pursuant to paragraph 60(b) of the Act[34]. »

4. DON D'UNE POLICE D'ASSURANCE VIE À UN ORGANISME DE BIENFAISANCE

Le 17 mai dernier, l'ARC rendait une interprétation à l'égard de la valeur d'une police temporaire 100 ans faisant l'objet d'une donation à un organisme de bienfaisance. Plus précisément, la demande à l'ARC était rédigée en ces termes :

> « In particular, you have requested our views on the factors to be considered by a charity when valuing a life insurance policy, where a policyholder continues to pay the future premiums, but decides to donate a term to 100 life insurance policy with no cash surrender value that the policyholder has owned for many years[35]. »

Après avoir mentionné qu'un titulaire d'assurance vie qui désire faire le don d'un tel produit devrait normalement se référer au paragraphe 3 du *Bulletin d'interprétation* IT-244R3[36] pour connaître la position de l'ARC quant à la détermination de la valeur d'une telle police aux fins de cette donation, elle continue en énonçant :

> « As described in paragraph 3 of IT-244R3 the amount of the charitable gift is equal to the value of the policy (i.e., the amount by which the cash surrender value of the policy at the time of the absolute assignment exceeds any policy loan outstanding) and any accumulated dividends and interest, which are also assigned at that time. If the policy has no value, there is no charitable gift when it is transferred, but donations of subsequent premium amounts will qualify as

---

[34] *Id.* Voir aussi *CRA Views*, *op. cit.*, note 2, interprétation technique 2002-0144225, août 2002.

[35] *CRA Views*, *op. cit.*, note 2, interprétation technique 2006-0168591E5, 17 mai 2006.

[36] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-244R3, « Dons par des particuliers de polices d'assurance vie comme dons de charité », 6 septembre 1991.

> charitable gifts in accordance with paragraph 2 of IT-244R3. It should be noted that the increase in the cash surrender value of the policy as a result of the subsequent payments of policy premiums has no effect in determining the amount of the donation once the policy has been absolutely assigned to the qualified donee. We have not yet had the opportunity to reconsider our position outlined in paragraph 3 of IT-244R3 on the value of a life insurance policy that is donated by a policyholder to a charity[37]. »

Il faut souligner que, parmi les documents publiés par l'ARC traitant de la juste valeur d'une police d'assurance vie, on retrouve également la *Circulaire d'information* 89-3[38]. Cette circulaire décrit les différents facteurs qui devraient être considérés pour déterminer la valeur d'une police d'assurance vie lorsque nous ne sommes pas en présence d'un don de bienfaisance. Sur la base des critères énoncés dans ces documents, il serait possible d'avoir une valeur différente pour une même police d'assurance vie selon qu'un organisme de bienfaisance en soit le récipiendaire ou non. Lors du Congrès annuel de l'APFF de 1999[39], Marc Dagenais commentait ainsi les positions de l'ARC :

> « Le *Bulletin d'interprétation* IT-244R3 traite de la valeur d'une police d'assurance vie qui fait l'objet d'un don à un organisme de charité. Le ministère mentionne que la valeur de la police donnée équivaut à la valeur de rachat moins tout prêt impayé. Aucune référence n'est faite aux facteurs dont il est question dans la Circulaire 89-3 et encore moins à une méthode d'évaluation objective. Par conséquent, un même bien pourrait avoir une valeur différente selon la personne à qui le bien est destiné. Nous partageons les commentaires formulés par Glenn R. Stephens concernant la politique ministérielle en matière d'évaluation de polices d'assurance vie :
>
> > "Selon Revenu Canada, la valeur d'un don effectué sur le lit de mort d'une police d'assurance à terme à un organisme de charité serait nulle pour l'application de l'article 118.1, alors que le transfert d'une police identique par une société à un particulier mourant pourrait théoriquement

---

37 *CRA Views*, *op. cit.*, note 2, interprétation technique 2006-0168591E5, 17 mai 2006.

38 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 89-3, « Exposé des principes sur l'évaluation de biens mobiliers », 25 août 1989. Même si cette circulaire concerne l'évaluation des actions d'une société privée, l'ARC a indiqué que la liste des facteurs à être utilisés pour établir la juste valeur marchande d'une police détenue par une société par actions s'applique également pour déterminer la valeur de n'importe quel intérêt dans une assurance vie.

39 Marc DAGENAIS, « Pot-pourri fiscal – Partie A : Le transfert de police d'assurance vie : une problématique non résolue », dans *Congrès 99*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2000, pp. 35:1-82, aux pages 35:7-14.

> donner lieu à un avantage imposable qui se rapproche de la valeur nominale de la police aux termes du paragraphe 15(1)[40]." »

5. CESSION PAR UN ASSOCIÉ D'UNE POLICE D'ASSURANCE VIE EN GARANTIE D'UN PRÊT ACCORDÉ À LA SOCIÉTÉ DE PERSONNES

Lorsqu'une institution financière véritable exige que l'un des associés d'une société de personnes cède une police d'assurance vie à titre de garantie de l'emprunt que cette société a contracté auprès d'elle et que l'intérêt de cet emprunt est déductible du revenu de la société de personnes, est-ce que l'associé aurait droit de demander une déduction aux termes de l'alinéa 20(1)e.2) L.I.R. en présumant par ailleurs que toutes les autres conditions sont satisfaites?

L'ARC a répondu ainsi :

> « Non. Pour avoir le droit de déduire les primes aux termes de l'alinéa 20(1)(e.2), il faut, entre autres, que l'intérêt de l'emprunt soit déductible du revenu du contribuable qui paie les primes. Dans l'exemple ci-dessus, l'intérêt est déductible du revenu de la société de personnes en vertu du paragraphe 96(1), et non du revenu de l'associé qui paie les primes[41]. »

6. REVENU PROVENANT DE LA DISPOSITION D'UNE POLICE D'ASSURANCE VIE ET IMRTD

Une société par actions qui dispose d'un intérêt dans une police d'assurance vie peut avoir à inclure dans le calcul de son revenu, conformément au paragraphe 148(1) L.I.R. et à l'alinéa 56(1)j) L.I.R., l'excédent du produit de disposition de son intérêt dans la police qu'elle a le droit de recevoir au cours de l'année sur le CBR de cet intérêt immédiatement avant la disposition.

---

[40] Glenn R. STEPHENS, « Planification fiscale personnelle : la valeur d'une police d'assurance vie dans le cadre de l'impôt sur le revenu canadien », (1992), vol. 40, n° 4 *Revue fiscale canadienne* 974-991, p. 989.

[41] La version française incluse dans le présent texte provient d'une traduction effectuée par le Conference for Advanced Life Underwriting (ci-après « CALU »). Elle ne constitue donc pas la version officielle de l'ARC, car la version originale a été rédigée exclusivement en langue anglaise. Pour la version française complète de cette interprétation traduite, voir le site Internet du CALU au http://www.calu.com/website/francais_.html. Pour la version originale anglaise, voir *CRA Views*, *op. cit.*, note 2, interprétation technique 2006-0175101C6, 9 mai 2006.

Dans le cas où un montant est ainsi inclus[42] dans le revenu de la société, l'ARC s'est fait demander si, aux fins de la définition de « revenu de placement total » au paragraphe 129(4) L.I.R., ce montant constituait un revenu tiré d'un bien?

La réponse de l'ARC se lit comme suit :

> « Nous sommes d'avis que lorsqu'un montant se rapportant à la disposition d'une police d'assurance-vie détenue par une société est compris dans le revenu de la société en vertu de l'alinéa 56(1)(j), il est raisonnable de considérer que ce montant est un revenu tiré d'un bien dans le contexte de l'alinéa (b) de la définition du "revenu de placements total" du paragraphe 129(4)[43]. »

Il faut noter que la position de l'ARC sur ce sujet a évolué au cours des années[44].

7. AVANTAGE IMPOSABLE À L'ACTIONNAIRE RÉSULTANT DE L'UTILISATION D'UN ACTIF D'UNE SOCIÉTÉ (INCLUANT UNE POLICE D'ASSURANCE VIE) POUR GARANTIR UN EMPRUNT PERSONNEL

Au cours des derniers mois, à deux occasions, l'ARC a réitéré sa position quant à l'application du paragraphe 15(1) L.I.R. relativement à l'avantage imposable accordé à un actionnaire lorsqu'une société privée garantit l'emprunt de son actionnaire au moyen d'une hypothèque sur ses biens ou de la cession en garantie d'une police d'assurance vie[45] qu'elle détient.

---

42 En vertu de l'alinéa 56(1)j) L.I.R.

43 La version française incluse dans le présent texte provient d'une traduction effectuée par le CALU. Elle ne constitue donc pas la version officielle de l'ARC, car la version originale a été rédigée exclusivement en langue anglaise. Pour la version française complète de cette interprétation traduite, voir le site Internet du CALU au http://www.calu.com/website/francais_.html. Pour la version originale anglaise, voir *CRA Views*, *op. cit.*, note 2, interprétation technique 2006-0174111C6, 9 mai 2006.

44 Voir *CRA Views*, *op. cit.*, note 2, interprétation technique 1991-323, janvier1991. Voir également les interprétations suivantes où l'ARC avait rendu une interprétation similaire sans toutefois traiter expressément de l'alinéa b) de la définition de « revenu de placement total » au paragraphe 129(4) L.I.R. : *CRA Views*, *op. cit.*, note 2, interprétations techniques 1991-193, janvier 1991 et 5-8002, 8 août 1989.

45 Qui prendrait la forme d'une hypothèque mobilière en vertu du *Code civil du Québec*.

Ainsi, en mai dernier, lors du congrès annuel du CALU[46], le préambule et les questions présentés à l'ARC se lisaient comme suit :

> « L'ARC a fait un certain nombre de déclarations au cours des ans quant à l'application de la règle du paragraphe 15(1) sur les avantages accordés aux actionnaires lorsqu'un actionnaire d'une société privée emprunte de l'argent d'un établissement financier et que la société garantit l'emprunt (par exemple au moyen d'une hypothèque sur des biens de la société ou de la cession en garantie d'une police d'assurance-vie détenue par la société). Dans ces déclarations, l'ARC a noté les facteurs qu'elle considère pertinents pour déterminer si la société a accordé un avantage à l'actionnaire, notamment :
>
> (i) l'existence ou non d'un lien de dépendance entre l'actionnaire et la société;
>
> (ii) un indice de l'incapacité de l'actionnaire à rembourser l'emprunt lorsque la société fournit son appui à l'emprunt; et
>
> (iii) l'obligation pour l'actionnaire de payer des frais raisonnables à la société pour la garantie de l'emprunt.
>
> Questions :
>
> (a) Quelle est la position actuelle de l'ARC en ce qui concerne les avantages accordés aux actionnaires lorsqu'une société fournit une garantie comme nous l'expliquons ci-dessus?
>
> (b) Plus précisément, dans quelles circonstances le fait de fournir la garantie constitue-t-il un avantage et dans quelles circonstances y aura-t-il avantage si le prêteur réalise la garantie[47]? »

Les commentaires de l'ARC à ces questions ont été énoncés de la façon suivante :

> « Lorsqu'un actionnaire d'une société emprunte de l'argent (l'"emprunt") d'un établissement financier et que la société garantit l'emprunt (la "garantie"), il faut considérer tous les éléments de la situation pour pouvoir déterminer si la société a accordé ou non un avantage à l'actionnaire. Nous n'avons pas de critères précis pour déterminer dans quelles circonstances il y a avantage.

---

46 CALU, Conference for Advanced Life Underwriting, 9 mai 2006.

47 La version française incluse dans le présent texte provient d'une traduction effectuée par le CALU. Elle ne constitue donc pas la version officielle de l'ARC, car la version originale a été rédigée exclusivement en langue anglaise. Pour la version française complète de cette interprétation traduite, voir le site Internet du CALU au http://www.calu.com/website/francais_.html. Pour la version originale anglaise, voir *CRA Views*, *op. cit.*, note 2, interprétation technique 2006-0174011C6, 29 juin 2006.

> Cependant, nous ne considérons pas qu'il y a un avantage imposable lorsque l'actionnaire n'a pas de lien de dépendance avec la société et que rien n'indique que l'actionnaire est incapable de rembourser l'emprunt au moment où la garantie est accordée. Nous avons énoncé cette position dans notre réponse à la question 62 de la Table ronde de l'ACÉF et de Revenu Canada en 1986, à la question 24 de la Table ronde de l'ACÉF et de Revenu Canada en 1991 et à la question 41 de la discussion de la Table ronde de Revenu Canada en 1991, parrainée par l'Institut Canadien des Comptables Agréés et organisée dans le cadre du salon professionnel Bottom Line du 29 juillet 1992 à Toronto.
>
> Lorsque l'actionnaire paie des frais raisonnables à la société en contrepartie de l'octroi de la garantie, cette garantie, en elle-même, ne donne pas naissance à un avantage imposable. Cette position a été énoncée précédemment en réponse à la question 6 de la Table ronde du Manitoba en 1992.
>
> Si la société était appelée à honorer la garantie, tous les paiements versés par la société à l'établissement financier pour s'acquitter de son obligation, y compris la garantie réalisée par l'établissement financier, constitueraient un avantage conféré à l'actionnaire aux termes du paragraphe 15(1). Cependant, les montants que la société recouvrirait de l'actionnaire réduiraient le montant de l'avantage. Nous avons énoncé cette position antérieurement dans notre réponse à la question 62 de la Table ronde de l'ACÉF et de Revenue Canada en 1986, à la question 15 de l'APFF et à la question 6 de la Table ronde du Manitoba[48]. »

Quelques semaines plus tard, l'ARC a répondu à une question similaire. Une société donne la valeur de rachat d'une police dont elle est propriétaire en garantie d'une marge de crédit de son actionnaire. La vie de l'actionnaire est assurée en vertu de cette police. Les intérêts sur l'emprunt à même cette marge de crédit ne sont pas payés annuellement, mais plutôt capitalisés au même rythme que l'augmentation de la valeur de rachat. Le capital et les intérêts ainsi accumulés au fil des ans ne sont remboursables qu'au décès de l'actionnaire. La décision de l'ARC a repris, en quelque sorte, les termes utilisés dans l'interprétation précédente en y ajoutant toutefois beaucoup plus de commentaires. On y retrouve également une description des méthodes qui pourraient être utilisées pour déterminer la valeur de l'avantage conféré :

> « La détermination des conséquences fiscales dans la situation susmentionnée ne peut être faite qu'après un examen de tous les faits dont celui des termes du contrat d'assurance et des autres ententes pertinentes et des liens entre les diverses parties. Lors de l'analyse, il faut d'abord établir s'il s'agit d'une police d'assurance-vie exonérée selon l'article 306 du Règlement de l'impôt sur le revenu. Tel qu'il est expliqué au paragraphe 4a) du bulletin d'interprétation IT-87R2, cette détermination doit être faite par l'émetteur de la police d'assurance-vie puisque les renseignements nécessaires à une telle

---

48 *Id.*

détermination ne figurent pas dans les polices proprement dites. Aux fins de la présente, nous posons pour hypothèse que la police d'assurance-vie est une police exonérée.

Un titulaire d'une police d'assurance-vie qui dispose d'un intérêt dans une telle police peut avoir à inclure dans le calcul de son revenu conformément au paragraphe 148(1) et à l'alinéa 56(1)j), l'excédent du produit de disposition de son intérêt dans la police qu'il a le droit de recevoir au cours de l'année sur le coût de base rajusté pour lui de cet intérêt immédiatement avant la disposition.

Une avance consentie sur une police d'assurance-vie constitue une disposition d'un intérêt dans la police en vertu de l'alinéa b) de la définition de disposition au paragraphe 148(9). Une avance sur police telle que définie au paragraphe 148(9) désigne une avance consentie par un assureur au titulaire d'une police en conformité avec les modalités de la police d'assurance-vie.

En général, le fait de donner une police d'assurance-vie en garantie d'un prêt consenti par l'émetteur de la police ou une personne liée à ce dernier, ne permet pas, en soi, de conclure qu'une avance sur police a été consentie. Néanmoins, la détermination à savoir si un prêt accordé dans le cadre d'une police d'assurance-vie constitue une avance sur police, telle que définie au paragraphe 148(9), ne peut être effectuée qu'après une révision des termes et conditions afférentes à la police d'assurance-vie en question.

L'Agence a mentionné lors des congrès de 1992 et 1996 du Conference for Advanced Life Underwriting, qu'il pourrait y avoir un argument pour appliquer la disposition générale anti-évitement prévue au paragraphe 245(2) lorsque des produits financiers sont adossés et interdépendants (par exemple, une police d'assurance-vie et un prêt) et plus particulièrement lorsqu'il n'y a aucune obligation de rembourser le prêt en question et les intérêts y afférents avant le décès. Dans un tel cas, les conséquences fiscales pourraient être recaractérisées.

En outre, nous sommes d'avis que des avantages en vertu des paragraphes 15(1) ou 246(1) pourraient exister dans la situation susmentionnée. À cet égard, lors des tables rondes de l'Association canadienne d'études fiscales de 1986 et 1991 (respectivement les questions 62 et 24), l'Agence a mentionné qu'un avantage pouvait résulter de l'utilisation d'un actif d'une société pour garantir un emprunt personnel et cette position est toujours valable. La valeur de l'avantage résultant de l'utilisation d'un actif d'une société pour garantir un emprunt personnel est essentiellement une question de fait. Toutefois, l'avantage pourrait correspondre à la différence entre le taux d'intérêt sur le prêt avec la garantie et celui sur un prêt sans la garantie.

Une autre façon d'établir la valeur de l'avantage serait de déterminer ce que l'actionnaire aurait dû payer à un tiers pour obtenir une telle garantie.

De plus, le remboursement de la marge de crédit avec le produit de la valeur de rachat par suite du décès de l'actionnaire pourrait constituer un avantage en

> vertu des paragraphes 15(1) ou 246(1). La question à savoir si un tel avantage peut exister est essentiellement une question de fait[49]. »

Outre les interprétations mentionnées à titre de référence dans les réponses précédentes, l'ARC a également exprimé une opinion similaire[50] à quelques occasions dans le passé.

Cependant, la position de l'ARC ne fait pas l'unanimité dans la communauté fiscale. Nous vous référons notamment au texte de M[e] François Giroux présenté dans le cadre du Congrès 2001 de l'APFF[51].

CONCLUSION

Nous espérons que ce survol rapide de certaines interprétations techniques rendues récemment vous a permis de mieux comprendre l'application de certains articles de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, de vous mettre à jour à l'égard de certaines positions de l'ARC et d'élaborer de nouvelles planifications pour vos clients.

---

49 *CRA Views*, *op. cit.*, note 2, interprétation technique 2006-017540I7, 30 mai 2006.

50 *CRA Views*, *op. cit.*, note 2, interprétations techniques 2001-0112885, 10 janvier 2002, 2000-0002575, 29 mars 2000 et 9910085F, 14 octobre 1999.

51 Michael DAMBRA et François GIROUX, « L'assurance vie et les créanciers », dans *Congrès 2001*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2002, pp. 21:1-44.

LE TOUR DU MONDE DU PLACEMENT EN 45 MINUTES...

Paule Gauthier
CA, LL.M. fisc., TEP
Financière Banque Nationale

Anne-Marie Girard-Plouffe
Adm.A., Pl. Fin., AVA,
GPC, FICVM
Option Fortune inc.

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE A (ANNE-MARIE GIRARD-PLOUFFE)
Utilisation de certains produits financiers dans la gestion du risque

INTRODUCTION 35:5

1. DES PRODUITS STRUCTURÉS ET LEURS APPLICATIONS 35:8

1.1. UN MARCHÉ DE 10 MILLIARDS D'EUROS 35:8
1.2. LES FIDUCIES DE PLACEMENT À CAPITAL PROTÉGÉ 35:9
1.3. LES BILLETS LIÉS À CAPITAL NON PROTÉGÉ 35:11
1.4. BILLETS LIÉS À CAPITAL PROTÉGÉ 35:12
1.4.1. *Constant Proportion Portfolio Insurance* ou gestion dynamique avec coussin 35:14
1.4.2. Méthode avec options 35:16
1.4.3. À qui s'adressent-ils? 35:17

1.4.4. Facteurs de risque 35:17
1.4.5. Marché secondaire 35:18
1.4.6. Frais 35:18

2. LES FONDS DISTINCTS 35:18

2.1. GÉNÉRALITÉS 35:18
2.2. DISTINCTIONS ET APPLICATIONS 35:19

3. LA VIE UNIVERSELLE À PRIME UNIQUE 35:20

4. LES RÉGIMES ENREGISTRÉS D'ÉPARGNE-ÉTUDES 35:21

4.1. DÉFINITION 35:21
4.2. BOURSE D'ÉTUDES *VERSUS* RÉGIMES ENREGISTRÉS D'ÉPARGNE-ÉTUDES INDIVIDUELS DES INSTITUTIONS FINANCIÈRES 35:22

5. SUIVI SUR LES DONS ET LES SOCIÉTÉS EN COMMANDITE ACCRÉDITIVES 35:23

5.1. BONIFICATION DES DONS DE BIENFAISANCE 35:23

CONCLUSION 35:24

PARTIE B (PAULE GAUTHIER)
Volet fiscal

INTRODUCTION 35:25

1. CHANGEMENTS DANS L'IMPOSITION DES DIVIDENDES ET IMPACTS SUR LES INVESTISSEMENTS 35:25

1.1. REVENU DE DIVIDENDE *VERSUS* GAIN EN CAPITAL 35:27
1.2. REVENUS DE PLACEMENT DANS UNE SOCIÉTÉ DE PORTEFEUILLE 35:27
1.3. IMPACTS SUR L'ASSURANCE VIE CORPORATIVE 35:27
1.4. ALLOCATION D'ACTIFS 35:28
1.5. NON-RÉSIDENTS 35:29
1.6. PLACEMENTS DÉTENUS EN FIDUCIE PERSONNELLE 35:29

2. DONS DE CHARITÉ ET VALEURS MOBILIÈRES 35:30

2.1. TITRES ADMISSIBLES 35:31
2.2. DONS DE TITRES COTÉS EN BOURSE ACQUIS EN VERTU D'UNE OPTION D'ACHAT D'ACTIONS ACCORDÉE AUX EMPLOYÉS 35:31
2.3. DONS PAR LES SOCIÉTÉS PRIVÉES SOUS CONTRÔLE CANADIEN 35:31

2.4. PLANIFICATIONS POSSIBLES 35:32
2.5. PLANIFICATION SUCCESSORALE 35:32
2.6. DON D'ACTIONS ACCRÉDITIVES ET SOCIÉTÉS EN COMMANDITE D'ACTIONS ACCRÉDITIVES 35:33
2.7. ABRI FISCAL 35:34

3. PRODUITS STRUCTURÉS 35:35

3.1. BILLETS INDICIELS 35:35
3.2. IMPOSITION À L'ÉCHÉANCE 35:35
3.3. RÈGLES SUR LE REVENU COURU 35:36
3.4. BILLETS INDICIELS AVEC RETOUR DE CAPITAL 35:37
3.5. IMPOSITION À L'ÉCHÉANCE SUR LES BILLETS AVEC RETOUR DE CAPITAL 35:38
3.6. IMPOSITION À LA VENTE SUR LE MARCHÉ SECONDAIRE 35:38

4. FONDS DISTINCTS 35:39

4.1. UNE PRÉCISION SUR LES RENTES VARIABLES AMÉRICAINES 35:39
4.2. CONTRAT INDIVIDUEL DE RENTES DIFFÉRÉES VARIABLES AU CANADA 35:39
4.3. INVESTISSEURS IMPOSABLES 35:40
4.3.1. Mécanisme de conduit pour transférer la nature du revenu 35:40
4.3.2. Roulements disponibles au décès – Fonds distincts non enregistrés 35:40
4.3.3. Imposition des garanties à l'échéance ou au décès – Fonds distinct non enregistré 35:42
4.4. RÉGIMES DE REVENUS DIFFÉRÉS 35:42
4.4.1. Placement admissible 35:42

5. RÉGIME ENREGISTRÉ D'ÉPARGNE-ÉTUDES 35:42

5.1. RETRAITS DE PAIEMENTS DE REVENU ACCUMULÉ 35:43
5.2. LES RÉGIMES « GRANDS-PÈRES » 35:43
5.3. PLANIFICATIONS POSSIBLES 35:43

6. RÉGIME ACTIONS-CROISSANCE PME 35:44

6.1. LIMITE DE 100 M$ D'ACTIFS 35:44
6.2. COUVERTURE DE 21 JOURS 35:44
6.3. DÉTENTION DE QUATRE ANS 35:45
6.4. RÉGIME TEMPORAIRE 35:45
6.5. COMPÉTITION AVEC LES FIDUCIES DE REVENU 35:45

CONCLUSION 35:45

PARTIE A
Utilisation de certains produits financiers dans la gestion du risque

Anne-Marie Girard-Plouffe, Adm.A., Pl. Fin., AVA,
GPC, FICVM
Option Fortune inc.

INTRODUCTION

« La tactique consiste en de rapides mouvements visant à se positionner tandis que la stratégie est ce par quoi on gagne la partie[1]. »

Quel énoncé pourrait mieux coller aux notions de répartition tactique et stratégique de l'actif!

Quand on pense lire le marché à plus ou moins court terme et que l'on positionne ses pions afin de profiter rapidement des mouvements prévisibles des cours, on pourra sans aucun doute enregistrer des gains rapprochés mais possiblement des pertes draconiennes. On aura pris position et joué le marché de manière tactique. Cependant, si l'on vise l'atteinte d'objectifs financiers à plus ou moins long terme, on oubliera les mouvements rapides pour établir plutôt une stratégie de répartition de l'actif dans le but de gagner, non la partie mais son indépendance financière.

Dans cet esprit, on ne peut parler de produits structurés, de fonds distincts, de l'assurance vie universelle et de bourses d'études sans revenir aux prémisses de base de la composition d'un portefeuille en commençant par la tolérance au risque. Les concepts que nous allons présenter dans le présent texte s'adressent d'une certaine manière à des gens qui recherchent des garanties, quitte à y sacrifier une certaine flexibilité, payer des frais supplémentaires, et ce, afin de dégager des rendements potentiels sertis d'un filet de sécurité. De sorte que pour une même catégorie d'actifs, les frais prélevés pourront différer s'il s'agit de la version fonds communs de placement, fonds distincts, vie universelle ou encore produits structurés. En conséquence, il pourrait y avoir un écart entre les rendements du portefeuille de fonds communs de référence et son équivalent dans les autres véhicules selon la formule retenue.

[1] Katherine NEVILLE, *Le Huit*, Paris, Éditions Pocket, 2004.

Quand vient le temps d'analyser un produit financier ou encore un placement, nul ne possède la vérité et le profil de l'investisseur dans le cadre de son horizon de placement devra en orienter les conclusions.

Chaque portefeuille est conçu pour cibler un profil risque-rendement caractéristique d'un niveau de tolérance du risque. Par exemple, un rendement de 15 % sur une action minière « junior » dite spéculative, compte tenu de sa volatilité, pourra être considéré inférieur à un rendement de 10 % sur une action *blue chip* dite conservatrice, peu volatile. En effet, un investisseur qui prend davantage de risque s'attend à un rendement supérieur en fonction de ce risque. Si par exemple le facteur risque est de 10 sur l'action minière et de 3 sur la *blue chip*, on dira que le rendement net de risque de l'action *blue chip* est de 7 % alors que celui de la minière est de seulement 5 %.

Le risque se présente sous diverses formes selon les appréhensions personnelles et les contraintes de la vie. Ainsi pour plusieurs, la notion de sécurité du capital suppose le maintien de la valeur nominale de l'investissement dans le temps, peu importe la durée. Pourtant 1 $ aujourd'hui n'a pas la même valeur, le même pouvoir d'achat que 1 $ dans huit ans. Néanmoins la préservation de cette valeur de 1 $ au fil des ans procure la sécurité du capital dans la notion du risque.

L'érosion du pouvoir d'achat de ce 1 $ dans le temps présente un risque additionnel qui se combine avec celui de manquer d'argent et d'épuiser le capital. En effet l'inflation aura de toute manière raison du capital avec ou sans rendement, d'où l'importance de mesurer le risque de sacrifier le rendement ou une partie de celui-ci au profit de la sécurité.

Pour d'autres, c'est la volatilité du marché qui inquiète davantage. Le besoin de revenus constants peut difficilement négocier les reculs du marché et les retraits ponctuels à même un capital en baisse.

Plusieurs motifs peuvent mener l'investisseur à se tourner vers des produits qui offrent des garanties de toutes sortes car il appert aujourd'hui que la gestion du risque n'est plus simplement la préoccupation des épargnants mais aussi celle des investisseurs.

Le présent texte traitera, entre autres, du rapport risque-rendement de certains produits financiers qui s'inscrivent dans une démarche de diversification en vue de contrôler principalement les risques de perte de capital, de manque à gagner, de faible rendement et de longévité dans le

respect de la tolérance au risque au sein de l'énoncé d'une politique de placement.

Voici un exemple de profils d'investisseurs issus d'un questionnaire à cet effet[2].

PROFIL D'INVESTISSEUR
Sécuritaire
Vous placez à court terme ou vous préférez simplement prendre moins de risques. La sécurité est votre principale préoccupation.
Modéré
Vous placez pour des périodes relativement courtes ou vous préférez peut-être prendre moins de risques. Vous accordez de l'importance à la sécurité du capital.
Revenu
Vous placez pour des périodes allant de court à moyen terme. Vous recherchez avant tout une source de revenu, mais aussi un potentiel de croissance à long terme et une certaine sécurité.
Équilibré
Vous placez pour des périodes assez longues afin de bénéficier d'un équilibre entre la croissance et la sécurité. Vous seriez prêt à accepter certains risques en échange de rendements potentiels supérieurs au fil du temps.
Croissance
Vous placez pour des périodes assez longues afin de bénéficier d'une approche axée sur la croissance. Vous êtes prêt à prendre des risques pour obtenir des rendements potentiels supérieurs au fil du temps.
Audacieux
Vous placez pour des périodes assez longues afin de bénéficier d'une approche axée sur le dynamisme des placements. Votre principale préoccupation est la croissance du capital qui sera placé pour une longue période. Vous êtes tout à fait prêt à affronter les fluctuations des marchés en échange de rendements potentiels supérieurs à long terme.

[2] INVESTISSEMENTS MANUVIE, *Guide de profil d'investisseur*.

1. DES PRODUITS STRUCTURÉS ET LEURS APPLICATIONS

1.1. UN MARCHÉ DE 10 MILLIARDS D'EUROS

Les produits structurés pour le marché mondial du détail en Europe se chiffrent à 450 milliards d'euros[3].

Ici les produits structurés existent de manière générale depuis un certain nombre d'années et se présentent aujourd'hui couramment sous forme de billets revêtus ou non d'une garantie de capital à l'échéance. Ce sont des instruments de placement émis par les institutions financières comme les grandes banques canadiennes et des institutions financières comme BNP Paribas, Citigroup, Société Générale, JP Morgan et la BDC, pour ne nommer que les principales.

Il s'agit en quelque sorte d'un accord entre un investisseur et l'institution émettrice à qui ce dernier confie son argent dans l'espoir de gagner du revenu d'ici l'échéance du billet. Les produits sont structurés sous forme de titres de dette. Si le capital du billet est protégé, l'investisseur s'attendra à recevoir au minimum le capital investi à l'échéance du billet. Ainsi on comprendra que la cote de crédit de la société émettrice revêt une grande importance vu que c'est elle qui garantit le paiement du capital et les gains réalisés au fil des ans. Toutefois, il est clairement stipulé que ces titres de dette ne sont pas admissibles au fonds de protection des épargnants comme le seraient des certificats de placement garantis (ci-après « CPG ») par exemple; ainsi : « Les billets de dépôt constitueront des obligations directes et inconditionnelles de la Banque de Montréal. Rien ne garantit qu'un placement dans les billets de dépôt sera admissible à une protection aux termes du Fonds canadien de protection des épargnants[4]. »

Bref, la société émettrice a d'abord conclu une entente avec des gestionnaires de portefeuille rattachés à des maisons de fonds communs de placement ou encore établit la performance du billet en fonction d'indices boursiers de toutes sortes. Il est courant de voir des billets liés à des sociétés ouvertes sur les marchés canadiens, américains et internationaux. Nous verrons que l'élément déterminant du rapport risque-rendement se situe dans les probabilités que les projections ne se réalisent pas et que l'investissement sous-jacent retenu cesse complètement de performer même si le marché

---

3 Luke SEABROOK, « Table ronde », dans *Billets structurés*, Toronto, Rogers Media, mai 2006.

4 Billet de dépôt Principal Plus Dynamique, juin 2006.

reprend vers le haut. Il est important dans une répartition d'actif de tenir compte de cet élément et de ne pas attribuer le poids du placement uniquement dans le secteur représenté par le billet. Pour mieux comprendre cet aspect, nous verrons d'abord les premières versions de ces produits structurés.

1.2. LES FIDUCIES DE PLACEMENT À CAPITAL PROTÉGÉ

Il y a quatre à six ans, on a vu la création de fiducies de placement dont les objectifs étaient de rembourser aux porteurs de parts un montant égal au prix de l'émission des parts au moment de la dissolution de la fiducie, souvent 10 ans plus tard et de procurer aux porteurs de parts un flux stable de distributions mensuelles. Certaines offraient une émission combinée d'actions privilégiées à capital non garanti jumelées à une fiducie à capital protégé à l'échéance.

La fiducie était conçue pour procurer un potentiel de plus-value du capital tout en protégeant le capital investi par l'investisseur. Pour permettre le remboursement du prix d'émission initial des parts au moment de la dissolution, la fiducie concluait avec la banque un contrat à livrer (portefeuille fixe) qui constituait une obligation directe de la banque. Le solde du produit net tiré du placement (après les frais du placement) était investi dans un portefeuille diversifié (le portefeuille géré) composé principalement de titres de participation de sociétés respectant certains critères de capitalisation[5].

> « Après l'acquisition du portefeuille fixe, le paiement des frais du placement et les frais d'organisation de la fiducie, environ 35,5 % du produit brut du placement pourront être utilisés pour effectuer des placements dans le portefeuille géré. Le tableau suivant indique les distributions en espèces par part de 25,00 $ (déduction faite des frais) exprimés en pourcentage annualisé pouvant provenir de la vente d'options d'achat couvertes et de dividendes provenant du portefeuille géré, en faisant l'hypothèse de différents niveaux de volatilité au moment de la vente d'options d'achat couvertes sur trente jours qui sont à 4 % hors du cours, à 2 % hors du cours et à 0 % hors du cours. Le tableau suppose que la facilité de crédit est utilisée. Les primes d'option ont été calculées à l'aide du modèle Black-Scholes (modifié pour tenir compte des dividendes) en fonction des hypothèses indiquées à la rubrique "Vente d'options d'achat couvertes – Analyse de sensibilité"[6]. »

---

5 SENTRY SELECT BLUE-CHIP INCOME TRUST, *Prospectus*, 30 mars 2001.

6 *Id*.

Compte tenu de l'environnement de bas taux d'intérêt de cette époque, le gestionnaire disposait de moins de liquidités pour transiger des options. De plus, à la suite des diverses émissions, le marché s'est révélé difficile pour la transaction de ces options, ce qui a vite fait de gruger l'argent disponible dans le portefeuille géré duquel on versait d'importantes distributions. C'est ainsi que la valeur des unités a chuté considérablement sur le marché secondaire boursier à la suite de la réduction puis à la cessation des distributions, laissant les investisseurs avec une forme d'obligation à escompte. En effet à l'échéance de la fiducie, les porteurs devraient récupérer leur mise. Ainsi un marché secondaire pour ces parts s'est développé, offrant aux personnes friandes d'obligations à escompte une possibilité de souscrire à des unités dont le rendement à l'échéance leur convient. Les parts se négocient à la Bourse de Toronto; ainsi, « [L]a capacité de la fiducie à rembourser le prix d'émission initial des parts peut être retouché par le risque de crédit de la contrepartie au contrat à livrer et la mesure dans laquelle la contrepartie respecte ses obligations aux termes de ce contrat[7]. »

Parallèlement, des fiducies de placement dont le capital n'était pas garanti à l'échéance et qui de surcroît n'avaient pas à créer un portefeuille fixe à cet effet ont maintenu des distributions mensuelles depuis leur émission en 2002[8].

---

[7] La fiducie n'est pas une société de fiducie et, par conséquent, elle n'est pas inscrite en vertu des lois sur les sociétés de fiducie de l'un ou de l'autre territoire puisqu'elle n'exerce pas les activités d'une société de fiducie. À titre d'exemple suivent quatre sociétés émettrices de ce type de fiducie de placement : Triax Capital Inc., Quadravest, Years Trust, Sentry Select.

[8] Dans *Skylon Capital Yield Trust Prospectus*, Initial Public Offering, 27 mars 2002 :

> « Skylon Capital Yield Trust (the "Trust"), an investment trust established under the laws of Ontario, proposes to issue redeemable, transferable units (the "Units") of the Trust called Series 2007 Units (the "Offering").
>
> The Trust's investment objectives are:
>
> (i) to provide holders of Units ("Holders") with a stable stream of monthly distributions consisting of capital gains and return of capital of $0.1875 per Unit ($2.25 per annum to yield 9.0% on the subscription price of $25.00 per Unit); and
>
> (ii) to return at least the original subscription price of the Units ($25.00 per Unit) to Holders on or about April 30, 2007 (the "Termination Date") by endeavouring to preserve and enhance the net asset value of the Trust (the "NAV"). »

1.3. LES BILLETS LIÉS À CAPITAL NON PROTÉGÉ

La protection du capital a une incidence directe sur la performance future des billets selon la structure interne de ces derniers. Il va sans dire que les billets qui n'ont pas recours à l'assurance soit sous forme d'*Option Based Portfolio Insurance* (ci-après « OBPI ») ou de *Constant Proportion Portfolio Insurance* (ci-après « CPPI »), appelée aussi gestion dynamique avec coussin dont nous reparlerons plus tard, pourraient dégager une performance nette de frais plus généreuse :

> « Les titres sous forme de billets ont pour objectifs :
>
> (i) de procurer un rendement fondé sur la plus-value en capital à long terme du portefeuille de référence;
>
> (ii) de procurer un taux de participation accéléré de 150 % de tout rendement positif du portefeuille de référence à l'échéance tout en conservant à 100 % le taux de participation de tout rendement négatif (ou absence de rendement) du portefeuille de référence à l'échéance.
>
> Le rendement des titres sous forme de billets équivaut à une exposition économique notionnelle et indirecte (i) à un contrat à terme de gré à gré procurant 100 % de tout rendement positif ou négatif du portefeuille de référence à l'échéance et (ii) un contrat d'option d'achat procurant 50 % de tout rendement positif du portefeuille de référence à l'échéance. **Le capital des titres sous forme de billets n'est pas protégé**[9]. »

Le risque qui guette ici les détenteurs de billets est relié à la performance de l'investissement sous-jacent et de son secteur ainsi qu'à la compétence des gestionnaires étant donné que le capital n'est pas garanti à l'échéance. Toutefois, les gestionnaires pourraient avoir plus de latitude pour redresser le portefeuille et dégager de meilleurs rendements si la totalité des actifs est investie plutôt qu'une partie comme cela pourrait être le cas avec un billet protégé, comme nous le verrons plus loin. Ainsi si le marché se redresse après une correction majeure, l'investisseur pourrait récupérer sa mise à l'échéance et un profit en sus. Cependant si le capital s'envole pour diverses raisons, l'investisseur retirera au prorata de sa participation ce qu'il restera du fonds à l'échéance.

---

[9] PLACEMENTS CI, *Prospectus*, titres sous forme de Billets CI liés aux sables bitumineux et à l'énergie EARNS[MC] (billets à rendement accéléré), série 1, échéant le 8 septembre 2014 (billets à capital non protégé assortis d'un rendement positif accéléré à l'échéance, le cas échéant).

1.4. BILLETS LIÉS À CAPITAL PROTÉGÉ

Il existe plus d'une quinzaine de billets sur le marché dont les caractéristiques variées épousent les demandes des investisseurs. La période de distribution de ces produits dure environ six à huit semaines et les émissions sont sensibles aux occasions de marché. Cependant, on constate que certaines formules reviennent sous forme de séries dont la structure est semblable alors que l'actif sous-jacent s'ajuste au marché.

Les billets à capital protégé sont le fruit de l'évolution des billets liés à des indices créés par les banques il y a une dizaine d'années. Certains paient un intérêt régulier, d'autres ont recours à des stratégies financières reliées à un placement sous-jacent. Ils regroupent essentiellement les attributs suivants : protection du capital, potentiel de revenu accru (catégorie de rendement sous forme de retour de capital ou d'intérêt, utilisation d'un levier), possibilité de croissance, liquidité, couverture contre la hausse des taux d'intérêt et efficacité fiscale.

Les billets de dépôt permettent aux investisseurs d'accéder au marché boursier sans risquer de perdre le capital à l'échéance et peuvent allier le versement de distributions concurrentielles à d'autres véhicules à revenu fixe avec garantie de capital et garantie de rendement.

Les porteurs de billets de dépôt ne jouissent d'aucun droit de propriété dans les parts, les options, les fonds, un de leurs placements sous-jacents dans les fonds ou le portefeuille d'obligations théorique par suite de leur placement dans les billets de dépôt ni des droits d'un porteur de parts du portefeuille d'obligations théorique ou des options, d'où l'expression billets liés à des placements sous-jacents.

« La tactique consiste à savoir faire ce qu'il faut faire quand il y a quelque chose à faire. La stratégie consiste à savoir ce qu'il faut faire quand il n'y a rien à faire[10]. »

Cet énoncé décrit d'assez près la relation entre la gestion active et la gestion passive. Par exemple, l'investisseur peut pencher pour des résultats immédiats sur les compétences d'un gestionnaire actif dans le marché par opposition à la souscription d'indices qui représentent le marché. La théorie de la gestion de portefeuille élaborée par les prix Nobel Harry Markowitz et

[10] K. NEVILLE, *op. cit.*, note 1.

William Sharpe[11] suppose entre autres que les marchés d'actifs financiers sont efficients[12]. Mais plusieurs aberrations dans le marché ont pu laisser croire que la gestion active pourvue d'un coussin de sécurité pouvait s'avérer aussi efficace que la gestion passive reliée aux indices de référence composés plus ou moins de titres cycliques pour réduire le risque et générer du rendement.

Il existe plusieurs types de billets liés et diverses formules pour calculer le rendement. La durée de la garantie, c'est-à-dire le temps qui s'écoule jusqu'à l'échéance, les frais de rachat, le cas échéant, la disponibilité d'un marché secondaire à court terme, les placements sous-jacents et le mécanisme de blocage de rendements sont autant de facteurs à considérer lors de la souscription de ces billets.

Les actifs sous-jacents peuvent comprendre des actions, des produits de base, des taux d'intérêt, des devises et des obligations, de sorte qu'il est possible de diversifier le portefeuille et de choisir différents émetteurs. On peut aussi opter pour des billets structurés qui versent des intérêts ou du retour de capital au cours de la durée du placement et les investisseurs peuvent bénéficier d'un revenu régulier, en plus des rendements potentiels liés aux actifs sous-jacents et versés à l'échéance des billets.

Dans certains cas, des coupons d'intérêt peuvent être garantis pendant la première année ou plus. La protection du capital à l'échéance peut être réduite par les distributions versées pendant la durée des billets de dépôt si ces dernières consistaient essentiellement en retour de capital avec avantage fiscal. Il est important de mesurer l'impact que cela peut avoir sur l'investissement initial.

Un investisseur ayant opté pour l'option de distribution fiscalement avantageuse sans être au fait de cette norme pourrait avoir des surprises. Celui qui aura opté pour les versements mensuels imposables au fur et à mesure recevra le montant investi sans érosion du capital à l'échéance[13].

Plusieurs billets à revenu mensuel offrent les deux formules à savoir le retour de capital à imposition différée et le versement d'intérêts. Selon le

---

[11] En ligne : http://www2.altaprofits.com/index.xml?target=portefeuille/info_connaisseurs.htm.

[12] C'est l'hypothèse d'**efficience du marché** selon laquelle les prix et les rendements des actifs sont censés refléter, de façon objective, toutes les informations disponibles concernant ces actifs. En ligne : http://fr.wikipedia.org/wiki/Th%C3%A9orie_moderne_du_portefeuille.

[13] Billets de dépôt PRINCIPAL*PLUS*[MC] Dynamique[MD], catégorie liée au R.D.C.[MC], série 3, juin 2006.

niveau de tolérance au risque de l'investisseur, il pourra être préférable de souscrire le billet à intérêt mensuel imposable même dans un compte non enregistré de manière à éviter la réduction de capital à l'échéance. En effet, la garantie de capital tient compte des versements effectués sous forme de retour de capital durant la durée du billet et un impôt spécial vient réduire les sommes à remettre au détenteur[14].

1.4.1. *Constant Proportion Portfolio Insurance* ou gestion dynamique avec coussin

En vertu de la CPPI, 100 % du produit net des billets est investi dans le portefeuille de fonds sous-jacents. Ce pourcentage peut augmenter, jusqu'à concurrence de 200 %, au moyen de l'effet de levier, ou diminuer si l'exposition au portefeuille de fonds est réduite pour maintenir l'écart avec le prix plancher de l'obligation théorique. Le pourcentage correspondant à l'exposition au portefeuille de fonds sous-jacents est calculé selon une formule préétablie. La stratégie utilisée a pour but de maximiser les gains quand les fonds s'apprécient et de minimiser la volatilité lorsqu'ils se déprécient. Il s'agit de calculer une valeur plancher à tout moment donné si cela allait très mal afin qu'il reste toujours assez d'argent pour acheter l'obligation à coupon zéro au prix du marché afin de garantir le capital à l'échéance. Par exemple, si j'investis 1 $ dans le panier sous-jacent aujourd'hui et que demain sa valeur n'est plus que de 0,50 $ et que le prix plancher de l'obligation théorique est de 0,50 $, les sommes qui restent dans le fonds devront servir à acheter ladite obligation afin de garantir le 1 $ dans huit ans. Une fois cette opération effectuée, il n'y aura plus de portefeuille d'investissement lié au billet et seule la valeur de l'obligation sera payée à l'échéance, que le marché se redresse ou non.

Voici un exemple[15] de la répartition entre l'actif sous-jacent et l'obligation à coupon zéro théorique. Plus l'écart (Et) est important entre la valeur du panier et le prix de l'obligation, plus la répartition vers le portefeuille est importante :

---

[14] Voir le texte de Paule GAUTHIER, « Le tour du monde du placement en 45 minutes… – Partie B, Volet fiscal », dans *Congrès 2006*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2007, pp. 35:25-44.

[15] Billets de dépôt PRINCIPAL*PLUS*[MC], DYNAMIQUE[MD], catégorie de rendement[MC], série 3, juin 2006.

Fourchette d'écart			Pondération vers le panier de fonds
Et	> 45 %		200 %
40 %	< Et <=	45 %	180 %
35 %	< Et <=	40 %	160 %
28 %	< Et <=	35 %	140 %
23 %	< Et <=	28 %	120 %
14 %	< Et <=	23 %	100 %
9 %	< Et <=	14 %	80 %
5 %	< Et <=	9 %	60 %
3 %	< Et <=	5 %	40 %
2 %	< Et <=	3 %	20 %
Et	<= 2 %		0 %

Quand la valeur du portefeuille des fonds augmente, l'écart entre la valeur du panier et le prix de l'obligation à coupon augmente. Un écart supérieur à 23 % donnera lieu à un levier financier théorique et à une pondération supérieure à 100 % vers le portefeuille des fonds. Le levier financier théorique dans le panier peut rehausser la participation au rendement du portefeuille des fonds ainsi que ses distributions mensuelles et peut faire en sorte que le billet de dépôt ait un rendement supérieur à celui des fonds.

Si la valeur des fonds diminue et que l'écart se trouve à 14 % ou moins, une position plus défensive fera en sorte qu'une partie du panier soit répartie vers le portefeuille d'obligations théorique. En réduisant l'exposition au portefeuille de fonds, la distribution mensuelle sera inférieure, mais l'influence sur la valeur du panier sera moins importante, à mesure que le marché poursuit sa baisse. Comme nous l'avons vu, il faudrait que la valeur du panier baisse à un tel point que l'écart soit de 2 % pour déclencher l'achat final de l'obligation. Dans certains billets où l'on ne verse pas de distributions mensuelles, il existe une garantie selon laquelle la participation dans le panier ne sera jamais inférieure à 20 %. Ainsi bon an mal an, l'investisseur obtiendra toujours au moins 20 % de la performance du panier. Dans le cas où les billets versent au fur et à mesure habituellement 75 % de la performance du fonds sous-jacent, la valeur plancher pourrait faire en

sorte qu'une fois l'obligation enclenchée, seules les distributions versées au préalable aient constitué la plus-value dans le temps, une fois l'exposition au panier terminée. Comparativement, si l'investisseur avait souscrit le fonds de revenu directement, il aurait reçu des distributions variables tout au long de la détention du fonds. Sauf qu'à durée de détention égale peut-être aura-t-il encaissé plus de distributions mais il se pourrait que lors de la vente de ses unités, la valeur de ses parts ait diminué et son capital investi aussi.

À mesure que les taux d'intérêt augmentent, le prix de l'obligation à coupon chute, augmentant ainsi l'écart. Toutes choses égales d'ailleurs, cette augmentation peut éventuellement donner lieu à une répartition plus importante vers le portefeuille de fonds, même si les parts n'obtiennent pas de rendement positif, ou si elles obtiennent un rendement inférieur sur une base de pourcentage par rapport à la réduction correspondante du prix de l'obligation à coupon. À l'inverse, les taux d'intérêt à la baisse peuvent réduire l'exposition aux parts.

1.4.2. Méthode avec options

En vertu des billets construits à partir d'options, le produit net des billets est réparti entre une obligation à coupon zéro et une option d'achat sur le portefeuille sous-jacent. Pendant la durée du billet, la valeur de celui-ci est calculée en fonction de la valeur marchande de l'obligation à coupon zéro et de celle de l'option d'achat. Cette valeur ne reflète pas nécessairement le rendement du portefeuille sous-jacent. À l'échéance, les investisseurs reçoivent un rendement prédéterminé provenant du portefeuille sous-jacent[16].

L'échéance de ces billets est en général moins longue et le portefeuille sous-jacent est souvent relié à des indices ou des paniers d'actions. D'autres formules sont aussi utilisées dont les fonds de couverture et contrats à terme gérés. Il s'agit d'une structure analogue à celle de CPG liés au marché ou de billets liés au rendement de fonds communs.

Même si l'investissement ne rapporte pas un cent de rendement à cause de l'effondrement généralisé des marchés financiers sur lesquels le rendement du billet est lié, la situation aurait probablement été pire si l'on avait investi au même moment dans les indices en question ou encore dans des fonds négociés en Bourse. Toutefois le rendement n'aurait pas été plafonné ou encore n'aurait pas fait l'objet des retraits ponctuels de l'indice ayant le mieux performé comme dans certaines émissions. On peut dire à la

[16] En ligne : http://www.dynamique.ca/billetsdedepot.

limite qu'un billet protégé peut offrir un rendement semblable à celui d'une obligation. Les billets liés à des options et ceux à la technique du coussin diffèrent en ce sens qu'une pondération passive au moyen des options dans l'actif sous-jacent procurera un rendement à l'échéance alors que la gestion dynamique pourra servir à produire du revenu régulier. Certains gestionnaires utilisent les options pour générer du revenu annuel : la stratégie consiste à acheter ou vendre des options courtes ou longues de façon protégée et d'encaisser une prime qui peut être utilisée pour rembourser le coupon.

1.4.3. À qui s'adressent-ils?

> « Ils s'adressent entre autres à des gens qui veulent investir dans les marchés étrangers, les matières premières et les indices à revenu fixe ou de titres de participation ainsi que dans d'autres catégories d'actifs tout en bénéficiant d'une protection du capital et d'une protection contre le risque de change […][17]. »

1.4.4. Facteurs de risque

A priori le risque correspond à celui de l'actif sous-jacent, celui relié à la gestion de portefeuille et la nature des placements retenus et parfois celui du risque de change.

> « Les billets de dépôt présentent certaines caractéristiques qui diffèrent de celles des placements à revenu fixe traditionnels en ce sens qu'ils ne procurent pas à leurs porteurs un rendement ni un flux de revenu avant l'échéance, ou un rendement à l'échéance calculé en fonction d'un taux d'intérêt fixe ou flottant qui peut être établi avant l'échéance. À la différence du rendement de plusieurs passif-dépôts de banques canadiennes, le rendement des billets de dépôt, s'il en est, est incertain, car si le panier ne génère aucun rendement positif, les billets de dépôt pourraient ne générer aucun revenu quant au placement originel du porteur. Rien ne garantit que le panier génère des rendements positifs. Par conséquent, un placement dans les billets de dépôt ne convient pas à un investisseur qui a besoin d'un rendement ou d'un rendement précis sur son placement ou qui s'attend à recevoir des paiements pendant la durée des billets de dépôt ou à obtenir un tel rendement. Les billets de dépôt sont conçus pour des investisseurs qui ont un horizon de placement à long terme, qui sont prêts à conserver les billets de dépôt jusqu'à l'échéance et qui sont prêts à assumer les risques relatifs à un rendement qui est tributaire du rendement des Fonds. Les souscripteurs éventuels devraient tenir compte des facteurs de risque additionnels associés au présent placement. De plus, rien ne garantit qu'un des Fonds soit en mesure d'atteindre son objectif de placement ou d'obtenir les avantages visés de ses stratégies ou d'éviter des pertes[18]. »

---

[17] François HÉLOU, *op. cit.*, note 3.

[18] *Id.*

1.4.5. Marché secondaire

Les billets de dépôt souscrits par l'intermédiaire de FundSERV[19] peuvent être rachetés au moyen de FundSERV tous les jours. Un tel rachat constituerait effectivement une vente en faveur de la société émettrice sur le marché secondaire. Sous réserve des conditions normales du marché, effectivement, la société émettrice souhaite utiliser tous les moyens raisonnables pour mettre sur pied un marché secondaire pour la vente de billets de dépôt par les porteurs par l'intermédiaire de FundSERV Les billets de dépôt sont conçus comme des instruments qui doivent être détenus jusqu'à l'échéance et dont le capital est remboursable à la date d'échéance. Par conséquent, la vente des billets de dépôt avant la date d'échéance peut déclencher des pertes en capital. On peut considérer à court terme ces billets comme facilement encaissables. Selon l'émetteur, il peut y avoir des délais avant qu'un marché secondaire soit créé ou des frais de rachat.

1.4.6. Frais

Il existe différents types de frais reliés à la gestion, le commissionnement et autres. Chaque produit est différent et certains comportent des frais de négociation anticipée pouvant s'élever à 6,95 % la première année, 4,65 % la deuxième année, 2,30 % la troisième et aucun par la suite. Certains billets ne comportent aucuns frais de sortie mais ne sont pas liquides aussi rapidement que d'autres.

Bref les billets structurés offrent de nouvelles avenues aux investisseurs. La protection du capital peut donner l'occasion aux personnes davantage craintives de se tremper dans l'océan des marchés financiers de toutes sortes sans pour autant se noyer.

2. LES FONDS DISTINCTS

2.1. GÉNÉRALITÉS

Tout comme les billets à capital protégé, les fonds distincts offrent des garanties à leurs détenteurs. Ils sont dotés de nombreuses caractéristiques identiques à celles des fonds communs de placement, mais présentent aussi

[19] « FundSERV » est le système maintenu et exploité par FundSERV Inc. en vue de faciliter la communication électronique avec les entreprises participantes, notamment pour recevoir des ordres, compenser des ordres, passer des contrats, régler des ordres, transmettre des avis d'exécution d'achat et rembourser des placements ou des instruments.

une particularité qui leur est propre : les fonds distincts sont des contrats d'assurance, appelés contrats de rente variable et, à ce titre, ils sont régis par la *Loi sur les assurances*[20]. C'est leur statut de contrat d'assurance qui permet aux fonds distincts d'offrir certains bénéfices que l'on ne retrouve pas dans les fonds communs de placement. Ils présentent des caractéristiques qui sont communes à tous les contrats de fonds distincts dont la garantie de capital au décès et à l'échéance.

Parmi les garanties qui sont communes à tous les contrats à fonds distincts, il y a la garantie au décès et la garantie à l'échéance. La garantie au décès protège un pourcentage précis de la valeur du placement au décès du rentier. La garantie à l'échéance protège un pourcentage de la valeur du placement à la fin d'une période déterminée.

De plus, il est possible de désigner un bénéficiaire au décès du rentier et que le produit du contrat d'assurance soit versé directement au bénéficiaire désigné sans passer par la succession du décédé.

La protection éventuelle contre les créanciers a fait couler beaucoup d'encre mais les assureurs ont rajusté leurs contrats de manière que lorsque le bénéficiaire est un ascendant ou un descendant du titulaire de contrat (à l'extérieur du Québec l'un des parents, un enfant, un petit-fils, une petite-fille ou le conjoint du rentier), et pourvu que le contrat n'ait pas été souscrit dans le but d'échapper aux créanciers, l'actif détenu dans des fonds distincts puisse être insaisissable par les créanciers. Il s'agit là d'un précieux avantage pour les propriétaires de petite entreprise, les membres des professions libérales et les entrepreneurs qui recherchent des moyens rentables de s'assurer que leurs biens personnels seront à l'abri en cas de responsabilité civile professionnelle.

2.2. DISTINCTIONS ET APPLICATIONS

Il faut savoir que les fonds distincts ne sont pas tous semblables, et les garanties de capital peuvent varier.

Par exemple, la garantie au décès peut prévoir qu'au décès du rentier, ses bénéficiaires recevront la valeur initiale de son placement même si les marchés boursiers sont alors en baisse. Tous les dépôts effectués avant l'âge de 80 ans sont protégés à 100 % par la garantie tandis que les dépôts effectués à compter de l'âge de 80 ans sont couverts à 80 % de la valeur des

[20] L.R.Q., c. A-32 et mod.

dépôts. Il va sans dire que tous les retraits entraînent une réduction proportionnelle de la garantie. Cette particularité des fonds distincts qui relèvent de leur nature même de contrat d'assurance vie constitue au décès un outil de planification successorale très efficace. Car les investisseurs les plus âgés peuvent bénéficier de la croissance du marché, tout en sachant que leur capital est protégé au décès. Leurs bénéficiaires recevront au minimum 100 % des dépôts effectués avant l'âge de 80 ans, peu importe les mouvements du marché en cours de route. De plus un mécanisme de Mise à jour quotidienne automatique[MD] cristallise les gains sur placement, jour après jour dans certaines conditions et selon l'échéance du placement[21].

3. LA VIE UNIVERSELLE À PRIME UNIQUE

Il est difficile de passer outre cet outil de placement quand on se penche sur les véhicules moins traditionnels comme c'est le cas dans le présent document. En effet il est maintenant possible d'effectuer des dépôts uniques ou des dépôts importants étalés sur deux ou trois ans, lorsque la tarification financière risque de poser un défi, dans des polices d'assurance vie universelle dont le but est de maximiser l'abri fiscal.

Ce type de produit est conçu pour permettre de placer des dépôts uniques à l'abri de l'impôt dès le premier jour alors que dans les polices traditionnelles, plusieurs années peuvent s'écouler avant que la totalité des sommes puisse être placée à l'abri de l'impôt. De plus, pour certaines polices, de larges couvertures d'assurance vie doivent être souscrites en fonction des dépôts importants effectués. Qui plus est, comme il s'agit ici *a priori* d'un outil de capitalisation, le choix des options de placement se doit d'être vaste et les frais afférents des plus modiques.

Le choix de souscrire une assurance vie universelle à prime unique vient avant tout du besoin de réduire les ponctions fiscales de son portefeuille de placements dans un souci de maintien de la diversification sur des actifs qui seront de toute manière transférés au décès. Cela mènera au transfert d'une partie d'un portefeuille de fonds communs de placement vers un véhicule où les revenus de placement sont à l'abri de l'impôt.

Par exemple, pour un capital assuré de 297 000 $, un homme de 50 ans non fumeur pourra déposer 100 000 $ dans sa police et l'investir de manière semblable à ce qu'il faisait auparavant avec ses fonds communs, et ce, grâce

---

[21] FINANCIÈRE MANUVIE, Fonds distincts.

aux multiples options de placement. (Dans cet exemple, on parle de 400 options[22].)

La structure qui permet cette stratégie repose sur les frais de rachat du contrat qui s'étalent sur 10 ans. En effet, la première année, 95 % des 100 000 $ investis seraient conservés par l'assureur à la suite de l'annulation de la police. Il va de soi que ce type de police ne convient pas à une personne qui pense avoir besoin des 100 000 $ de fonds investis dans les 10 ans. C'est grâce à cette formule de frais élevés qu'il est possible de contourner les restrictions sur les dépôts uniques ou limités, et ce, sans avoir à souscrire des sommes assurées imposantes. Cette stratégie peut s'avérer intéressante pour un grand-parent qui désire assurer ses petits-enfants et déposer des primes importantes sans que le capital assuré soit exagéré. Elle peut aussi permettre de déposer des liquidités excédentaires dans une société de gestion de manière à réduire l'impôt sur les revenus de placement dans la société. Il convient de noter cependant que des frais d'administration additionnels seront prélevés en sus des frais de gestion des fonds communs sous-jacents. La garantie de capital prendra effet au décès plutôt que du vivant selon la structure du capital envisagé.

4. LES RÉGIMES ENREGISTRÉS D'ÉPARGNE-ÉTUDES

4.1. DÉFINITION

En décembre 2005, le marché des régimes enregistrés d'épargne-études (ci-après « REÉÉ ») représentait 2,6 millions de comptes pour un total de 16 G$ d'actifs, 6 154 $ par compte en moyenne[23].

En gros, c'est l'accroissement des épargnes en prévision des études postsecondaires des enfants que le gouvernement a voulu stimuler en 1998 en créant la Subvention canadienne pour l'épargne-études. Par le report des impôts sur les revenus provenant des subventions reçues et des cotisations qui sont versées dans le REÉÉ au fil des ans et le fractionnement du revenu généré dans le REÉÉ imposé dans les mains de l'étudiant qui y prélève des sommes, ce régime procure une réduction des impôts payables sur les revenus générés dans le fonds, car l'enfant gagne généralement moins d'argent que ses parents. Au bout du compte, le retrait des sommes accumulées dans le régime est imposé à un taux moins élevé. Il appert que

---

22 AIG VIE DU CANADA, Maximiseur Sélect.

23 Ronald McKENZIE, « Les fondations courtisent les conseillers », Guide-conseil REÉR, décembre 2005, *Objectif conseiller*, p. 17.

l'avantage principal du REÉÉ réside dans la subvention même si la capitalisation à l'abri de l'impôt bonifie aussi le rendement à l'intérieur du régime. En effet, pour un souscripteur dont le taux d'imposition sur les revenus de placement est très élevé, il est évident qu'il sera plus rapide d'atteindre les objectifs de capitalisation dans un compte d'accumulation dont les revenus de placement ne sont pas imposables. Toutefois, l'avantage spécifique de la capitalisation à l'abri de l'impôt pourrait être réduit puisqu'un impôt supplémentaire de 20 % serait prélevé sur les revenus accumulés dans le fonds lors du retrait si l'étudiant ne poursuit pas ses études[24]. Cet aspect fiscal présente un risque par rapport à un compte de placement traditionnel et imposable, d'où l'importance de la subvention. Généralement, le gouvernement verse 20 % de la première tranche d'investissement annuel de 2 000 $ à un REÉÉ directement dans celui-ci. L'aide fiscale maximale est ordinairement de 400 $ par année jusqu'à ce que l'enfant atteigne 18 ans, d'où le plafond de 7 200 $ par enfant (20 % × 2 000 $ × 18 ans). En 2005, une modification a été apportée aux règles régissant le REÉÉ : le taux de la subvention relative à la première tranche de 500 $ de cotisation a été bonifié pour les familles dont le revenu est inférieur à 35 596 $ (taux de 40 %) ou se situe entre 35 596 $ et 71 190 $ (taux de 30 %). Il est important de préciser qu'il est possible de récupérer les subventions inutilisées depuis 1998 en cotisant jusqu'à un maximum de 4 000 $ par année. La durée maximum est de 21 ans pour cotiser et le régime prend fin après 25 ans d'existence. La limite à vie est de 42 000 $ par bénéficiaire. Il est donc essentiel lors de la mise en place d'un régime familial de ne pas avoir un écart d'âge trop élevé entre l'aîné et le cadet de sorte que le régime puisse durer le temps requis.

Peut-être la manière la plus connue d'investir dans un REÉÉ passe-t-elle par les régimes autogérés disponibles auprès des institutions financières et les maisons de fonds communs de placement, mais les fondations de bourses d'études offrent aussi une solution intéressante au financement des études des enfants pour les personnes qui recherchent des véhicules offrant des garanties. Elles présentent cependant des différences.

4.2. BOURSE D'ÉTUDES *VERSUS* RÉGIMES ENREGISTRÉS D'ÉPARGNE-ÉTUDES INDIVIDUELS DES INSTITUTIONS FINANCIÈRES

Les participants achètent des instruments d'épargne gérés de A à Z. Contrairement aux REÉÉ autogérés où le souscripteur investit dans des unités de fonds communs de placement par exemple, les épargnes déposées

[24] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Guide* RC 4092, « Les régimes enregistrés d'épargne-études (REEE) », rév. 06.

dans le régime au fil des ans par le souscripteur sont garanties. Des frais de rachat anticipé peuvent s'appliquer. La politique de placement très prudente est déterminée par la fondation. Les rendements des épargnes et des subventions s'accumulent à l'abri de l'impôt, et elles sont versées aux étudiants sous forme de bourses lors de leur inscription au cégep ou encore après avoir complété un certain nombre de crédits universitaires. Les bourses les plus restrictives offrent un rendement plus élevé[25].

Bref, si une personne recherche la garantie du capital et des rendements compétitifs, comparables à ceux d'un fonds commun de placement équilibré sans avoir à se préoccuper du choix des placements au fil du temps, les régimes collectifs de bourses d'études méritent d'être considérés.

De plus, selon le régime choisi, certaines possibilités s'offrent si l'étudiant ne poursuit pas ses études : nommer un autre enfant bénéficiaire, retirer les revenus accumulés ou bien les transférer dans un régime enregistré d'épargne-retraite.

5. SUIVI SUR LES DONS ET LES SOCIÉTÉS EN COMMANDITE ACCRÉDITIVES

5.1. BONIFICATION DES DONS DE BIENFAISANCE

Toujours dans le contexte de la gestion du risque, on reprend la notion de contrôle des impôts sur le revenu grâce à la souscription d'actions accréditives sous forme de société en commandite de manière à réduire le risque spécifique. À la suite de l'annulation de l'impôt sur la disposition d'actions ou d'unités de fonds de placement lors d'un don de bienfaisance, on vient ici réduire le coût total du don.

Un don de 50 000 $ à une œuvre de bienfaisance génère un crédit d'impôt d'environ 24 000 $ si le contribuable dégage un revenu suffisant pour utiliser le crédit du don.

Par ailleurs, un placement dans une société en commandite accréditive entraînera une déduction d'environ 24 000 $ dans l'année du placement. Deux ans plus tard, le contribuable pourra donner les parts du fonds commun de placement à l'organisme de bienfaisance si la société en commandite a

---

[25] LES FONDS UNIVERSITAS DU CANADA, *Prospectus 2006* (le Régime collectif d'épargne et bourses d'études « UNIVERSITAS »; le Régime collectif d'épargne et bourses d'études « REEEFLEX »; le Régime d'épargne et de paiement d'aide aux études « INDIVIDUEL »); en ligne : www.universitas.ca.

procédé à l'échange. Ce don de 50 000 $ de fonds commun se traduira aussi en un crédit d'impôt de 24 000 $, comme s'il s'agissait d'un don en espèces. Cependant, ce don à coût fiscal nul ne déclenchera aucun impôt sur le gain en capital et aucune somme ne sera imposable. Ce taux d'imposition spécial est un stimulant qui vise à favoriser les dons des particuliers aux œuvres de bienfaisance. L'économie d'impôts sur ce don s'élève à 24 000 $. En tout, le contribuable aura encaissé 24 000 $ en l'an 1, 24 000 $ en l'an 3, et ce, pour un total de 48 000 $. Le don de 50 000 $ lui aura coûté grosso modo 2 000 $ de sa poche au lieu de 26 000 $. Avec cette formule, rien n'empêche le donateur fortuné de majorer son don pour que son déboursé net soit toujours de 26 000 $.

CONCLUSION

Comme on l'a vu, la gestion du risque présente diverses stratégies et instruments financiers auxquels on aurait pu ajouter la souscription de rentes viagères garanties. Ce que l'on doit retenir, c'est qu'il existe des solutions pour les personnes qui ont le risque en aversion, particulièrement celui de perdre le capital investi. Que l'échéance du placement soit du vivant ou au décès, il incombe de proposer des solutions à l'investisseur préoccupé par la sécurité du capital sous les diverses formes qui ont été présentées. Rappelons-nous que le risque est une affaire de tripes et non de logique intellectuelle. Certes des compromis sur le rendement, les frais de gestion et d'administration, la flexibilité et la liquidité ainsi que les options de sortie feront partie intégrante des stratégies financières envisagées.

Toutefois, l'unique conservation du capital investi ne devrait pas justifier le choix d'un instrument financier et le coût des compromis dans le temps devrait aussi peser dans la balance afin de bâtir un portefeuille stratégique qui ne sacrifiera pas sa croissance à la seule sécurité du capital.

PARTIE B
Volet fiscal

Paule Gauthier, CA, LL.M. fisc., TEP
Financière Banque Nationale

INTRODUCTION

La revue faisant l'objet de cette conférence annuelle sur les placements se concentre premièrement sur certains changements qui ont eu lieu au cours de l'année, tels ceux se rapportant aux taux d'imposition des dividendes et aux dons de valeurs mobilières, lesquels auront un impact majeur sur les investisseurs et leurs placements. Elle abordera également des situations fiscales nouvelles qui ne proviennent pas d'une modification législative, mais plutôt d'un changement causé par l'évolution des produits structurés. Une revue fiscale de certains actifs moins connus, tels les fonds distincts, est aussi au menu.

1. CHANGEMENTS DANS L'IMPOSITION DES DIVIDENDES ET IMPACTS SUR LES INVESTISSEMENTS

La diminution du taux d'imposition des dividendes déterminés annoncée en novembre dernier et l'harmonisation de quelques provinces aura une grande influence sur plusieurs secteurs du placement. En premier lieu, voici les taux des dividendes déterminés et des autres revenus de placement par province selon l'hypothèse que les provinces n'ayant pas annoncé leur harmonisation appliqueront les règles telles qu'elles sont prévues.

2006		Taux marginal maximum combiné Fédéral-Provincial			ratios			
Province	Types de Revenus	Si gagné personnel-lement	Si gagné par une société de portefeuille	Si gagné par une société et distribué à chaque année	Types de Revenus	Si gagné personnel-lement	Si gagné par une société de portefeuille	Si gagné par une société et distribué à chaque année
Alberta	Intérêt	39.00%	45.79%	38.60%	Intérêt	1.00	1.00	1.00
note 1	Dividendes	14.65%	33.00%	14.65%	Dividendes	1.40	1.24	1.39
	Gain en cap.	19.50%	22.90%	19.30%	Gain en cap.	1.32	1.42	1.31
C.B.	Intérêt	43.70%	49.29%	47.06%	Intérêt	1.00	1.00	1.00
note 1	Dividendes	24.39%	33.00%	24.39%	Dividendes	1.34	1.32	1.43
	Gain en cap.	21.85%	24.65%	23.53%	Gain en cap.	1.39	1.49	1.44
Manitoba	Intérêt	46.40%	50.29%	50.54%	Intérêt	1.00	1.00	1.00
note 4	Dividendes	23.83%	33.00%	23.83%	Dividendes	1.42	1.35	1.54
	Gain en cap.	23.20%	25.15%	25.27%	Gain en cap.	1.43	1.51	1.51
Nouveau Brunswick	Intérêt	46.84%	48.79%	51.14%	Intérêt	1.00	1.00	1.00
note 1	Dividendes	32.09%	33.33%	32.09%	Dividendes	1.28	1.30	1.39
	Gain en cap.	23.42%	24.40%	25.57%	Gain en cap.	1.44	1.48	1.52
Ontario	Intérêt	46.41%	49.79%	47.21%	Intérêt	1.00	1.00	1.00
note 5	Dividendes	25.09%	33.33%	25.09%	Dividendes	1.40	1.33	1.42
	Gain en cap.	23.21%	24.90%	23.61%	Gain en cap.	1.43	1.50	1.45
Québec	Intérêt	48.22%	52.04%	52.50%	Intérêt	1.00	1.00	1.00
note 2	Dividendes	29.65%	33.33%	29.65%	Dividendes	1.36	1.39	1.48
	Gain en cap.	24.11%	26.02%	26.25%	Gain en cap.	1.47	1.54	1.55

note 1 incluant 23 nov federal et hypotheses d'harmonisation des provinces
note 2 incluant réduction 23 nov fédéral et harmonisation du Quebec
note 3 incluant réduction 23 nov fédéral. l'IPE va harmoniser mais les détails sont à venir
note 4 incluant réduction 23 nov fédéral et du Manitoba annoncé le 6 juin 2006
note 5 incluant réduction 23 nov fédéral et 3 août de l'Ontario

1.1. REVENU DE DIVIDENDE *VERSUS* GAIN EN CAPITAL

Les provinces de l'Alberta et de l'Île-du-Prince-Édouard voient maintenant leurs taux d'imposition des dividendes déterminés inférieurs aux taux d'imposition de leurs gains en capital. Les autres provinces conservent une imposition plus élevée des dividendes déterminés par rapport au gain en capital.

1.2. REVENUS DE PLACEMENT DANS UNE SOCIÉTÉ DE PORTEFEUILLE

Lorsque les revenus de placement sont réalisés dans une société de portefeuille, ils seront systématiquement plus imposés que lorsqu'ils sont réalisés personnellement. L'incorporation des placements n'est donc pas plus une option intéressante qu'elle ne l'était, mais on peut se demander ce que l'on peut faire des revenus de placement qui sont dans la société de portefeuille : les conserver dans la société ou les distribuer aux actionnaires qui sont des particuliers? Au Québec, la distribution des revenus d'intérêts déclenchera un impôt additionnel immédiat de 0,46 % (soit 52,50 % moins 52,04 %) parce qu'ils seront vraisemblablement distribués sous forme de dividendes ordinaires et non de dividendes déterminés. En effet les revenus d'intérêts réalisés dans la société, bien qu'ils soient imposés à un taux élevé, ne font pas partie du « compte de revenu à taux général ».

Les dividendes déterminés reçus par une société de portefeuille pourront, eux, être distribués sous forme de dividendes déterminés et bénéficieront donc d'une réduction d'impôt passant de 33 % dans la société (Partie IV de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[1]) à 29,65 % dans les mains de l'actionnaire qui est un particulier. Il sera donc primordial de distribuer les revenus de dividendes de sociétés publiques aux actionnaires qui sont des particuliers.

1.3. IMPACTS SUR L'ASSURANCE VIE CORPORATIVE

Les sociétés de portefeuille détenant une assurance vie avec valeur de rachat, qui considèrent effectuer le rachat partiel de leur police ou le retrait partiel ou total des fonds de leur police, devront aussi tenir compte des changements de l'imposition des dividendes.

---

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

Le rachat des fonds peut déclencher l'imposition d'un gain de police imposable dans la société de portefeuille. Ce gain est assimilable à un revenu de placement tel qu'un revenu d'intérêts et l'imposition totale de ce revenu sera de 52,04 % dans la société, et augmentera à 52,5 % lorsqu'il est distribué à l'actionnaire puisque le revenu de placement n'influe pas sur le « compte de revenu à taux général » ni ne pourra être acheminé aux actionnaires sous la forme d'un dividende déterminé, mais plutôt sous celle d'un dividende ordinaire imposable à 36,35 % au Québec.

Néanmoins, cette imposition additionnelle favorise encore plus l'assurance vie détenue par une société par actions qui n'est encaissée qu'au décès.

1.4. ALLOCATION D'ACTIFS

Cette analyse nous amène à la question de l'allocation d'actifs et de revenus de placement entre les différentes personnes morales et fiscales. Deux scénarios sont à considérer.

1) La société distribue ses revenus de placement chaque année.

Nous avons vu plus haut que les revenus de dividendes admissibles ne devraient être réalisés dans la société que s'ils peuvent être distribués sous la même forme aux actionnaires chaque année, pour se faire rembourser les impôts en main remboursables payés en impôt de la Partie IV L.I.R. de 33 %. Plusieurs investisseurs ont pris l'habitude de réaliser leurs revenus d'intérêts dans leurs régimes enregistrés de toute façon, ce qui laisse les gains en capital imposés de façon plus avantageuse fiscalement dans le compte personnel de l'actionnaire.

Dans un tel scénario, la meilleure allocation d'actifs sera favorisée de cette façon :

Société	Dividendes admissibles distribué	29,65 %
Particulier	Gains en capital	24,11 %
REÉR	Intérêts	0 %

2) La société conserve ses revenus de placement sans les distribuer.

Dans ce scénario, on évitera de faire réaliser à la société des dividendes admissibles et des intérêts, pour favoriser le gain en capital. Au Québec, le revenu de dividendes déterminés sera à réaliser en priorité dans une société par actions qui distribue ses revenus, aux dépens d'un revenu d'intérêts dans la même entité.

Société	Gains en capital	26,02 %
Particulier	Dividendes déterminés	29,65 %
REÉR	Intérêts	0 %

1.5. NON-RÉSIDENTS

Lorsque des actionnaires sont non résidents canadiens, ils ne bénéficieront pas de la qualification de dividendes déterminés. Tout dividende qui leur sera distribué sera gaspillé. Il faudra peut-être constituer des catégories spécifiques d'actions afin d'acheminer les dividendes déterminés aux résidents canadiens, et les dividendes non déterminés aux non-résidents.

Québec

Taux d'imposition des dividendes

	Dividendes ordinaires	Dividendes déterminés
Résident canadien	36,35	**29,69**
Non-résident 1	25	25
Non-résident 2	15	15

1.6. PLACEMENTS DÉTENUS EN FIDUCIE PERSONNELLE

Il ne semble y avoir aucun mécanisme pour conserver le caractère déterminé des dividendes qui sont alloués aux bénéficiaires de fiducies personnelles. Si cette situation n'était pas corrigée, il faudrait réfléchir à un mécanisme pour ne pas gaspiller des dividendes déterminés. Dans l'intervalle, si les profils d'investisseurs le permettent dans leur ensemble, l'allocation d'actifs devrait rejeter les dividendes déterminés détenus dans une fiducie personnelle s'ils sont alloués aux bénéficiaires chaque année.

2. DONS DE CHARITÉ ET VALEURS MOBILIÈRES

Le budget fédéral du 2 mai 2006, et l'harmonisation annoncée par le Québec le 29 juin 2006, ont bonifié l'aide fiscale aux particuliers et aux sociétés qui effectuent des dons de charité après le 1er mai 2006, au moyen d'un don par transfert de valeurs mobilières négociées en Bourse. La bonification s'applique aux donations d'actions acquises en Bourse comme celles acquises par l'exercice des options d'achat octroyées à des employés. L'aide fiscale prend la forme d'une exemption sur le gain en capital des titres admissibles qui sont transférés à des organismes de charité. Le taux d'inclusion des gains en capital est réduit de 25 % à zéro, pour les dons de titres cotés en Bourse prescrite à des organismes publics de bienfaisance, autres que des fondations privées.

Il est essentiel que les titres soient transférés à l'organisme de charité. Le transfert des liquidités obtenues à la suite de la vente des titres sur le marché ne pourra pas diminuer le gain en capital.

L'exemple suivant illustre l'aide fiscale au don de charité, selon qu'il est fait sous forme de don de titres admissibles ou de vente des titres et donation du produit brut.

Le premier tableau illustre le don par un particulier.

PARTICULIER	Vente d'actions et don du produit brut	Don de titres	
		Avant le 2 mai 2006	Après le 2 mai 2006
Produit de la vente/don	10 000	10 000	10 000
moins: coût	-1 000	-1 000	-1 000
Gain en capital	9 000	9 000	9 000
Impôt sur le gain en capital	2 250	1 125	0
Crédit d'impôt pour don : 10 000 $ × 48 %	4 800	4 800	4 800
Aide fiscale au don de charité	2 550	3 675	4 800

Notons que des impôts minimums peuvent être applicables selon les particularités de la situation.

2.1. TITRES ADMISSIBLES

Les titres admissibles sont représentés par les actions, créances ou droits cotés à une Bourse de valeurs visée par règlement, les actions du capital-actions d'un fonds de placement constitué en société, les parts d'une fiducie de fonds commun de placement, et les créances visées par règlement.

2.2. DONS DE TITRES COTÉS EN BOURSE ACQUIS EN VERTU D'UNE OPTION D'ACHAT D'ACTIONS ACCORDÉE AUX EMPLOYÉS

Le taux d'inclusion dans le revenu des titres cotés en Bourse acquis en vertu d'une option d'achat d'actions accordée aux employés et donnée à un organisme de charité autre qu'une fondation privée a aussi été réduit. L'inclusion dans le revenu à l'exercice de l'option passe de 25 % à zéro. Pour bénéficier du taux d'inclusion réduit, les actions doivent être données dans leur année d'acquisition, **et** à l'intérieur de 30 jours après leur acquisition.

2.3. DONS PAR LES SOCIÉTÉS PRIVÉES SOUS CONTRÔLE CANADIEN

On présume que pour une société privée sous contrôle canadien qui effectue des dons admissibles de titres cotés en Bourse, la partie non imposée du gain en capital sera ajoutée au compte de dividendes en capital de la société, bien que le budget fédéral ne soit pas clair à cet effet. Le don pourrait donc aider aussi la liquidation de sociétés de portefeuille qui ne sont conservées que pour le report d'impôts.

Le tableau suivant illustre le don par une société de portefeuille.

SOCIÉTÉ DE PORTEFEUILLE	Vente d'actions et don du produit brut	Don de titres	
		Avant le 2 mai 2006	Après le 2 mai 2006
Produit de la vente/don	10 000	10 000	10 000
moins: coût	-1 000	-1 000	-1 000
Gain en capital	9 000	9 000	9 000
Impôt sur le gain en capital – 26 %	2 342	1 171	0
Déduction pour don à l'encontre des revenus de placements : 10 000 $ × 52 %	5 200	5 200	5 200
Impôts personnels sur le dividende en capital additionnel	0	412	825
Aide fiscale au don de charité	2 858	4 441	6 025

2.4. PLANIFICATIONS POSSIBLES

Les investisseurs qui envisagent d'effectuer un don de charité important ou la création d'une fondation vont évidemment considérer le don de leurs valeurs dont le prix de base rajusté (ci-après « PBR ») est le plus bas, afin de maximiser l'aide fiscale produite par leur don. Par exemple, les actions de sociétés d'assurances démutualisées et les actions accréditives détenues directement lorsqu'elles deviennent négociées à une Bourse prescrite seront des premiers choix.

2.5. PLANIFICATION SUCCESSORALE

Le décès est souvent l'occasion d'effectuer des dons importants puisque l'incertitude quant au besoin de revenu du donateur est éliminée, et les impôts importants générés à ce moment peuvent bénéficier d'un important crédit d'impôt pour dons de charité. Le donateur peut être déchiré entre la

volonté de contribuer à une œuvre charitable, et le désir de laisser les héritiers dans une position confortable. Les nouvelles opportunités apportées par le budget prennent tout leur sens lorsqu'on réussit à minimiser le coût net du don, et à remplacer le capital pour les héritiers par de l'assurance vie payable au décès.

2.6. DON D'ACTIONS ACCRÉDITIVES ET SOCIÉTÉS EN COMMANDITE D'ACTIONS ACCRÉDITIVES

Les actions accréditives et les sociétés en commandite d'actions accréditives ont été traitées en détail dans le texte de la conférence du même auteur l'année dernière[2]. Certaines précisions sont toutefois nécessaires à la lumière de la nouvelle législation sur les dons de valeurs mobilières. Des dons de valeurs mobilières, cotées à la Bourse, à des œuvres de charité autres qu'une fondation privée peuvent être exemptés du gain en capital. Comment cette règle peut-elle s'appliquer aux actions accréditives?

Les actions accréditives émises directement ont leur PBR réputé à zéro. C'est donc la totalité de la valeur marchande, équivalente au gain, qui pourrait être exemptée d'impôt sur le gain en capital si les titres et la transaction se qualifient pour cette exemption. Toutefois, pour satisfaire aux conditions, il faut que celles-ci soient cotées à une Bourse prescrite. Les actions accréditives achetées pour leurs déductions fiscales relatives aux ressources sont des actions émises du trésor, et non pas acquises à la Bourse. Après un délai de quelques mois, elles pourront souvent être négociées en Bourse et ce n'est qu'à partir de ce moment qu'elles pourront se qualifier à l'exemption du gain en capital sur les titres transférés comme don de charité.

Dans le cas des sociétés en commandite qui détiennent elles-mêmes les actions accréditives, l'analyse est différente. Le PBR des parts détenues n'est pas réputé égal à zéro, mais correspondra au prix de souscription de la part, majoré de la quote-part du revenu (et réduit de toute partie des pertes) attribuée au commanditaire. Le PBR sera aussi réduit des frais d'exploration au Canada imputé au commanditaire. Ces réductions amènent donc le PBR des unités à un niveau assez bas et près du zéro. Ces unités seraient donc aussi des titres privilégiés pour le don de valeurs mobilières si elles se

---

[2] Paule GAUTHIER, « Stratégies fiscales entourant l'utilisation des sociétés en commandite accréditives des secteurs pétrolier, gazier, minier et de l'énergie renouvelable – Partie B, Actions accréditives ou le "Klondike" sous la loupe fiscale », dans *Congrès 2005*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2006, pp. 28:27-46.

qualifiaient pour l'inclusion à zéro du gain en capital. Il faudra pourtant attendre une réorganisation parce que les unités de sociétés en commandite ne se qualifient pas.

Les sociétés en commandite prévoient la plupart du temps une opération de roulement aux termes de laquelle les commanditaires recevront des actions d'une catégorie de ressources d'une société d'investissement à capital variable. Ces actions seront généralement des titres admissibles à l'inclusion à zéro des gains en capital lorsqu'elles sont transférées pour don de charité.

2.7. ABRI FISCAL

La prudence est de mise dans la présentation d'une telle stratégie aux investisseurs afin qu'elle ne soit pas assujettie aux règles applicables aux abris fiscaux.

Certaines stratégies visent l'achat puis la donation d'actions accréditives. La définition d'abri fiscal précise que les actions accréditives ne constituent pas un abri fiscal. Par contre, la définition ne précise pas si leur acquisition à des fins de dons de charité constitue un abri fiscal ou non. Les sociétés en commandite ne sont pas visées par l'exclusion et sont généralement des abris fiscaux, à plus forte raison lorsqu'elles sont adossées à des dons.

Tout promoteur d'un abri fiscal a l'obligation d'inscrire cet abri fiscal en demandant au ministre de lui attribuer un numéro d'inscription. La définition de promoteur inclut une personne qui agit à titre de mandataire ou de conseiller, relativement à l'émission ou à la vente de parts dans un abri fiscal ou à la promotion de leur émission, de leur vente ou de leur acquisition. Sont incluses aussi les personnes qui acceptent, à titre de principal ou de mandataire, une contrepartie relativement à un abri fiscal.

Un investisseur dans un abri fiscal ne peut réclamer de déductions ou crédits relativement à cet abri fiscal sans fournir le numéro d'inscription

Le promoteur doit produire une déclaration annuelle dans laquelle figurent le nom, l'adresse et le numéro d'assurance sociale ou le numéro d'entreprise de toutes les personnes qui ont acquis des parts de l'abri fiscal au cours d'une année, et le montant qu'ils ont payé.

Une personne qui, à titre de principal ou de mandataire, émet ou vend un abri fiscal avant qu'un numéro d'inscription n'ait été attribué est soumise aux pénalités[3].

Jusqu'à ce qu'une réponse claire soit obtenue à savoir si l'achat d'actions accréditives dans le but de les donner constitue un abri fiscal ou non, la prudence est de mise dans la présentation d'une telle stratégie. Cependant, il est parfaitement acceptable de présenter les nouveaux règlements en matière de dons de titres et de commenter le choix des titres pour lesquels le don maximiserait les avantages fiscaux. Aussi, la planification de don de titres déjà détenus dans le portefeuille ne devrait pas constituer un abri fiscal. On est donc dans les nuances.

3. PRODUITS STRUCTURÉS

3.1. BILLETS INDICIELS

Les titres de dette ont beaucoup évolué durant la dernière décennie. Les récents billets structurés émis prévoient en règle générale que le revenu sera payable à l'échéance et lié à un ou plusieurs indices. Dans certains cas, le rendement peut être relié à une année particulière, par exemple lorsqu'il est bloqué chaque année, mais il est souvent impossible d'affecter un rendement à chacune des années précises. Il peut y avoir un rendement maximal ou non, un rendement minimal ou non ou dans certaines circonstances seulement. Le capital peut être entièrement ou partiellement garanti comme il peut arriver qu'il ne le soit pas du tout. Ces nouveaux titres de dette sont donc émis en produits structurés sous une variété de conditions différentes et peuvent théoriquement être modulés à l'infini.

3.2. IMPOSITION À L'ÉCHÉANCE

Lorsque le revenu est payable à l'échéance, il est normalement inclus dans le revenu à ce moment sous la forme d'un revenu de placement, à moins qu'il n'ait déjà été inclus dans le revenu au cours d'une année précédente, par les mécanismes de revenu couru.

---

[3] La pénalité est égale au plus élevé de 500 $ ou 3 % du coût d'acquisition pour tous les investisseurs. Selon la *Loi de l'impôt sur le revenu*, les promoteurs qui font défaut de produire la déclaration de renseignements requise sont passibles d'une pénalité du plus élevé de 100 $ ou de 25 $ par jour de manquement, jusqu'à concurrence de 2 500 $.

3.3. RÈGLES SUR LE REVENU COURU

Il est assez rare que les produits structurés actuels soient soumis aux règles sur les revenus courus, et nous en examinerons les raisons.

En tant que dettes, les billets sont soumis aux règles sur les intérêts courus[4] lorsqu'ils ne se qualifient pas comme titres de créance indexés[5]. De façon générale, les détenteurs qui sont des particuliers ou des fiducies ayant des particuliers comme bénéficiaires imposent leur revenu couru[6] sur une base d'anniversaire de contrat[7]. Les sociétés, sociétés de personnes, fiducies de fonds commun de placement et fiducies ayant une société ou une société de personnes en tant que bénéficiaire imposent leur revenu couru sur une base annuelle de fin d'exercice[8].

Le principe général de calcul du revenu couru au règlement est de calculer le montant des paiements connus lors d'un événement futur déterminé ainsi que les valeurs actuelles du placement à des dates antérieures afin de reconnaître le revenu couru annuellement[9]. Plus précisément dans le cas des billets indiciels, le montant à inclure dans le revenu est le montant maximal des intérêts qui pourraient être versés à l'égard de la créance pour l'année[10].

---

4 Par. 12(3) et 12(4) L.I.R. ainsi que *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., 1978, c. 945 et mod. (ci-après « R.I.R. »), art. 7000.

5 Selon la définition au paragraphe 248(1) L.I.R., un « titre de créance indexé » est un titre de créance dont les modalités prévoient l'ajustement, déterminé **en fonction de la variation du pouvoir d'achat de la monnaie**, d'un montant payable relativement au titre pour une période au cours de laquelle il était en circulation

6 Réputé être de l'intérêt par le paragraphe 7000(2) R.I.R.

7 Par. 12(4) L.I.R.

8 Par. 12(3) L.I.R.

9 L'alinéa 7000(1)d) R.I.R. inclut à titre de créance visée par règlement une créance à l'égard de laquelle le montant des intérêts payables pour une année d'imposition dépend, en vertu des modalités de la créance, d'une condition devant être remplie après la fin de cette année. Il n'est pas clair dans quels cas la disposition de l'alinéa 7000(1)d) R.I.R. s'applique. L'alinéa 7000(2)d) R.I.R. prescrit le montant à inclure dans le revenu comme le montant maximal des intérêts qui pourraient être versés à l'égard de la créance pour l'année.

10 Al. 7000(2)d) R.I.R.

Lorsque le revenu des billets ne peut pas être déterminé avant l'avènement d'un rachat anticipé ou de l'échéance, il est impossible de faire le calcul prévu au règlement. Cette situation a été reconnue dans quelques interprétations techniques[11] et dans une décision anticipée[12] où l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») a exprimé l'opinion selon laquelle aucun intérêt couru sur l'élément indexé n'était imposable avant le rachat ou l'échéance[13].

Une lecture des diverses opinions fiscales incluses aux prospectus pour certains produits structurés permet au lecteur de se rendre compte de la difficulté d'interpréter les règlements de l'impôt sur le revenu et de les appliquer. Les dispositions contiennent plusieurs complications qui ne permettent pas de comprendre facilement dans quelles circonstances les règlements déclencheraient effectivement une imposition annuelle si bien qu'il semble que dans la majorité des cas, la pratique administrative de l'ARC soit de considérer qu'aucune accumulation réputée de l'intérêt sur les titres conditionnels indiciels n'ait lieu.

Toutefois, si une accumulation réputée maximale devait avoir lieu sur ces titres à cause d'un plafond, le revenu maximal pourrait être significativement plus élevé que ce à quoi l'investisseur pourrait raisonnablement s'attendre. Dans un tel cas, la disposition permettant de déduire du revenu les sommes qui ne sont pas susceptibles d'être réalisées mais qui auraient été incluses dans le revenu pourrait être la provision pour créances douteuses[14].

3.4. BILLETS INDICIELS AVEC RETOUR DE CAPITAL

La dernière vague des produits structurés a vu l'arrivée d'une caractéristique de retour de capital (ci-après « RDC ») durant le terme du

---

[11] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 9719753, 3 octobre 1997; 9806325, 24 mars 1998.

[12] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Décision en matière d'impôt sur le revenu* ATR-61 (archivé), « Règles relatives à l'intérêt couru », 20 avril 1995. L'instrument analysé dans cette décision diffère des billets étudiés dans le présent texte en ce qu'il comprend une portion intérêt annuel et une portion boni à l'échéance qui, lui, est lié à un indice. Les problèmes de calcul de revenu couru du boni sont exactement les mêmes que ceux des billets analysés.

[13] Moment où serait déclenchée une imposition directement en vertu de l'alinéa 12(1)c) L.I.R. pour le revenu recevable ou reçu.

[14] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9806325, 24 mars 1998.

billet. Le RDC est payable périodiquement selon une formule basée sur l'indice sous-jacent, mais le paiement étant désigné comme paiement de capital au lieu de revenu, il ne déclenche pas d'inclusion dans le revenu du récipiendaire, mais plutôt une diminution du PBR du billet[15]. Ces produits sont en général structurés pour éviter l'application du paragraphe 16(1) L.I.R. qui permet la recaractérisation des paiements de capital et d'intérêt combinés.

3.5. IMPOSITION À L'ÉCHÉANCE SUR LES BILLETS AVEC RETOUR DE CAPITAL

Le revenu habituellement inclus à l'échéance du billet est calculé comme l'excédent du produit reçu sur le coût du billet. Le coût ayant subi des diminutions au cours des années par le versement périodique de capital, une proportion assez importante du produit de disposition à l'échéance sera donc incluse dans le revenu. Lorsque la totalité du coût du billet a été remboursée pendant la détention, c'est la totalité du paiement à l'échéance qui sera incluse dans le revenu. C'est le moment où se paye le coût du report d'impôts.

L'impact psychologique de l'imposition différée peut être plus négatif que les conséquences fiscales réelles sont avantageuses : le détenteur avait eu l'impression qu'on lui versait du revenu non imposable tout au cours de la période de détention alors qu'en fait, on lui remboursait le coût de son billet. Les investisseurs préoccupés par la conservation du capital, qui verraient leur capital être amputé de moitié à l'échéance à cause de la ponction fiscale, pourraient être surpris.

3.6. IMPOSITION À LA VENTE SUR LE MARCHÉ SECONDAIRE

La vente avant l'échéance peut théoriquement générer un gain en capital au lieu d'un revenu, mais il faut se questionner sur l'application de la règle générale antiévitement lorsque les billets sont vendus avant l'échéance, dans le but de convertir un revenu de placement en gain en capital. Les billets structurés de ce type ne sont pas négociés en Bourse et n'ont habituellement pas de marché secondaire organisé. Le placeur pour compte prévoit souvent maintenir un marché secondaire hebdomadaire pour les billets, mais se réserve habituellement le droit, à son seul gré, de ne pas y donner suite.

---

[15] Voir à ce propos Kevin KELLY et Rosemarie LIPMAN, « Periodic Principal Repayment (ROC) Notes », (2005), vol. XIII, n° 2 *Corporate Finance*, Federated Press.

4. FONDS DISTINCTS

4.1. UNE PRÉCISION SUR LES RENTES VARIABLES AMÉRICAINES

De plus en plus de discussions ont lieu autour des *variable annuities*, vantant leurs avantages de report d'impôts. Ces produits sont des rentes américaines, et les avantages fiscaux spécifiés sont applicables aux résidents américains. Les produits doivent être examinés selon les règles d'imposition canadiennes pour connaître leurs conséquences fiscales pour un résident canadien. Au Canada, les assureurs émettent des fonds distincts qui peuvent avoir à peu près les mêmes fonctions, mais qui suivent évidemment les règles canadiennes d'imposition pour les résidents canadiens, lesquelles ne correspondent pas à l'imposition américaine des résidents américains.

4.2. CONTRAT INDIVIDUEL DE RENTES DIFFÉRÉES VARIABLES AU CANADA

Les fonds distincts établis par les assureurs sont des contrats de rente à capital variable. Ce sont les produits créés par les compagnies d'assurances qui se rapprochent des fonds communs de placement. Ils se qualifient à titre de contrats de rente parce qu'ils incluent un engagement en vue du versement d'une rente[16] et qu'ils comportent certaines garanties minimales à l'échéance d'au moins 75 % des primes versées. Conséquemment, ils ne constituent pas des valeurs mobilières ni ne sont soumis aux dispositions réglementaires quant à l'émission de prospectus.

Les sommes prélevées doivent être maintenues dans des fonds distincts des autres fonds de l'assureur, d'où l'origine de leur appellation commerciale[17]. Ils font toutefois partie des fonds généraux de l'assureur et ne sont pas constitués en fiducie. Dans le jargon fiscal, ils sont désignés comme des polices à fonds réservé et sont définis par l'ARC comme une entente conclue entre une personne et un assureur en vertu de laquelle les gains de la personne sont fonction des gains réalisés par l'assureur sur un groupe déterminé de biens[18].

---

16 Hélène MARQUIS, *Protection contre les créanciers*, Document de référence, Financière Sun Life, août 2005, p. 3.

17 Élyse LEMAY, « Aspects légaux des contrats de REÉR chez les assureurs vie », dans *Congrès 2000*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2001, pp. 45:1-30.

18 CANADA, ministère des Finances, *Communiqué* 96-100, 19 décembre 1996.

Il s'agit donc d'une assurance vie pouvant, du point de vue de l'investisseur, paraître semblable à un fonds commun de placement mais qui, en réalité, comporte des différences sur les plans légal et fiscal.

Une différence importante réside dans le fait que le propriétaire n'achète pas de parts du fonds mutuel ou de l'actif sous-jacent, mais il achète plutôt un placement de la compagnie d'assurance vie dont la valeur est fonction du rendement du sous-jacent ou du fonds mutuel sous-jacent. La compagnie d'assurances peut réinvestir les sommes dans des fonds mutuels ou directement dans les placements sous-jacents selon le cas.

4.3. INVESTISSEURS IMPOSABLES

4.3.1. Mécanisme de conduit pour transférer la nature du revenu

Bien qu'ils ne soient pas constitués en fiducie, les fonds distincts sont assujettis à des règles fiscales spéciales qui permettent de générer des avantages équivalents. Les fonds réservés d'une compagnie d'assurance vie qui ne sont pas des placements enregistrés[19] sont réputés être détenus en fiducie[20], et le revenu, les gains en capital imposables et les pertes en capital déductibles[21] sont attribués aux détenteurs des polices. L'allocation des revenus est prévue pour être effectuée d'une manière semblable à celle qui est accordée aux bénéficiaires d'une fiducie, à certaines différences près. Les fonds mutuels ne peuvent pas allouer les pertes en capital aux porteurs de parts alors que cela est permis pour les fonds distincts.

4.3.2. Roulements disponibles au décès – Fonds distincts non enregistrés

Les conséquences fiscales à l'arrivée d'un décès ou d'une échéance sont plus compliquées que celles concernant un fonds commun de placement parce qu'elles sont le résultat direct de la qualification du produit à titre de rente. Un décès aura des conséquences différentes selon que le contrat possède un rentier survivant, un propriétaire subsidiaire ou que la somme est versée au bénéficiaire.

---

19 Par. 204.4(1) L.I.R.; AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9425495, 21 octobre 1994.

20 Par. 138.1(1) L.I.R.

21 Par. 138.1(3) L.I.R.

Un fonds distinct est un contrat de rente impliquant un titulaire, un rentier, un bénéficiaire des versements de rente (le crédirentier) et, évidemment, la compagnie d'assurance vie (le débirentier)[22]. Le titulaire du contrat détient tous les pouvoirs conférés par le contrat, et s'impose annuellement sur les revenus. Le décès du titulaire (qui n'est pas rentier) n'entraîne pas la terminaison du contrat, mais plutôt son transfert au propriétaire subsidiaire ou à sa succession. Il y aura normalement disposition du contrat à la juste valeur marchande au décès ainsi que soit la réalisation de tout gain ou perte à ce moment, soit le roulement au conjoint si le contrat lui est transféré.

Le rentier d'un fonds distinct, comme de toute autre rente, est l'équivalent de la vie assurée d'un contrat d'assurance vie. Il n'est pas partie au contrat et n'a aucun droit au contrat mais à son décès, le contrat est terminé et la somme est versée au bénéficiaire. Sans la présence d'un rentier survivant, le décès du rentier entraînera automatiquement la terminaison du contrat, sans possibilité de roulement au conjoint. Pour contourner cet obstacle et bénéficier du roulement au conjoint, il est possible de désigner le conjoint à titre de rentier survivant dans le but que le contrat se poursuive jusqu'au décès du dernier rentier.

Le bénéficiaire des versements de rentes (le crédirentier), quant à lui, reçoit les prestations de rente et la valeur du contrat au décès du rentier. Le décès d'un bénéficiaire qui n'est ni rentier ni titulaire n'entraînera aucune conséquence fiscale immédiate mais il sera prudent de nommer un autre bénéficiaire. Sans cette nouvelle désignation, le propriétaire sera le nouveau bénéficiaire. Lorsque le bénéficiaire décédé est aussi titulaire, ce sera la succession du titulaire qui sera désignée bénéficiaire.

Dans le cas des fonds distincts détenus personnellement, il est courant de voir un titulaire qui est aussi bénéficiaire des versements et rentier. Toutefois, lorsqu'une société est titulaire du fonds, elle est habituellement bénéficiaire des versements, mais ne pourra jamais être rentière puisqu'il faut un particulier pour remplir ce rôle. Le rentier sera souvent un actionnaire et le contrat se terminera à son décès.

Puisque les différentes personnes impliquées sont plus nombreuses et leurs rôles plus compliqués que dans le cas d'un fonds commun de placement, il est courant de constater qu'il y a confusion quant aux conséquences d'un décès. Pour en analyser correctement les répercussions, il

---

22 *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, art. 2367.

est nécessaire d'identifier toutes les personnes impliquées et d'analyser les dispositions en vertu desquelles le contrat est transféré.

4.3.3. Imposition des garanties à l'échéance ou au décès – Fonds distinct non enregistré

La garantie à l'échéance et au décès constitue du gain en capital selon la pratique des autorités fiscales. La *Loi de l'impôt sur le revenu* et les interprétations techniques à ce sujet indiquent qu'à l'égard des garanties, un montant que reçoit le titulaire de la police ou que celui-ci affecte en vue de l'acquisition d'unités additionnelles est réputé être le produit de disposition d'une participation dans le fonds réservé, et entraîner la réalisation d'un gain en capital[23].

4.4. RÉGIMES DE REVENUS DIFFÉRÉS

4.4.1. Placement admissible

La loi n'est pas tout à fait claire quant aux conditions dans lesquelles des fiducies de régime enregistré d'épargne-retraite (ci-après « REÉR ») peuvent acquérir des rentes, mais un bulletin d'interprétation affirme de façon explicite l'admissibilité des rentes et leurs conditions d'acceptation[24].

5. RÉGIME ENREGISTRÉ D'ÉPARGNE-ÉTUDES

Un régime enregistré d'épargne-études (ci-après « REÉÉ ») est un régime d'épargne dans lequel les revenus sont à l'abri de l'impôt, jusqu'à ce qu'il soit retiré pour des études postsecondaires, auquel moment les paiements d'aide aux études sont imposables pour le bénéficiaire. Le souscripteur verse une cotisation au nom d'un ou de plusieurs bénéficiaires nommés dans le régime.

De plus, le gouvernement du Canada offre des subventions incitatives telles les Subventions canadiennes d'épargne-études et les Bons d'étude canadiens dans le cadre des REÉÉ. La présente conférence n'a pas comme objet de détailler le fonctionnement de ces subventions, dont les éléments

---

[23] Al. 138.1(1)j) L.I.R.; AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2001-0102235, 13 mai 2002.

[24] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-320R3, « Placements admissibles – Fiducie régie par un régime enregistré d'épargne-retraite, par un régime enregistré d'épargne-études ou par un fonds enregistré de revenu de retraite », 1er juillet 2002, par. 18 à 20.

essentiels peuvent être trouvés sur le site Internet du gouvernement du Canada.

À cause des changements législatifs dans les REÉÉ au fil du temps, il est important de vérifier les termes du régime auquel l'investisseur a adhéré puisque certains régimes peuvent différer entre eux selon la date à laquelle ils ont été souscrits.

5.1. RETRAITS DE PAIEMENTS DE REVENU ACCUMULÉ

Les revenus accumulés dans le REÉÉ qui ne peuvent servir de paiement d'aide aux études pour une raison ou une autre peuvent être transférés dans un REÉR selon les limites de l'espace de cotisation disponible, ou être retirés par le souscripteur. Cette dernière éventualité déclenchera l'inclusion dans le revenu du souscripteur, qui sera imposé à son taux marginal maximal, en plus d'être soumis à un impôt additionnel de 20 %.

5.2. LES RÉGIMES « GRANDS-PÈRES »

Certains des premiers régimes ont vu leur capital croître de façon importante en raison des revenus d'intérêts élevés durant les années 1980. Ces revenus ne peuvent pas toujours être utilisés comme paiements d'aide aux études à cause des limitations de raisonnabilité imposées par l'ARC.

5.3. PLANIFICATIONS POSSIBLES

Les planifications à considérer par les investisseurs aux prises avec des fonds importants dans un régime de ce type incluent premièrement l'arrêt immédiat des cotisations au REÉR afin qu'une part maximale de sommes puisse être transférée dans le REÉR, et éviter ainsi l'impôt additionnel de 20 % au retrait. La désignation d'étudiants bénéficiaires dans la famille élargie peut aussi être une solution intéressante. Notons à cet égard que les études à temps partiel se qualifient aussi pour les paiements d'aide aux études. Le don ou la vente de droits de souscription ou de droits de bénéficiaires du revenu peuvent aussi être explorés pour produire un rendement après impôts moins pénalisant[25] pourvu que la transaction se fasse à distance.

---

[25] La règle contenue au paragraphe 106(2) L.I.R. qui répute constituer du revenu tout produit de disposition reçu à la vente d'un droit de bénéficiaire du revenu dans une fiducie ne s'applique pas aux REÉÉ par la définition de fiducie contenue au paragraphe 108(1) L.I.R.

6. RÉGIME ACTIONS-CROISSANCE PME

Le régime Actions-croissance PME (ci-après « ACCRO ») a fait suite au régime d'épargne-actions (ci-après « RÉA »). Le RÉA permettait à un particulier de déduire, dans le calcul de son revenu imposable pour une année d'imposition, le coût des actions qu'il avait acquises dans le cadre de ce régime au plus tard le 31 décembre de l'année.

Le budget du Québec de 2003 annonça que la pertinence du RÉA devait être examinée et que pendant la période que durerait cet examen, un moratoire serait appliqué et aucune émission de titres dans le cadre de ce régime ne serait reconnue.

Afin de favoriser la croissance des entreprises québécoises et considérant leurs besoins particuliers en matière de financement, le ministre des Finances du Québec a relancé le régime sous l'appellation « Actions-croissance PME » en y apportant d'importantes modifications. Ce nouveau régime est temporaire et se terminera le 31 décembre 2009.

Le nouveau régime ACCRO n'a pas obtenu le succès escompté parmi les investisseurs et les courtiers depuis son entrée en vigueur à cause de certains irritants expliqués ci-après.

6.1. LIMITE DE 100 M$ D'ACTIFS

Le régime est axé sur le capital de risque parce qu'il vise des entreprises qui détiennent 100 M$ d'actifs et moins. Cet élément constitue un irritant parce que les sociétés à capital de démarrage, qui sont visées par cette mesure, ne conviennent pas à tous les investisseurs. Cela explique aussi la réticence des courtiers à proposer des titres ACCRO à leurs clients.

6.2. COUVERTURE DE 21 JOURS

L'ancien régime avait créé la pratique du « flip flop », soit la vente des titres en début d'année et l'achat de titres admissibles un peu avant le 31 décembre pour couvrir les positions exigées par le régime. Une nouvelle couverture de 21 jours a été introduite pour éviter cette stratégie avec le nouveau régime. Malheureusement, ce critère pose des problèmes sur le plan opérationnel puisque les systèmes ne sont pas créés pour générer un contrôle hebdomadaire. Un système mensuel aurait déjà été mieux. Le peu de titres de remplacement à des fins de couverture pose aussi un problème aux investisseurs.

6.3. DÉTENTION DE QUATRE ANS

La détention obligatoire de quatre ans pour un titre admissible peut sembler contraignante pour plusieurs investisseurs.

6.4. RÉGIME TEMPORAIRE

La clause crépusculaire qui prévoit la révision du régime dans cinq ans transmet le message ambigu que le régime n'est pas là pour rester. Cela occasionne des difficultés pour les courtiers qui voudraient investir dans les systèmes pour administrer le régime.

6.5. COMPÉTITION AVEC LES FIDUCIES DE REVENU

Le marché actuel a vu croître l'intérêt pour les fiducies de revenu. Le peu de succès remporté par le régime peut aussi être causé par cette compétition environnante.

CONCLUSION

Ce volet fiscal du tour du monde des placements a mis l'accent sur des changements législatifs tels que les modifications aux taux d'imposition des dividendes et les incitatifs aux dons de valeurs mobilières, qui auront une influence marquée sur les possibilités de planification, pour lesquelles nous en sommes seulement aux balbutiements. Aussi, même sans modification de la législation fiscale, l'évolution des produits financiers, notamment en ce qui concerne les produits structurés, amène de nouvelles considérations fiscales qu'il faut constamment analyser.

TECHNIQUES DE DONS PLANIFIÉS

Julie Doyon
Notaire, M. Fisc.
PricewaterhouseCoopers s.r.l./s.e.n.c.r.l.

Diane Hamel
CGA, TEP
Financière Manuvie

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 36:5

1. DON D'ACTIONS 36:5

1.1. INTENTION DE DONNER 36:5
1.2. MONTANT ADMISSIBLE DU DON 36:6
1.3. JVM DU BIEN DONNÉ 36:7
1.4. JVM RÉPUTÉE DU BIEN DONNÉ 36:8
1.5. DON D'ACTIONS COTÉES EN BOURSE 36:10
1.5.1. Exemple 1 : don d'actions cotées en Bourse à un organisme public de bienfaisance 36:13
1.5.2. Exemple 2 : don en espèces ou don d'actions cotées en Bourse à un organisme public de bienfaisance 36:14

1.5.3. Exemple 3 : don par un particulier ou par une société privée d'actions cotées en Bourse à un organisme public de bienfaisance 36:15
1.5.4. Exemple 4 : don d'actions accréditives à un organisme public de bienfaisance 36:17
1.6. DON DU VIVANT D'ACTIONS D'UNE SOCIÉTÉ PRIVÉE À UNE FONDATION PRIVÉE 36:19
1.6.1. Don de titres non admissibles 36:19
1.6.2. Exemple 5 : don en argent à une fondation privée, financé par un rachat d'actions privilégiées de gel 36:23
1.6.3. Exemple 6 : don d'actions privilégiées de gel à une fondation privée en utilisant l'IMRTD de la société privée 36:24
1.6.4. Exemple 7 : don d'actions ordinaires d'une société à une fondation privée et récupération de l'IMRTD de la société 36:27
1.7. DON DU VIVANT D'ACTIONS D'UNE SOCIÉTÉ PRIVÉE À UN ORGANISME PUBLIC DE BIENFAISANCE 36:29
1.7.1. Exemple 8 : comparaison entre un don en espèces, un don d'actions cotées en Bourse et un don d'actions privilégiées de gel 36:30
1.7.2. Exemple 9 : don d'actions cristallisées à un organisme public de bienfaisance, sans contrepartie 36:31
1.7.3. Exemple 10 : don d'actions cristallisées à un organisme public de bienfaisance et souscription d'une assurance vie 36:33
1.7.4. Exemple 11 : don d'actions cristallisées à un organisme public, avec contrepartie 36:34
1.7.5. Exemple 12 : don d'actions de gel d'une société privée qui a un solde d'IMRTD à un organisme public de bienfaisance 36:36
1.7.6. Exemple 13 : don d'une somme d'argent financé par un rachat d'actions d'une société privée qui a un solde d'IMRTD 36:37
1.8. DON PAR TESTAMENT D'ACTIONS D'UNE SOCIÉTÉ PRIVÉE 36:40
1.8.1. Exemple 14 : don d'actions d'une société privée au décès financé par l'assurance vie 36:40

2. DON D'ASSURANCE VIE 36:42

2.1. STRUCTURES D'ASSURANCE 36:43
2.1.1. Nouvelle police d'assurance vie détenue par l'organisme de bienfaisance 36:44

2.1.2. Transfert d'une police existante à l'organisme de bienfaisance 36:45
2.1.3. Désignation de bénéficiaire en faveur d'un organisme de bienfaisance 36:47
2.1.4. Legs testamentaire financé par une police d'assurance vie 36:49
2.1.5. Assurance vie à propriété partagée 36:50
2.1.6. Assurance vie et contingent des versements 36:52
2.2. EXEMPLES DE DONS FINANCÉS PAR L'ASSURANCE VIE 36:54
2.2.1. Don du produit d'une assurance vie 36:54
2.2.2. Don par une société 36:55
2.2.3. Don d'une assurance vie en partage de propriété 36:56

3. DON DES REÉR ET FERR 36:57

3.1. EXEMPLE : DON DU FERR 36:57

4. DONS PLANIFIÉS À L'AIDE DE RENTES 36:58

4.1. RENTES À DES FINS DE BIENFAISANCE 36:59
4.1.1. Rentes à des fins de bienfaisance émises avant le 21 décembre 2002 ..... 36:60
4.1.2. Rentes à des fins de bienfaisance émises après le 20 décembre 2002 ..... 36:60
4.1.3. Rentes à des fins de bienfaisance émises après le 20 décembre 2002 – Interprétations techniques 36:61
4.1.4. Exemple : rente à des fins de bienfaisance 36:64
4.2. DONS À L'AIDE DE RENTES ASSURÉES 36:65
4.2.1. Exemple : rente assurée et don par un particulier 36:66
4.2.2. Exemple : rente assurée et don par une société 36:68
4.2.3. Rente assurée avec financement et don 36:69

5. AUTRES TECHNIQUES DE DONS PLANIFIÉS 36:70

CONCLUSION 36:70

INTRODUCTION

Notre texte se limite à certaines stratégies visant les dons d'actions, les dons d'assurance vie, de régimes enregistrés de retraite et les rentes de bienfaisance. En effet, le patrimoine des donateurs majeurs est, dans bien des cas, composé en grande partie de participations dans des sociétés privées, de placements boursiers et de sommes importantes accumulées dans des régimes de retraite ou payables à leur décès sous forme d'assurance vie. Nous avons donc concentré nos efforts sur des exemples visant ces biens plutôt que sur la théorie entourant le régime fiscal applicable aux dons. Ces exemples proposent des façons innovatrices de donner, autrement que des sommes d'argent.

1. DON D'ACTIONS

Cette section porte sur le don d'actions, que ce soit le don d'actions cotées en Bourse ou le don d'actions d'une société privée.

Nous aborderons premièrement les principales règles fiscales dont il faut tenir compte lorsqu'un don de tels biens est envisagé. Le rappel de ces règles permettra de mieux comprendre les différentes stratégies de dons d'actions qui seront présentées par la suite.

1.1. INTENTION DE DONNER

Le paragraphe 248(30) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[1] précise les circonstances dans lesquelles un transfert de biens à une personne est considéré comme un don, et ce, même si le donateur reçoit un avantage en contrepartie partielle ou en reconnaissance du don.

De façon générale, les dispositions du paragraphe 248(30) L.I.R.[2], applicables aux transferts de biens effectués après le 20 décembre 2002, prévoient qu'un transfert de biens est un don même si le donateur reçoit un avantage au titre du don. Le montant de l'avantage au titre du don ne doit

---

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

2 Le ministre des Finances a annoncé, à l'occasion du Budget du Québec du 11 mars 2003, que la législation québécoise sera modifiée pour y intégrer, en les adaptant, les mesures fédérales discutées dans la présente section. QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2003-2004*, *Renseignements additionnels sur les mesures du budget*, 11 mars 2003, pp. 113 et suiv.

toutefois pas excéder 80 % de la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») du bien transféré pour que le transfert du bien soit reconnu comme un don. Cette disposition vise autant les dons en espèces que les dons en nature, par exemple, un don d'actions cotées en Bourse ou un don d'actions d'une société privée.

Le montant de l'avantage au titre d'un don est défini au paragraphe 248(32) L.I.R. Il correspond à la valeur totale, au moment du don, de tout bien, service, compensation, utilisation ou autre bénéfice que le donateur, ou une personne ou une société de personnes avec qui le donateur a un lien de dépendance, a droit de recevoir en contrepartie partielle ou en reconnaissance du don. L'avantage peut être conditionnel ou être un avantage à recevoir dans l'avenir par le donateur ou une personne ou une société de personnes avec qui le donateur a un lien de dépendance. L'avantage peut, par ailleurs, être conféré par une personne autre que le donataire. Si le donateur reçoit un bien en rapport avec le don, le coût de ce bien correspond à sa JVM au moment du don et est inclus dans le calcul du montant de l'avantage[3].

Si la valeur de l'avantage excède 80 % de la JVM du bien transféré, l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») peut tout de même considérer le transfert comme un don si le donateur démontre que le transfert a été effectué avec l'intention de faire un don[4].

Une fois qu'il est établi qu'un transfert de biens est un don aux fins de l'impôt sur le revenu, le montant admissible du don sert à calculer le montant du crédit d'impôt pour don du donateur.

1.2. MONTANT ADMISSIBLE DU DON

Tel qu'il a été mentionné à la section 1.1., un donateur est considéré comme ayant fait un don même s'il reçoit un avantage au titre du don, lequel ne doit toutefois pas excéder 80 % de la JVM du bien donné. Par contre, en raison du paragraphe 248(31) L.I.R., applicable aux fins de la définition du « total des dons de bienfaisance »[5], le donateur ne peut se prévaloir d'un crédit d'impôt pour don sur le montant au titre de l'avantage. En effet, ce paragraphe précise que le montant admissible d'un don correspond à

---

3 Par. 248(33) L.I.R.

4 Al. 248(30)b) L.I.R.

5 Par 118.1(1) L.I.R.

l'excédent de la JVM du bien donné sur le montant de l'avantage au titre du don.

La JVM du bien donné doit être établie afin de calculer le montant admissible du don.

1.3. JVM DU BIEN DONNÉ

Sauf si le paragraphe 248(35) L.I.R. s'applique[6], la JVM d'un bien s'entend généralement de la valeur la plus élevée qu'une personne peut obtenir pour la vente d'un bien sur un marché libre, qui n'est soumis à aucune restriction entre un acheteur et un vendeur consentants agissant indépendamment l'un de l'autre[7].

Il est important d'agir avec prudence dans la détermination de la JVM d'un bien à donner afin de minimiser le risque d'une contestation de la JVM du bien donné de la part de l'ARC. Si l'ARC conteste avec succès la JVM du bien, la demande de crédit d'impôt pour don du donateur devra être rajustée en conséquence à la suite de l'émission d'un nouveau reçu pour don. Si le donataire a suivi un processus raisonnable pour la détermination de la JVM au moment du don, l'ARC ne suspendra pas son privilège d'émettre des reçus pour don. Cette sanction ne devrait s'appliquer qu'en cas de fraude[8].

En ce qui concerne un don d'actions d'une société privée, l'ARC recommande qu'une personne indépendante possédant la compétence et les qualités requises (un évaluateur professionnel) procède à l'évaluation des actions préalablement au don. La personne choisie doit connaître en profondeur les principes et les procédures en matière d'estimation et suivre les normes de la profession[9].

Lorsqu'il n'existe pas de véritable marché libre pour un bien donné, comme, par exemple, des actions d'une société privée, la JVM est

---

6 Voir ci-dessous la section 1.4.

7 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Les dons et l'impôt* P113, 2 janvier 2007, p. 4.

8 Par. 188.1(9) L.I.R. Pour une discussion sur les sanctions applicables à un organisme de bienfaisance, voir le texte de Louis TASSÉ, « Les nouvelles règles applicables aux organismes de bienfaisance », dans *Congrès 2005*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2006, pp. 32:1-30.

9 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 7, p. 12.

déterminée sur la base de la valeur théorique du bien. Essentiellement, le donataire devra évaluer le don proposé sur la même base que s'il s'agissait d'un placement et se poser la question suivante : « Quel montant paierait-on pour ces actions? » Généralement, la JVM des actions dépendra de la nature et de la valeur des actifs (nets) de la société, de tout arrangement de garantie, des caractéristiques des actions et de leur liquidité. Le cas échéant, la détermination de la JVM des actions devra tenir compte du fait, par exemple, que la négociabilité des actions serait limitée en vertu de l'existence, dans une convention entre actionnaires, d'une clause prévoyant que les actions doivent être détenues pendant une certaine période de temps avant que son détenteur puisse se prévaloir d'un droit de rachat.

1.4. JVM RÉPUTÉE DU BIEN DONNÉ

Les paragraphes 248(35) à 248(37) L.I.R. prévoient des règles particulières afin de déterminer la JVM d'un bien faisant l'objet d'un don. Ces règles s'appliquent aux fins de la détermination du crédit d'impôt pour don. Elles servent également à calculer le gain ou la perte en capital résultant du don d'une immobilisation[10].

En vertu du paragraphe 248(35) L.I.R., si l'un des faits suivants se vérifie, la JVM du bien donné est réputée correspondre au moindre de la JVM déterminée par ailleurs ou du prix de base rajusté (ci-après « PBR ») du bien si celui-ci est une immobilisation (son coût pour un autre bien) :

- le contribuable a acquis le bien faisant l'objet du don dans le cadre d'un arrangement de don qui est un abri fiscal au sens du paragraphe 237.1(1) L.I.R.[11];

- le contribuable a acquis le bien faisant l'objet du don moins de trois ans avant la date du don (sauf si le don est fait par suite du décès du contribuable); ou

---

[10] Le paragraphe 248(35) L.I.R. s'applique aux fins du paragraphe 248(31), de l'alinéa 69(1)b), des paragraphes 110.1(2.1), 110.1(3), 118.1(5.4) et 118.1(6) L.I.R.

[11] Un arrangement de don comprend un arrangement aux termes duquel il est raisonnable de s'attendre, compte tenu de déclarations ou d'annonces faites ou envisagées, que, si une personne devait conclure l'arrangement, une personne acquerrait un bien, aux termes de l'arrangement, qui ferait l'objet d'un don à un donataire ou contracterait une dette à l'égard de laquelle le recours est limité (telle qu'elle est déterminée selon le paragraphe 143.2(6) L.I.R.) se rapportant à un don à un donataire.

- le contribuable a acquis le bien faisant l'objet du don moins de 10 ans avant la date du don (sauf si le don est fait par suite du décès du contribuable) et il est raisonnable de conclure, au moment de l'acquisition du bien donné, que l'une des principales raisons de son acquisition visait le don.

Lorsqu'un contribuable ne détient pas le bien donné depuis plus de 3 ans (ou 10 ans) avant la date du don et si le coût du bien est inférieur à sa JVM en date du don, le donateur se voit dans l'obligation (sauf exceptions) de considérer que la JVM du bien donné aux fins de la détermination du crédit d'impôt pour don et du gain en capital résultant du don correspond au PBR du bien (son coût s'il ne s'agit pas d'une immobilisation). Puisque le paragraphe 248(35) L.I.R. s'applique aux fins de l'alinéa 69(1)b) L.I.R., le contribuable ne réalise ainsi aucun gain ou perte en capital en raison du don.

Le paragraphe 248(36) L.I.R. s'applique, quant à lui, lorsqu'un bien donné a été acquis par un donateur moins de 3 ans (ou 10 ans) avant la date du don et qu'au cours de cette période, une personne avec qui le donateur a un lien de dépendance a acquis le bien. Dans ce cas, le PBR du bien (ou son coût s'il ne s'agit pas d'une immobilisation) immédiatement avant le don est réputé correspondre au moindre entre le PBR (coût) du bien pour le donateur ou le PBR (coût) du bien pour la personne avec lien de dépendance de qui le donateur a acquis le bien.

Le paragraphe 248(37) L.I.R. exclut plusieurs types de dons de l'application du paragraphe 248(35) L.I.R., dont les suivants :

- don d'inventaire;

- don de biens immeubles ou réels situés au Canada;

- don de biens culturels;

- don d'actions cotées en Bourse (plus précisément, un don auquel l'alinéa 38a.1) ou 38a.2) L.I.R. s'applique).

En ce qui concerne les dons d'actions d'une société privée, le paragraphe 248(37) L.I.R. n'exclut de l'application du paragraphe 248(35) L.I.R. que les dons d'actions émises par une société à un donateur si, immédiatement avant le don, ce dernier, une personne liée ou un groupe de personnes dont chacune est liée au donateur, contrôlait la société et si, par ailleurs, le paragraphe 248(35) L.I.R. ne se serait pas appliqué au bien en contrepartie duquel les actions données ont été émises.

Si les actions qu'un donateur se propose de donner ont été émises par une société en contrepartie d'un bien qui n'aurait pas été visé par les dispositions du paragraphe 248(35) L.I.R. au moment du don, la JVM du bien donné n'aura pas à être déterminée en fonction de la règle prévue au paragraphe 248(35) L.I.R. Ce serait le cas si les actions données ont été émises par la société en contrepartie du transfert par le donateur d'actions cotées en Bourse ou d'un bien immeuble situé au Canada. Ce serait également le cas si les actions données ont été émises par la société en contrepartie d'actions d'une société qui ont elles-mêmes été détenues par le donateur pendant plus de trois ans.

Il résulte de cette exception qu'un donateur pourrait donner des actions privilégiées de gel nouvellement émises par une société pourvu qu'il ait détenu les actions en contrepartie desquelles les actions privilégiées de gel ont été émises pendant une période de plus de 3 ans (ou de 10 ans). Dans ce cas, la JVM des actions données ne serait pas ramenée à leur PBR, s'il est inférieur, aux fins du calcul du crédit d'impôt pour don et du calcul du gain ou de la perte en capital résultant du don.

Le paragraphe 248(37) L.I.R. exclut également le don d'un bien par une société si cette dernière a reçu le bien, par voie de roulement en vertu du paragraphe 85(1) ou 85(2) L.I.R., d'un actionnaire qui, immédiatement avant le don, contrôlait la société ou était lié à la personne ou à chaque membre d'un groupe lié qui contrôlait la société, et ce, dans la mesure où le bien donné n'aurait pas été visé par les dispositions du paragraphe 248(35) L.I.R. au moment du transfert par l'actionnaire à la société et lors du don par la société[12].

Enfin, le paragraphe 248(41) L.I.R. oblige le donateur à informer le donataire, préalablement à l'émission d'un reçu pour don, de l'existence de circonstances faisant en sorte que le montant admissible du don devrait être inférieur à la JVM autrement déterminée du bien donné, et ce, en raison de l'un ou l'autre des paragraphes 248(31), 248(35), 248(36), 248(38) ou 248(39) L.I.R. Cette exigence s'applique aux dons effectués après 2005. À défaut, le montant admissible pour don est réputé nul.

1.5. DON D'ACTIONS COTÉES EN BOURSE

Un don est considéré comme une disposition aux fins de l'impôt sur le revenu. Lorsqu'un contribuable dispose d'un bien au moyen d'un don, il est

---

12 Al. 248(37)f) L.I.R.

réputé avoir disposé de ce bien pour montant égal à sa JVM[13]. Cette disposition peut entraîner la réalisation d'un gain en capital si la JVM du bien au moment du don excède son coût fiscal[14]. De façon générale, le taux d'inclusion d'un gain en capital dans le calcul du revenu est de 50 %.

Toutefois, en vertu de l'alinéa 38a.1) L.I.R.[15], le taux d'inclusion du gain en capital est réduit lorsque, entre autres, des actions cotées en Bourse font l'objet d'un don en faveur d'un donataire reconnu autre qu'une fondation privée. Pour les dons effectués avant le 2 mai 2006, le taux d'inclusion était de 25 %. Les mesures annoncées dans le budget fédéral de mai 2006 et mises en œuvre par le Projet de loi C-13[16], qui a reçu la sanction royale le 22 juin 2006, ont eu pour effet de bonifier le régime d'encouragements fiscaux pour les dons d'actions cotées en Bourse à des donataires reconnus autres qu'une fondation privée (ces donataires sont désignés comme étant des « organismes publics de bienfaisance »).

En effet, en date du 2 mai 2006, le Projet de loi C-13 porte de 25 % à zéro :

- le taux d'inclusion des gains en capital pour les dons d'actions cotées en Bourse et les dons de fonds de terre écosensibles à des organismes publics de bienfaisance;

- le taux d'inclusion des gains en capital pour les dons d'actions cotées en Bourse acquises en vertu d'une option d'achat d'actions accordée aux employés.

La réduction du taux d'inclusion s'applique aux dons de titres suivants faits après le 1er mai 2006 :

- actions, obligations, bons de souscription d'actions et droits cotés à une Bourse de valeurs visée par règlement;

---

13 S.-al. 69(1)b)(ii) L.I.R.; *Loi sur les impôts*, L.R.Q., c. 1-3 et mod. (ci-après « L.I. »), par. 422c).

14 S.-al. 40(1)a)(i) L.I.R.; art. 234.0.1 L.I.

15 Art. 231.0.11 et 231.2 L.I.

16 *Loi portant exécution de certaines dispositions du budget*, Projet de loi C-13, déposé au Parlement le 2 mai 2006, (21e lecture), 1re session, 39e législature, article 51.

- actions d'une société de placement à capital variable, parts d'une fiducie de fonds commun de placement et parts de fonds distincts;

- créances visées par règlement.

Le présent texte se concentre sur le don d'actions cotées en Bourse à des organismes publics de bienfaisance.

La réduction s'applique, par ailleurs, à la proportion du gain en capital du donateur que représente le montant admissible du don par rapport au produit de disposition du bien donné[17]. Par exemple, si le donateur donne des actions cotées en Bourse ayant une JVM de 100 000 $ et un PBR de 50 000 $, alors qu'il reçoit en contrepartie du don un montant de 20 000 $, 80 % du gain en capital de 50 000 $ sera admissible au taux réduit d'inclusion du gain en capital.

Aux fins de l'impôt sur le revenu, le ministère des Finances considère que l'expression « Bourse de valeurs visée par règlement » inclut les Bourses de valeurs de Toronto et de Montréal, les groupes 1 et 2 de la Bourse de croissance TSX, la NYSE, le NASDAQ (excluant le Over-the-Counter Bulletin Board) et la plupart des principales Bourses étrangères.

Pour que le taux réduit d'inclusion (0 %) du gain en capital s'applique :

- le titre doit être transféré à l'organisme public de bienfaisance (c'est-à-dire que le don ne donnera pas droit au taux réduit si le titre est vendu et que le don est fait en espèces);

- le don ne doit pas être fait à une fondation privée.

Le 29 juin 2006, le ministère des Finances du Québec a annoncé que la législation fiscale québécoise serait harmonisée à la mesure fédérale dans le but de supprimer l'impôt sur le gain en capital résultant du don d'actions cotées en Bourse[18].

---

17 Article 38.1 L.I.R., ajouté par l'article 59 des *Propositions législatives concernant l'impôt sur le revenu (Partie 2 – Modifications techniques)* du 18 juillet 2005.

18 QUÉBEC, ministère des Finances, *Bulletin d'information* 2006-2, « Harmonisation à certaines mesures du Budget fédéral du 2 mai 2006 et autres mesures fiscales », 29 juin 2006.

Enfin, les règles applicables au don de « titre non admissible »[19], de même que celles réputant une JVM moindre[20] aux fins de la détermination du montant admissible pour don ne s'appliquent pas au don d'actions cotées en Bourse.

Les exemples 1 à 4 suivants illustrent le résultat du changement du taux d'inclusion du gain en capital pour un don d'actions cotées en Bourse.

1.5.1. Exemple 1 : don d'actions cotées en Bourse à un organisme public de bienfaisance

M. Labonté souhaite effectuer un don de 100 000 $ à un organisme public de bienfaisance de son choix. Le revenu net de M. Labonté est suffisant pour réclamer la totalité du crédit d'impôt pour don dans l'année au cours de laquelle celui-ci est effectué.

M. Labonté possède des actions cotées en Bourse ayant une JVM de 100 000 $ et s'interroge s'il doit vendre les actions et donner le produit de la vente à l'organisme de bienfaisance ou transférer directement les actions à cet organisme.

---

19 Voir la section 1.6.1. ci-dessous.

20 Voir la section 1.4. ci-dessus.

	Vente des actions cotées en Bourse et don en espèces	Dons des actions cotés en Bourse	
		Avant le 2 mai 2006	Après le 1er mai 2006
	($)	($)	($)
Montant de la vente/donation	100 000	100 000	100 000
Moins : PBR	Ø	Ø	Ø
Gain en capital	100 000	100 000	100 000
Gain en capital imposable	50 000	25 000	Ø
Impôt sur le gain en capital (48,22 %)	24 110	12 055	Ø
Moins : crédit d'impôt pour don (100 000 $ × 0,4822)	(48 220)	(48 220)	(48 220)
Avantage fiscal net dû au don	(24 110)	(36 165)	(48 220)
Coût net du don	75 890	63 835	51 780

Le fait qu'il n'y ait plus d'impôt à payer sur le gain en capital résultant d'un don d'actions cotées en Bourse après le 1er mai 2006 a pour effet de réduire le coût net du don pour le donateur (51 780 $ comparativement à un montant de 75 890 $ lorsque les actions cotées en Bourse sont vendues sur le marché avant que le produit de la vente soit remis à l'organisme).

1.5.2. Exemple 2 : don en espèces ou don d'actions cotées en Bourse à un organisme public de bienfaisance

Reprenons l'exemple 1, mais supposons que M. Labonté utilise 100 000 $ de ses liquidités pour effectuer le don et comparons le résultat à celui d'un don d'actions cotées en Bourse.

		Dons d'actions cotées en Bourse*	
	Espèces	**Avant le 2 mai 2006**	**Après le 1er mai 2006**
	($)	**($)**	**($)**
Montant admissible du don	100 000	100 000	100 000
Moins : crédit d'impôt pour don (100 000 $ × 0,4822)	(48 220)	(48 220)	(48 220)
Réduction d'impôt sur le gain en capital	Ø	(12 055)	(24 110)
Aide fiscale totale	(48 220)	(60 275)	(72 330)
Coût net du don	51 780	63 835	51 780

* En supposant que le PBR est nul.

Le coût net d'un don d'actions cotées en Bourse d'une valeur de 100 000 $ est le même que celui d'un don en argent sauf que, dans le premier cas, le donateur prend avantage d'une aide fiscale bonifiée (aucun impôt sur le gain en capital). Donc, plus le gain en capital latent sur des actions cotées en Bourse est important, plus le donateur aura intérêt à donner les actions.

1.5.3. Exemple 3 : don par un particulier ou par une société privée d'actions cotées en Bourse à un organisme public de bienfaisance

M. Labonté et la société privée qu'il contrôle détiennent un portefeuille de placements boursiers. La société qu'il contrôle n'exploite pas d'entreprise. Elle génère exclusivement un revenu de placements et est assujettie à un taux d'imposition combiné de 52,04 %. M. Labonté veut faire un don de 100 000 $ à un organisme public de bienfaisance et il se demande s'il est plus avantageux de faire le don par l'intermédiaire de la société privée.

	Dons d'actions cotées en Bourse après le 1er mai 2006*	
	Particulier	**Société de placement**
	($)	**($)**
Montant admissible du don	100 000	100 000
Moins : crédit d'impôt pour don (100 000 $ × 0,4822)	(48 220)	Ø
Moins : déduction (100 000 $ × 0,5204**)	Ø	(52 040)
Réduction d'impôt sur le gain en capital	(24 110)	(26 020)
Aide fiscale totale	(72 330)	(78 060)
Impôt épargné grâce au CDC	Ø	(36 350)
Coût net du don pour le donateur	51 780	11 610

* En supposant que le PBR est nul.

** Un taux de 25,37 % aurait été considéré s'il avait été tenu pour acquis que la société privée aurait pu par ailleurs récupérer son IMRTD dans l'année même.

Un don d'actions cotées en Bourse par une société privée lui permet de bonifier son compte de dividendes en capital (ci-après « CDC ») d'un montant égal à 100 % du gain en capital, qui représente la partie non imposable du gain en capital résultant du don d'actions cotées en Bourse après le 1er mai 2006. Dans le cas présent, à la suite du don, la société pourrait verser un dividende en capital de 100 000 $ à M. Labonté, ce qui représente une économie d'impôts de 36 350 $ pour ce dernier[21].

Dans le cas présent, il y a clairement un avantage à ce que le don d'actions cotées en Bourse soit effectué par la société de placement non seulement parce que son taux d'imposition est plus élevé que celui de M. Labonté mais surtout par le fait qu'elle puisse ainsi bonifier son CDC et éventuellement verser un dividende libre d'impôt à M. Labonté.

[21] En supposant que le solde du compte de revenu à taux général de la société à la fin de son année d'imposition serait nul.

1.5.4. Exemple 4 : don d'actions accréditives à un organisme public de bienfaisance

Les actions accréditives lorsqu'elles deviennent négociées en Bourse peuvent se qualifier à l'exemption d'impôt sur le gain en capital si elles sont données à un organisme public de bienfaisance.

L'exemption d'impôt sur le gain en capital et les déductions et crédits dont peuvent se prévaloir les détenteurs d'actions accréditives entraînent un certain engouement envers le don de tels biens à un organisme public de bienfaisance.

Sans vouloir aller trop dans le détail et expliquer le régime fiscal applicable aux actions accréditives[22], mentionnons seulement que les actions accréditives permettent à une société de ressources de renoncer à la déduction de leurs frais d'exploration au bénéfice des investisseurs. Les sociétés de ressources au stade de l'exploration ne sont généralement pas profitables et n'ont pas besoin de déduire ces frais pour réduire leur fardeau fiscal. Elles peuvent donc renoncer à leurs frais d'exploration en faveur d'investisseurs, qui, eux, peuvent déduire les frais d'exploration renoncés jusqu'à concurrence du montant de leur investissement. Par ailleurs, le coût fiscal des actions accréditives est nul[23]. Lorsque la période d'exploration est terminée, il est commun que les actions accréditives soient échangées contre de nouvelles actions de la société de ressources négociées en Bourse (échange par voie de roulement). Le PBR de ces actions étant nul, l'investisseur pourrait les donner à un organisme public de bienfaisance dans le but d'éviter l'impôt sur le gain en capital, tout en lui permettant de privilégier un organisme de son choix.

Le prochain tableau illustre le montant total des déductions et crédits dont M. Labonté pourrait se prévaloir s'il investissait dans des actions accréditives d'une société de ressources qui engage des frais d'exploration minière de surface au Québec, puis s'il donnait les actions une fois qu'elles deviennent négociées en Bourse. Supposons un investissement initial de 10 000 $ et une JVM des actions de 10 000 $ en date du don :

---

22 Voir l'analyse détaillée de ces règles dans le texte de Paule GAUTHIER, « Actions accréditives ou le "Klondike" sous la loupe fiscale », dans *Congrès 2005*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2006, pp. 28:27-45.

23 Par. 66.3(3) L.I.R.

	($)
Coût du placement	10 000
Déduction pour frais d'exploration au Canada (Fédéral et Québec)	10 000
Déduction additionnelle de 25 % pour frais d'exploration engagés au Québec (Québec)	2 500
Déduction additionnelle de 25 % pour frais d'exploration minière de surface (Québec)	2 500
Total des déductions	15 000
Avantage fiscal net dû aux déductions	
Fédéral (24,22 % × 10 000 $)	2 422
Québec (24 % × 15 000 $)	3 600
Crédit d'impôt de 15 % pour l'exploration minière à l'égard d'actions accréditives (Fédéral) (jusqu'en 2007)	1 500
Économie d'impôts	7 522
Coût net du don (avant le crédit pour don)	2 478
Crédit pour don (48,22 %)	4 822
Coût net du don (après le crédit pour don)	(2 344)

Qu'on se le dise, la combinaison de toutes les déductions et crédits offerts aux investisseurs d'actions accréditives et des mesures visant les dons de titres boursiers peut avoir pour effet de remettre entre les mains du donateur un montant supérieur à son investissement initial!

Certaines sociétés peuvent faire la promotion de l'acquisition et la donation d'actions accréditives. Il y a lieu de se demander si la personne qui acquiert des actions accréditives dans de telles circonstances investit dans un abri fiscal au sens du paragraphe 237.1 L.I.R. Premièrement, il y a lieu de noter que les actions accréditives ne sont pas un abri fiscal[24]. Par contre, un abri fiscal comprend notamment un arrangement aux termes duquel il est raisonnable de s'attendre, compte tenu de déclarations ou d'annonces faites ou envisagées, que, si une personne devait conclure l'arrangement, une personne acquerrait un bien, aux termes de l'arrangement, qui ferait par la

[24] Par. 237.1(1) « abri fiscal », al. b) L.I.R.

suite l'objet d'un don[25]. S'il devait être considéré que l'achat des actions accréditives en vue de les donner à un organisme de bienfaisance est un abri fiscal, l'investisseur ne pourrait réclamer des déductions ou crédits relativement à son investissement sans fournir le numéro d'inscription de l'abri fiscal. En plus, en raison du paragraphe 248(35) L.I.R. dont nous avons discuté à la section 1.4., la JVM des actions accréditives données dans le cadre d'un arrangement de don serait réputée égale au coût des actions (lequel est nul) aux fins du calcul du crédit d'impôt pour don et de la détermination du gain en capital résultant du don.

1.6. DON DU VIVANT D'ACTIONS D'UNE SOCIÉTÉ PRIVÉE À UNE FONDATION PRIVÉE

Le don d'actions d'une société privée est également vu comme une disposition de biens aux fins de l'impôt sur le revenu. Si les actions données ont une JVM supérieure à leur PBR, le donataire devra inclure, à un taux de 50 %, le gain en capital résultant de la disposition des actions.

Le don d'actions d'une société privée fait l'objet de mesures particulières qui ont pour effet de retarder le moment où le don est constaté aux fins du crédit d'impôt pour don. Ces mesures ont été mises en place afin d'éviter certains abus qui ont impliqué des opérations effectuées entre des particuliers et des organismes de bienfaisance avec lien de dépendance.

1.6.1. Don de titres non admissibles

En vertu du paragraphe 118.1(13) L.I.R.[26], lorsqu'un individu donne un « titre non admissible » à une fondation privée, le don n'est pas reconnu à ce moment aux fins du calcul du crédit d'impôt pour don mais il peut être reconnu à un moment ultérieur.

Un titre non admissible est une action (à l'exception d'une action cotée en Bourse) du capital-actions d'une société avec laquelle un particulier ou sa

---

25 L'ARC est d'avis qu'un arrangement de don n'est pas limité aux situations où le donateur acquiert un bien aux termes d'un arrangement et que, suivant ce même arrangement, le bien acquis est donné à un organisme de bienfaisance. Voir à cet effet AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique, 2004-0098191E5, 22 février 2005.

26 Art. 752.0.10.16 L.I.

succession a un lien de dépendance immédiatement après le don[27]. Si le donateur des actions d'une société privée n'a pas de lien de dépendance avec la société immédiatement après le don des actions à la fondation privée, les actions ne seront pas considérées comme un titre non admissible au moment où elles sont données à la fondation privée[28].

Le don du titre non admissible peut toutefois être reconnu à un moment ultérieur. Le donateur sera réputé avoir fait un don de bien à la plus rapprochée des dates suivantes, pourvu que celle-ci soit à l'intérieur d'un délai de 60 mois suivant le don :

- la date à laquelle le titre cesse d'être un titre non admissible du particulier sans que le donataire ait disposé du titre au moment ultérieur ou antérieurement (par exemple, si le donateur cesse d'avoir un lien de dépendance avec la société)[29];

- la date à laquelle le donataire dispose du titre pour une contrepartie qui n'est pas un titre non admissible[30] du particulier.

Tant que le don n'est pas reconnu, le particulier peut se prévaloir d'une réserve lui permettant de différer l'obligation d'inclure le gain en capital résultant du don d'un titre non admissible[31].

Lorsque le don est reconnu, le particulier est réputé avoir fait un don de bien au donataire et la JVM du bien aux fins du calcul du crédit d'impôt pour don est réputée égale au moindre des montants suivants :

- selon le cas, la JVM du titre au moment où il cesse d'être un titre non admissible pour le particulier, ou la JVM de la contrepartie (autre qu'un

---

27 Par. 118.1(18) L.I.R. Une créance et tout autre titre émis par un donateur, sa succession ou toute personne ou société de personnes ayant un lien de dépendance avec le donateur ou sa succession peut également être un titre non admissible. Sont exclus les dépôts auprès d'une institution financière et une créance cotée en Bourse ou tout autre titre coté en Bourse. Art. 752.0.10.1 « titre non admissible » L.I.

28 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique, 2004-00801817, 3 août 2004.

29 Al. 118.1(13)b) L.I.R.; par. 752.0.10.16b) L.I.

30 Al. 118.1(13)c) L.I.R.; par. 752.0.10.16c) L.I.

31 Par. 40(1.01) L.I.R.; art. 234.0.1 L.I.

titre non admissible du particulier) reçue par le donataire lors de la disposition du titre non admissible;

- la JVM du titre non admissible lors du don initial.

La règle voulant que le particulier soit réputé ne pas avoir fait un don jusqu'à un moment ultérieur à l'intérieur d'un délai de 60 mois suivant le don ne s'applique pas aux fins du paragraphe 118.1(6) L.I.R.[32]. Ce même paragraphe[33], applicable lorsque les conditions du paragraphe 118.1(5.4) L.I.R. sont remplies, permet à un particulier qui fait un don d'une immobilisation dont la JVM est supérieure à son PBR d'indiquer dans sa déclaration de revenus pour l'année du don un montant qui servira à la fois de JVM du bien aux fins de la détermination du montant admissible pour don et de produit de disposition du bien aux fins du calcul du gain en capital résultant du don. Le montant indiqué par le particulier ne peut excéder la JVM du bien donné et ne peut être inférieur au plus élevé du montant de l'avantage au titre du don et du PBR du bien donné.

Ainsi, au moment du don initial, le particulier peut indiquer dans sa déclaration de revenus un montant à titre de produit de disposition moins élevé que la JVM réelle du titre non admissible. Le montant indiqué devient la JVM réputée du bien qui servira à déterminer le montant admissible du don dans l'année où le don est constaté. Dans la mesure où la JVM du titre, au moment où il cesse d'être un titre non admissible, ou la JVM de la contrepartie reçue par le donataire lors de la disposition du titre non admissible, excède le montant indiqué, le particulier sera réputé avoir fait un don à un donataire dont la JVM est égale au montant indiqué.

Une fois que le don est constaté, le particulier doit inclure le gain en capital résultant du don initial dans le calcul de son revenu. En effet, le paragraphe 40(1.01) L.I.R. ne permet pas à un particulier de réclamer une provision pour une année d'imposition donnée s'il est réputé avoir fait un don de bien au donataire avant la fin de cette année. Tel qu'il est mentionné ci-dessus, le don est constaté lorsque le titre cesse d'être un titre non admissible ou s'il fait l'objet d'une disposition par le donataire à l'intérieur d'un délai de 60 mois suivant le don.

---

32 Al. 118.1(13)a) L.I.R.; par. 752.0.10.16a) L.I.

33 Art. 752.0.10.12 L.I.

Si la période de 60 mois suivant le don initial s'écoule sans que le titre ait cessé d'être un titre non admissible ou ait fait l'objet d'une disposition par le donataire pour une contrepartie autre qu'un titre non admissible du particulier, le don n'est pas constaté aux fins du crédit d'impôt pour don et le particulier n'a pas à inclure le gain en capital résultant du don initial dans le calcul de son revenu. En effet, le paragraphe 40(1.1) L.I.R. ne prévoit pas que le particulier doive inclure la provision dans son revenu de l'année suivant l'expiration du délai de 60 mois[34].

Un don exclu n'est pas visé par les dispositions applicables au don de titres non admissibles. Selon les dispositions du paragraphe 118.1(19) L.I.R.[35], un don exclu est un don d'actions à un donataire autre qu'une fondation privée (soit un organisme public de bienfaisance) pourvu que le donateur n'ait pas de lien de dépendance avec le donataire et les administrateurs, fiduciaires, cadres ou représentants semblables de l'organisme si le donataire est une œuvre de bienfaisance ou une fondation publique.

Ainsi, le moment où un don d'actions d'une société privée à une œuvre de bienfaisance ou à une fondation publique doit être constaté n'est pas retardé aux fins du calcul du crédit d'impôt pour don, et ce, si le donateur n'a pas de lien de dépendance avec l'organisme, ses administrateurs, fiduciaires, cadres ou représentants semblables.

Considérons la situation suivante aux fins des exemples 5 et 6 :

M^me^ Bonsecours désire faire un don de 300 000 $ à la fondation privée qu'elle vient tout juste de mettre en place et demande conseil quant à la façon de le faire.

Il y a cinq ans, M^me^ Bonsecours a effectué un gel de ses actions participantes de Bonsecours Inc., une société de portefeuille, en faveur d'une fiducie familiale dont ses enfants majeurs sont les bénéficiaires. Dans le cadre du gel, des actions privilégiées de Bonsecours Inc., ayant une valeur de rachat de 5 M$, un PBR et un capital versé (ci-après « CV ») nuls, ont été émises en faveur de M^me^ Bonsecours. La fiducie familiale a souscrit aux nouvelles actions participantes de la société. M^me^ Bonsecours est fiduciaire unique de la fiducie familiale.

---

34 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2002-0128485, 9 mai 2002.

35 Art. 752.0.10.1 « don exclu » L.I.

Bonsecours Inc. a un solde d'impôt en main remboursable au titre de dividendes (ci-après « IMRTD ») de 250 000 $ et un CDC de 100 000 $.

Deux scénarios sont envisagés : un don en argent de 300 000 $ financé par un rachat d'actions privilégiées de gel ou un don de telles actions ayant une valeur de rachat de 300 000 $ suivi d'un rachat par la société.

1.6.2. Exemple 5 : don en argent à une fondation privée, financé par un rachat d'actions privilégiées de gel

Ce scénario doit être envisagé lorsque la société privée a les liquidités requises pour effectuer un rachat d'actions.

Selon ce scénario, des actions ayant une valeur de rachat d'environ 415 000 $ devraient être rachetées (le dividende réputé de l'un des rachats d'actions serait payé à même le CDC de 100 000 $ de la société) afin de permettre à M^me^ Bonsecours de remettre la somme de 300 000 $ à la fondation privée :

Distribution de liquidités à M^me^ Bonsecours

	($)	($)
Dividende payé à même le CDC		100 000
Dividende non déterminé payé	210 000	
Remboursement au titre de dividendes	105 000	
Montant total du dividende non déterminé payé		315 000
Montant distribué à M^me^ Bonsecours		415 000
Moins : dividende payé à même le CDC		(100 000)
Dividende non déterminé versé à l'actionnaire		315 000
Taux d'imposition marginal le plus élevé – dividende non déterminé reçu après le 23 mars 2006		36,35 %
Impôt à payer		114 503
Montant net après impôt		300 497

M^me^ Bonsecours aura donc des impôts à payer d'environ 114 500 $ sur le dividende non déterminé reçu de Bonsecours Inc. Par contre, tel qu'il est démontré dans le tableau qui suit, le crédit d'impôt pour don servira à réduire

les impôts à payer sur le dividende non déterminé et le solde non utilisé pourra servir à réduire les impôts à payer de M^me^ Bonsecours sur d'autres revenus de l'année du don ou des cinq prochaines années (en fonction du montant de revenu net de M^me^ Bonsecours pour chacune de ces années).

	Espèces
	($)
Montant admissible du don	415 000
Impôt sur le dividende non déterminé	114 503
Moins : crédit d'impôt pour don (300 000 $ × 0,4822)	(144 660)
Avantage fiscal net dû au don	(30 157)
Remboursement au titre de dividendes	(105 000)
Coût net du don	279 843

1.6.3. Exemple 6 : don d'actions privilégiées de gel à une fondation privée en utilisant l'IMRTD de la société privée

Cet exemple tient pour acquis que le donateur a détenu les actions faisant l'objet du don depuis plus de 3 ans ou plus de 10 ans si l'une des principales raisons pour lesquelles les actions ont été acquises visait le don.

Selon ce scénario, M^me^ Bonsecours pourrait donner des actions privilégiées de gel de Bonsecours Inc. ayant une valeur de rachat de 300 000 $ à la fondation privée. Dans les jours qui suivent, la société rachèterait les actions privilégiées de gel détenues par la fondation privée.

Pour M^me^ Bonsecours :

	Don des actions privilégiées de gel
	($)
JVM des actions/montant admissible du don	300 000
Moins : PBR des actions données	Ø
Gain en capital	300 000
Gain en capital imposable	150 000
Impôt sur le gain en capital (48,22 %)	72 330
Moins : crédit d'impôt pour don (300 000 $ × 0,4822)	(144 660)
Avantage fiscal net dû au don	(72 330)
Remboursement au titre de dividendes	(100 000)
Impôt sur le CDC épargné	(36 350)
Coût net du don	91 320

Les observations suivantes visent autant l'exemple 5 que l'exemple 6.

Dans un cas comme dans l'autre, le remboursement au titre de dividendes diminue le coût net du don.

Peut-on penser que l'ARC pourrait appliquer le paragraphe 129(1.2) L.I.R. à cette planification et que, par conséquent, la société soit privée de son remboursement au titre de dividendes? Le paragraphe 129(1.2) L.I.R. s'applique pour refuser un remboursement au titre de dividendes à une société si l'actionnaire a acquis les actions sur lesquelles le dividende imposable a été versé (et qui a donné lieu au remboursement au titre de dividendes) dans le cadre d'une série d'opérations dont l'un des principaux objets consistait à permettre à la société d'obtenir le remboursement au titre de dividendes.

Dans des situations différentes, mais impliquant également des planifications mises en place par des actionnaires d'une société privée pour financer un don à une fondation privée, l'ARC s'est prononcée contre l'application du paragraphe 129(1.2) L.I.R. Dans l'une de ces situations, le donateur s'était prévalu du choix du paragraphe 118.1(6) L.I.R. lors du don de ses actions de la société privée à la fondation privée, et à la suite du don,

les actions détenues par la fondation privée avaient été rachetées[36]. Dans un autre cas, l'ARC a statué que le paragraphe 129(1.2) L.I.R. ne s'appliquerait pas nécessairement à une situation où en tant que bénéficiaire du capital d'une fiducie résiduaire de charité, une fondation privée acquiert, en conséquence du décès du bénéficiaire du revenu, des actions d'une société privée détenues par la fiducie[37], qui par la suite sont rachetées.

En termes de liquidités, les deux scénarios se comparent comme suit :

	Don en argent (exemple 4)	**Don des actions privilégiées (exemple 5)**
	($)	**($)**
JVM des actions rachetées/données	415 000	300 000
Impôt sur le dividende non déterminé/Gain en capital	114 503	72 330
Crédit d'impôt pour don	(144 660)	(144 660)
Remboursement au titre de dividendes	(105 000)	(100 000)
CDC épargné	Ø	(36 350)
	279 843	91 320

Dans l'exemple 5, le CDC a été utilisé afin de réduire les impôts à payer résultant du rachat des actions effectué pour financer le don. L'exemple 6 a donc un avantage supplémentaire comparativement à l'exemple 5 puisqu'il permet de conserver le CDC de la société pour le futur, d'où une économie éventuelle de 36 350 $ pour M^me^ Bonsecours.

---

36 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 1999-0011713F.

37 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 1999-0006945, 1^er^ février 2000.

1.6.4. Exemple 7 : don d'actions ordinaires d'une société à une fondation privée et récupération de l'IMRTD de la société

Le prochain exemple a fait l'objet d'une décision anticipée de la part de l'ARC[38].

M. X est l'unique détenteur des actions de catégorie A (actions ordinaires) de Gesco, une société privée sous contrôle canadien qui est une société de placements. Pour les fins de cet exemple, il est tenu pour acquis que le PBR et le CV des actions de catégorie A de M. X sont nuls et que leur JVM est de 1 M$. Par ailleurs, Gesco a un CDC de 250 000 $ et un solde d'IMRTD de 200 000 $.

M. X a mis sur pied une fondation privée. Les seuls membres réguliers (ceux qui ont le pouvoir d'élire les administrateurs de la fondation) et les seuls administrateurs de la fondation privée sont M. X et son épouse. Ils font également partie des cinq dirigeants de la fondation. Les autres dirigeants sont des personnes non liées à M. X et à son épouse.

Préalablement au don, le CV des actions est augmenté d'un montant égal au CDC de la société, soit 250 000 $. Par conséquent, le gain en capital résultant de la donation des actions sera diminué d'autant par l'effet de l'augmentation du PBR des actions (maintenant de 250 000 $)[39]. Par la suite, M. X donne la totalité de ses actions de Gesco à la fondation privée. Immédiatement après le don, la fondation détient le contrôle de la société[40].

---

38 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2005-0148381R3.

39 En augmentant le CV des actions de catégorie A préalablement au don, le donateur a choisi de réduire son gain en capital, lequel est imposé à un taux de 24,11 %, plutôt que d'utiliser le CDC de la société afin de réduire des impôts à payer de 36,35 % sur un dividende non déterminé. Dans la mesure où Gesco aurait eu des actions émises d'une autre catégorie d'actions (qu'elles soient ou non détenues par M. X), l'augmentation du CV des actions, préalablement au don, aurait dû être reconsidérée à notre point de vue.

40 Les alinéas 149.1(3)c) et 149.1(4)c) L.I.R. permettent à l'ARC de révoquer l'enregistrement d'une fondation publique et privée si elles ont acquis le contrôle d'une société. Toutefois, selon le paragraphe 149.1(12) L.I.R., le contrôle d'une société n'est pas réputé avoir été acquis par une fondation de bienfaisance si elle n'a pas acquis, notamment par achat, en échange d'une contrepartie, plus de 5 % des actions d'une catégorie quelconque du capital-actions d'une société. Si une fondation de bienfaisance acquiert 100 % des actions votantes d'une société sans aucune contrepartie (par voie de don), cette acquisition en soi n'exposera pas la fondation à la révocation de son statut.

Dans les jours qui suivent, Gesco est liquidée et ses actifs nets sont distribués à la fondation.

Le résultat du don varie selon que M. X a un lien de dépendance ou non avec la société immédiatement après le don[41].

Les faits indiquaient dans cette demande que M. X démissionnerait à titre d'administrateur et président de Gesco au moment du don et qu'immédiatement après celui-ci, la fondation privée nommerait le commis comptable avec qui M. X n'était pas lié comme seul administrateur et dirigeant de Gesco. L'ARC ne s'est pas prononcée quant aux conséquences d'une telle démission et nomination aux fins de déterminer s'il y avait lien de dépendance ou non entre le donateur et la société immédiatement après le don.

1) Si M. X n'a pas un lien de dépendance avec Gesco immédiatement après le don :

Le gain en capital imposable de M. X résultant du don des actions est calculé conformément aux dispositions de l'alinéa 40(1)a) L.I.R. et est inclus dans le calcul de son revenu dans l'année du don. Par ailleurs, la fondation privée pourra émettre un reçu pour don égal à la JVM des actions reçues moins le montant de tout avantage au titre du don.

2) Si M. X a un lien de dépendance avec Gesco immédiatement après le don :

Le gain en capital imposable de M. X résultant du don des actions est calculé conformément aux dispositions du paragraphe 40(1.1) L.I.R. Dans la mesure où la fondation privée dispose de ses actions de Gesco au cours de l'année d'imposition qui comprend le don, M. X peut réclamer un crédit d'impôt pour don égal à la JVM des actions données moins le montant de tout avantage au titre du don.

Dans un cas comme dans l'autre, Gesco sera réputée avoir versé, et la fondation privée sera réputée avoir reçu, un dividende de liquidation correspondant à l'excédent de la valeur des biens distribués à la fondation privée moins le CV des actions de Gesco. Cette dernière pourra ainsi récupérer son IMRTD dans le cadre de cette planification.

---

41 Voir la section 1.6.1.

Les impacts pour M. X se résument comme suit (soit il n'a pas de lien de dépendance avec Gesco immédiatement après le don, soit les actifs nets de Gesco sont distribués à la fondation privée dans l'année du don) :

	Don des actions privilégiées de gel
	($)
JVM des actions/montant admissible du don	1 000 000
Moins : PBR des actions données	(250 000)
Gain en capital	750 000
Gain en capital imposable	375 000
Impôt sur le gain en capital (48,22 %)	180 825
Moins : crédit d'impôt pour don (1 000 000 $ × 0,4822)	(482 200)
Avantage fiscal net dû au don	(301 375)
Coût net du don	698 625

Dans cette décision anticipée, l'ARC a statué que Gesco aurait droit à un remboursement au titre de dividendes et que le paragraphe 129(1.2) L.I.R. ne s'appliquait pas[42]. Le remboursement au titre de dividendes de 200 000 $ permet en fait d'augmenter la valeur du don à la fondation privée.

1.7. DON DU VIVANT D'ACTIONS D'UNE SOCIÉTÉ PRIVÉE À UN ORGANISME PUBLIC DE BIENFAISANCE

Les règles prévues au paragraphe 118.1(13) L.I.R.[43] visant les titres non admissibles ne s'appliquent pas lorsque des actions d'une société sont données à un organisme public de bienfaisance si le donateur n'a pas de lien de dépendance avec l'organisme et ses administrateurs, fiduciaires, cadres ou représentants semblables.

Si un donateur souhaite faire un don à un organisme public de bienfaisance dont il est l'un des membres du conseil d'administration, il

---

42 Voir également AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 1999-0006945, 1er février 2000, où l'ARC a établi que le paragraphe 129(1.2) L.I.R. ne s'appliquait pas à la situation qui lui était présentée.

43 Art. 752.0.10.16 L.I.

devrait donc démissionner de son poste avant d'effectuer le don s'il ne veut pas être assujetti aux règles visant les titres non admissibles.

1.7.1. Exemple 8 : comparaison entre un don en espèces, un don d'actions cotées en Bourse et un don d'actions privilégiées de gel

M. Lacharité compte donner des biens d'une valeur de 250 000 $ à un organisme public de bienfaisance avec qui il n'a pas de lien de dépendance ni avec aucun de ses administrateurs, fiduciaires, cadres ou représentants semblables.

Il consulte afin de déterminer si le don devrait être effectué par la remise d'une somme d'argent de 250 000 $, d'actions cotées en Bourse d'une valeur de 250 000 $ ou d'actions privilégiées de gel d'une valeur de rachat de 250 000 $.

	En espèces	**Dons d'actions cotées en Bourse***	**Don d'actions privilégiées de gel**
	($)	**($)**	**($)**
Espèces/JVM des actions données	250 000	250 000	250 000
Moins : PBR des actions données	Ø	Ø	Ø
Gain en capital	Ø	Ø	250 000
Gain en capital imposable	Ø	Ø	125 000
Impôt sur le gain en capital (48,22 %)	Ø	Ø	60 275
Réduction d'impôt sur le gain en capital	Ø	(60 275)	Ø
Moins : crédit d'impôt pour don (250 000 $ × 0,4822)	(120 550)	(120 550)	(120 550)
Avantage fiscal net dû au don	(120 550)	(180 825)	(60 275)
Coût net du don	129 450	129 450	189 725

* Après le 1er mai 2006.

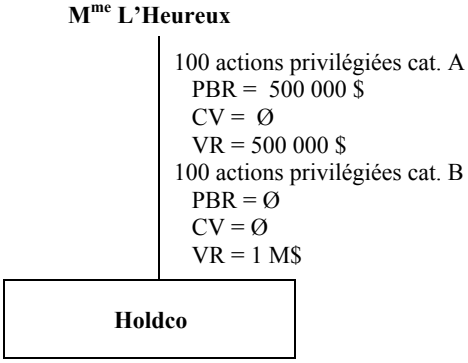
Le choix de donner des actions cotées en Bourse est nettement plus avantageux puisqu'il permet d'éviter l'impôt à payer sur le gain en capital résultant de la disposition des actions (économie d'impôts de 60 275 $). Si le donateur a par ailleurs les liquidités requises pour effectuer un don en argent, il est préférable de procéder ainsi plutôt que de donner des actions privilégiées de gel ayant un PBR nominal. Néanmoins, un don d'actions

privilégiées de gel devrait être envisagé dans les cas suivants : a) le PBR des actions privilégiées de gel faisant l'objet du don est égal à leur valeur de rachat en raison d'une cristallisation; b) les actions privilégiées de gel se qualifieraient à titre d'actions admissibles de petites entreprises de sorte que le gain en capital résultant de la disposition des actions serait exempté d'impôt jusqu'à concurrence de 500 000 $ ou c) la société privée a les liquidités nécessaires pour faire face à une demande de rachat d'actions et a un solde d'IMRTD.

1.7.2. Exemple 9 : don d'actions cristallisées à un organisme public de bienfaisance, sans contrepartie

M^me^ L'Heureux désire faire un don substantiel à une fondation publique avec qui elle n'a aucun lien de dépendance, de même qu'avec les administrateurs, fiduciaires, cadres ou représentants semblables de la fondation.

M^me^ L'Heureux possède des actions de gel dans une société privée (ses enfants détiennent les actions participantes) :



Le don par M^me^ L'Heureux de ses 100 actions privilégiées de catégorie A de Holdco, ayant un PBR et une valeur de rachat de 500 000 $, n'entraînerait aucun impôt à payer et lui permettrait de bénéficier d'un crédit d'impôt pour don égal à la JVM des actions données.

	Don des actions cristallisées
	($)
JVM des actions/montant admissible du don	500 000
Moins : PBR des actions données	500 000
Gain en capital	Ø
Moins : crédit d'impôt pour don (500 000 $ × 0,4822)	(241 100)
Avantage fiscal net dû au don	(241 100)
Coût net du don	258 900

M^me^ L'Heureux pourra utiliser son crédit d'impôt pour don pour réduire ses impôts à payer sur ses revenus de l'année du don ou ceux des cinq prochaines années.

Ce scénario, combiné avec la souscription d'une assurance vie, peut être utilisé afin de réduire les impôts payables au décès. L'exemple 10 est à cet effet.

L'une des considérations à prendre en compte lorsqu'un donateur envisage de donner des actions privilégiées de gel qui sont rachetables au gré du détenteur est la possibilité, à la suite du don, que le donataire se prévale justement de son droit de rachat et qu'en conséquence, la société soit dans l'obligation de les racheter. Lorsque la situation financière de la société est bonne, qu'elle a les liquidités requises pour racheter les actions et que, préalablement au don, le donateur et le donataire ont clairement fait référence à cette possibilité et déterminé les modalités du rachat, il est raisonnable de croire que la JVM des actions données correspondrait à la valeur de rachat des actions données aux fins de l'établissement du montant admissible pour don.

Par contre, dans une situation où le donateur et le donataire décidaient, par convention, de restreindre le droit de l'organisme public de bienfaisance de demander le rachat des actions privilégiées de gel à la suite du don, par exemple, si la société craint de ne pas disposer des liquidités requises pour le rachat des actions ou si elle a d'autres projets à financer, une telle limitation

pourrait avoir une incidence sur la détermination de la JVM des actions qui font l'objet du don[44].

1.7.3. Exemple 10 : don d'actions cristallisées à un organisme public de bienfaisance et souscription d'une assurance vie

Reprenons l'exemple de M^me^ L'Heureux qui désire faire un don substantiel à une fondation publique avec qui elle n'a aucun lien de dépendance, de même qu'avec les administrateurs, fiduciaires, cadres ou représentants semblables de la fondation.

La stratégie suivante pourrait lui être suggérée :

1) don immédiat de ses actions cristallisées à la fondation publique et rachat des actions données au décès de M^me^ L'Heureux.

Ce don n'entraînerait aucun impôt à payer et lui permettrait de bénéficier d'un crédit d'impôt pour don de 241 100 $ (en supposant que le montant admissible du don est de 500 000 $).

2) M^me^ L'Heureux pourrait prêter une portion de cette économie d'impôts à Holdco afin qu'elle souscrive à une police d'assurance d'un montant de 500 000 $ sur sa vie.

En supposant que M^me^ L'Heureux est une femme de 60 ans, non-fumeuse et en bonne santé, le coût de l'assurance serait d'environ 33 000 $ par année pendant cinq ans. Au décès, la société recevrait un produit d'assurance de 582 000 $[45] qui servirait à financer le rachat des actions privilégiées de catégorie A détenues par la fondation publique à la suite du décès de M^me^ L'Heureux. L'excédent du produit de l'assurance vie (582 000 $) sur son coût de base rajusté (ci-après « CBR ») (0 $) s'ajouterait

---

44 Pour de plus amples renseignements sur les facteurs à prendre en considération dans l'évaluation d'actions privilégiées d'une société privée, nous vous référons au texte de M. Richard M. WISE intitulé : « Valuing Private-Company Preferred Shares », qui est disponible sur le site Internet de la Fondation de la Communauté juive de Montréal (en ligne : http://www.jcfmontreal.org/valuingpreferredshares.pdf.).

45 En l'espèce, le montant des dépôts est établi de façon à procurer des valeurs de rachat qui serviront à payer le coût d'assurance jusqu'à l'âge de 100 ans compte tenu d'un taux de rendement projeté de 4 %. L'espérance de vie de M^me^ L'Heureux étant de 86 ans, les valeurs de rachat s'élèvent ainsi à 82 000 $.

au CDC de Holdco[46]. Toutefois, étant donné que la fondation publique ne paie pas d'impôt, il n'y aurait pas lieu d'utiliser le CDC de la société lors du rachat des actions.

Le résultat est le suivant :

	Décès sans don ($)	Décès avec don et assurance vie ($)
JVM des actions détenues au décès	1 500 000	1 000 000
Impôts à payer sur les actions détenues au décès	(241 100)	(241 100)
Avantage fiscal net dû au don	Ø	241 100
Encaissement du produit de l'assurance vie	Ø	582 000
Coût de l'assurance vie	Ø	(165 000)
Rachat des actions détenues par la fondation publique	Ø	(500 000)
Augmentation de la JVM des actions ordinaires	Ø	500 000
	1 258 900	1 417 000

Par ailleurs, il reste dans la société un CDC de 582 000 $ qui pourrait être utilisé pour réduire les impôts à payer sur l'augmentation de valeur des actions ordinaires de la société. Enfin, le tableau ne tient pas compte du rendement réalisé sur le montant de l'avantage fiscal qui n'a pas servi à financer le coût de l'assurance vie (c'est-à-dire le rendement sur une somme de 76 100 $).

1.7.4. Exemple 11 : don d'actions cristallisées à un organisme public, avec contrepartie

Continuons avec l'exemple de M^me^ L'Heureux, mais supposons qu'en contrepartie du don des actions cristallisées, la fondation publique remet un billet à terme de 300 000 $ à M^me^ L'Heureux. Le montant de ce billet

46 Par. 89(1) « compte de dividendes en capital » L.I.R.

pourrait être plus élevé, pourvu que le montant de la contrepartie reçue par le donateur (son avantage) n'excède pas 80 % de la valeur du don.

Tel qu'il est mentionné précédemment, le don par M^me^ L'Heureux de ses 100 actions de catégorie A de Holdco n'entraînerait aucun impôt à payer et lui permettrait de bénéficier d'un crédit d'impôt pour don égal à la JVM des actions données moins le montant de tout avantage relatif au don. Dans le cas présent, puisque la fondation publique remet un billet payable à terme de 300 000 $ à M^me^ L'heureux, le montant admissible du don serait de 200 000 $ (500 000 $ moins 300 000 $), ce qui représente un avantage qui n'excède pas 80 % de la valeur du don.

	Don des actions cristallisées
	($)
JVM des actions données	500 000
Moins : PBR des actions données	500 000
Gain en capital	Ø
Moins : crédit d'impôt pour don (200 000 $ × 0,4822)	(96 440)
Avantage fiscal net dû au don	(96 440)

À la suite du don, la société privée rachèterait les actions détenues par la fondation publique. La fondation publique recevrait la somme de 500 000 $ et acquitterait le billet payable à terme de 300 000 $ dû au donateur.

Le coût net après impôt du don de 200 000 $ serait le suivant :

	($)
JVM des actions données	500 000
Avantage reçu au titre du don	(300 000)
Montant admissible du don	200 000
Avantage fiscal net dû au don	(96 440)
Coût net du don après impôt	103 560

En termes de liquidités, voici le résultat :

	Sans don ($)	Avec don ($)
Liquidités de l'actionnaire :		
Billet	Ø	300 000
Avantage fiscal net dû au don	Ø	96 440
Liquidités de la société	500 000	167 000*
Montant remis à la fondation publique	Ø	200 000

* Correspond au montant arrondi de son remboursement au titre de dividendes en raison du rachat des actions détenues par la fondation publique

1.7.5. Exemple 12 : don d'actions de gel d'une société privée qui a un solde d'IMRTD à un organisme public de bienfaisance

M^me^ Poulin détient des actions privilégiées de gel de Holdco, une société de placements.

Le PBR et le CV des actions privilégiées de gel de M^me^ Poulin sont nuls alors que leur JVM est de 1 M$. Par ailleurs, Holdco a un solde d'IMRTD de 100 000 $.

Afin de récupérer son IMRTD, la société pourrait évidemment verser un dividende imposable de 300 000 $ à M^me^ Poulin ou racheter des actions détenues par cette dernière. Par contre, si M^me^ Poulin n'a pas besoin de liquidités et que par ailleurs elle souhaite avantager l'organisme public de bienfaisance qu'elle soutient depuis plusieurs années, il pourrait lui être suggéré de faire un don d'actions privilégiées de gel à l'organisme en question, suivi d'un rachat par la société des actions données :

	Don d'actions privilégiées de gel *
	($)
JVM des actions données	300 000
Moins : PBR des actions données	Ø
Gain en capital	300 000
Gain en capital imposable	150 000
Impôt sur le gain en capital (48,22 %)	72 330
Moins : crédit d'impôt pour don (300 000 $ × 0,4822)	(144 660)
Avantage fiscal net dû au don	(72 330)
Remboursement au titre de dividendes	(100 000)
Coût net du don	127 670

* En supposant que leur PBR et leur CV sont nuls.

En termes de liquidités, voici le résultat :

	Sans don	Don des actions privilégiées
	($)	**($)**
Montant versé lors du rachat	300 000	Ø
Impôt sur le dividende non déterminé (× 36,35 %)	(109 050)	Ø
Remboursement au titre de dividendes	100 000	100 000
Avantage fiscal net dû au don	Ø	72 330
	290 950	172 330

1.7.6. Exemple 13 : don d'une somme d'argent financé par un rachat d'actions d'une société privée qui a un solde d'IMRTD

L'actionnaire d'une société privée qui a un solde d'IMRTD peut financer le don qu'il désire effectuer à l'organisme de bienfaisance de son

choix par le biais d'un dividende de sa société privée ou un rachat de ses actions.

Selon que la société privée a ou non un compte de revenu à taux général (ci-après « CRTG ») à la fin de son année d'imposition, les impacts pour un actionnaire qui voudrait donner 100 000 $ à l'organisme de son choix seraient les suivants :

a) Dividende non déterminé

Un montant d'environ 157 110 $ devra être distribué à l'actionnaire sous forme de dividende non déterminé afin de lui permettre de verser la somme de 100 000 $ à l'organisme de bienfaisance :

Distribution de liquidités à l'actionnaire

	($)
Dividende non déterminé versé à l'actionnaire	157 110
Taux d'imposition marginal le plus élevé – dividende non déterminé versé après le 23 mars 2006	36,35 %
Impôt à payer	57 110
Montant net après impôt	100 000

Liquidités distribuées	157 110
Impôt sur le dividende non déterminé	57 110
Moins : crédit d'impôt pour don (100 000 $ × 0,4822)	(48 220)
Impôt net	8 890
Remboursement au titre de dividendes (maximal)	(52 370)
Coût net du don	56 520

Depuis le 23 mars 2006, en raison de l'augmentation du taux d'imposition applicable à un dividende non déterminé, il y a un coût net d'impôt de 3,02 % pour l'actionnaire qui reçoit un tel dividende d'une société afin de lui permettre de récupérer son IMRTD. Dans le cas présent, l'actionnaire paie un impôt de 57 110 $ sur le dividende non déterminé de 157 110 $ alors que la société peut récupérer un montant maximal de 52 370 $. Bien que le crédit d'impôt pour don (48 220 $) ne soit pas suffisant pour éponger les impôts à payer sur le dividende non déterminé (57 110 $), il

n'en demeure pas moins que le remboursement au titre de dividendes de la société aura permis de réduire le coût du don pour l'actionnaire.

b) Dividende déterminé

Un montant d'environ 142 227 $ devra être distribué à l'actionnaire sous forme de dividende déterminé afin de lui permettre de verser la somme de 100 000 $ à l'organisme de bienfaisance :

Distribution de liquidités à l'actionnaire

	($)
Dividende déterminé versé à l'actionnaire	142 227
Taux d'imposition marginal le plus élevé – dividende déterminé versé après le 23 mars 2006	29,69 %
Impôt à payer	42 227
Montant net après impôt	100 000

Liquidités distribuées	142 227
Impôt sur le dividende déterminé	42 227
Moins : crédit d'impôt pour don (100 000 $ × 0,4822)	(48 220)
Impôt net	(5 993)
Remboursement au titre de dividendes (maximal)	(47 409)
Coût net du don	46 598

Puisque le taux d'imposition marginal supérieur applicable à un dividende déterminé est maintenant de 29,69 % au Québec (après le 23 mars 2006), il y a clairement un avantage à verser un dividende déterminé à un actionnaire pour permettre à la société de récupérer son IMRTD et, par le fait même, réduire le coût net d'un don d'argent financé à même le versement d'un dividende déterminé.

1.8. DON PAR TESTAMENT D'ACTIONS D'UNE SOCIÉTÉ PRIVÉE

Dans l'année de son décès, un particulier peut demander un crédit d'impôt pour don pour le montant admissible des dons effectués au cours de l'année avant le décès et des dons par testament[47].

Le montant demandé correspond au moindre de :

a) 100 % du revenu net de la personne décédée pour l'année du décès[48] (aucune limite n'est applicable pour l'année du décès); et

b) le montant admissible des dons effectués dans l'année du décès et des dons par testament, additionné de la partie inutilisée des montants admissibles des dons effectués dans les cinq années précédant l'année du décès.

Tout montant non demandé dans l'année du décès peut être réclamé dans les déclarations de revenus de la personne décédée de l'année d'imposition qui précède celle du décès[49].

Les règles prévues au paragraphe 248(35) L.I.R. visant à limiter la JVM des actions données d'une société privée à leur PBR, aux fins de la détermination du montant admissible pour don, ne s'appliquent pas si les actions sont données par suite du décès du donateur.

Comme les actions d'une société privée représentent souvent une partie importante du patrimoine des gens d'affaires, le don de ces actions peut s'avérer une stratégie particulièrement intéressante.

1.8.1. Exemple 14 : don d'actions d'une société privée au décès financé par l'assurance vie

M^me^ Thomas, 55 ans, détient des actions privilégiées de gel de sa société privée, Gesco, dont la valeur de rachat est de 2 000 000 $. Le PBR et le CV des actions sont nominaux. Les actions ordinaires sont détenues par une fiducie dont ses enfants sont bénéficiaires. Son testament prévoit qu'à son

---

47 Par. 118.1(4) L.I.R.; art. 752.0.10.9 L.I.

48 Par. 118.1(1) « total des dons » L.I.R.; art. 752.0.10.1 « total des dons de bienfaisance » L.I.

49 *Id*.

décès, ses actions seront transférées à son conjoint, âgé de 55 ans. Au décès du dernier conjoint, l'impôt à payer résultant de la disposition réputée des actions de gel sera de 482 000 $ (2 M$ × 24,1 %).

M. et M^me^ Thomas désirent faire un don de 1 M$ à l'Université de Montréal au décès du dernier conjoint. Pour ce faire, ils pourraient léguer des actions de gel à l'Université ayant une valeur de rachat de 1 M$ $. Pour financer le don, Gesco acquiert une police d'assurance vie conjointe payable au dernier décès. Gesco est titulaire et bénéficiaire de la police. En déposant 16 400 $ par année pendant 10 ans, le capital-décès s'élèverait à 1 088 000 $[50] à leur espérance de vie conjointe (dans 34 ans) compte tenu d'un taux de rendement projeté de 4 %. Le capital-décès est versé libre d'impôt à Gesco. Le liquidateur transfèrerait la propriété de 1 000 000 $ d'actions privilégiées à l'Université à la suite du dernier décès. Le produit de l'assurance reçu par Gesco serait alors utilisé pour racheter les actions détenues par l'Université. Toutefois, comme l'Université ne paie pas d'impôt, il n'y aurait pas lieu d'utiliser le CDC de la société lors du rachat des actions. Gesco disposerait donc d'un crédit au CDC de 1 088 000 $ (le CBR de la police d'assurance vie étant égal à 0) lequel pourra être utilisé pour verser des dividendes libres d'impôt aux héritiers. Par ailleurs, la succession pourrait transférer sans impôt le reste de ses actions privilégiées de gel à une nouvelle société en échange d'un billet de 1 M$.

Le don permet d'éliminer l'impôt à payer au décès sur les actions privilégiées.

Impôt sur le gain en capital	2 M$ × 24,1 %	482 000 $
Crédit pour don	1 M$ × 48,2 %	482 000 $
Impôt net		0 $

Les héritiers, quant à eux, se retrouvent avec un billet de 1 M$ provenant des actions privilégiées restantes (en présumant que la « technique du pipeline » a été utilisée afin d'éliminer la double imposition) et un solde du produit de l'assurance de 88 000 $. Par ailleurs, la valeur marchande des actions ordinaires est augmentée de 1 M$ en raison du rachat des actions privilégiées. Par contre, il faut tenir compte du « coût » de la police d'assurance vie. En présumant un coût des fonds de 4 % net, Gesco aurait pu

[50] *Supra*, note 45.

accumuler environ 500 000 $ en 34 ans. Ainsi, la valeur aux héritiers passe de 1 518 000 $ (2 000 000 $ – 482 000 $) à 1 588 000 $ tout en procurant un crédit au CDC de 1 088 000 $.

En résumé :

	Sans don	**Avec don**
Montant net aux héritiers	1 518 000 $	1 588 000 $
Montant net au fisc	482 000 $	0 $
Montant net à l'Université	0 $	1 000 000 $

Au lieu de léguer les actions privilégiées, M. et M^{me} Thomas auraient pu simplement léguer une somme de 1 M$ et financer le legs par une police d'assurance vie détenue par Gesco. Le résultat aurait été le même. Par contre, le CDC aurait été utilisé pour transférer les fonds à la succession. De plus, en laissant la possibilité au liquidateur de choisir les biens transférés à l'Université, la succession pourrait réduire son fardeau fiscal si le défunt détient à son décès des titres négociables qui comportent un gain latent.

2. DON D'ASSURANCE VIE

Le don d'une police d'assurance vie peut s'avérer une méthode très efficace pour effectuer un don important. Un legs testamentaire de 50 000 $ est certes intéressant pour l'organisme de bienfaisance. Cependant, si cette somme avait plutôt été utilisée pour provisionner un contrat d'assurance vie, le don ultime à l'organisme aurait pu être quintuplé.

Le type de police utilisé variera selon les circonstances. Généralement, il s'agira de polices d'assurance vie permanente de type Vie Universelle ou Vie Entière, lesquelles comporteront ou non des valeurs de rachat. Dans certains cas, les organismes de bienfaisance exigeront que les primes d'assurance soient payées sur une période n'excédant pas 7 ou 10 ans lorsqu'ils sont titulaires du contrat. Ainsi, le risque de déchéance est moins élevé, et si le donateur cesse de payer les primes, les valeurs de rachat accumulées peuvent être utilisées afin de libérer un capital-décès moindre. Certains assureurs ont mis au point des produits d'assurance vie (sans

examen médical et à capital-décès libéré garanti) spécifiquement destinés aux donateurs[51].

Alors qu'un particulier ou une société par actions optent pour une police d'assurance vie exonérée tel qu'elle est définie au paragraphe 12.2(1) L.I.R. et à l'article 306 du *Règlement de l'impôt sur le revenu*[52] afin de bénéficier de l'accumulation à l'abri de l'impôt, un organisme de bienfaisance pourrait être titulaire d'une police non exonérée car celui-ci n'est pas assujetti à l'impôt[53]. Ainsi, le donateur serait en mesure de provisionner la police avec un seul dépôt sans avoir à se soucier du statut fiscal de la police. Alors qu'à première vue un organisme de bienfaisance peut être indifférent à la détention d'un contrat exonéré ou non exonéré, il est possible que le statut fiscal de la police affecte son contingent des versements (sujet dont il sera question plus loin dans le texte).

2.1. STRUCTURES D'ASSURANCE

Plusieurs structures peuvent être utilisées afin de financer un organisme de bienfaisance à l'aide d'une assurance vie. Les résultats fiscaux diffèrent de beaucoup selon la méthode choisie :

- nouvelle police détenue par l'organisme;
- transfert d'une police existante à l'organisme;
- organisme désigné bénéficiaire;
- legs testamentaire financé par la police.

Notons au départ que si un donateur cède un contrat d'assurance vie existant à un organisme de bienfaisance ou que cet organisme souscrit un contrat sur la tête du donateur, les primes payées par le donateur seront considérées comme un don de bienfaisance[54]. Par contre, si le donateur

---

51 Voir « Le programme d'assurance vie de bienfaisance » : (en ligne : http://www.charitylifedirect.com.).

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

53 Al. 149(1)f) L.I.R.

54 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-244R3, « Dons par des particuliers de polices d'assurance-vie comme dons de charité », 1er janvier 1995.

demeure titulaire du contrat mais désigne l'organisme à titre de bénéficiaire, ou encore le fait par voie testamentaire, il n'a pas d'allégement fiscal immédiat pour les primes versées, mais le donateur a droit à un crédit d'impôt pour don dans sa déclaration de revenus finale, basé sur le capital-décès payé à l'organisme[55].

2.1.1. Nouvelle police d'assurance vie détenue par l'organisme de bienfaisance

Un organisme de bienfaisance peut acquérir un contrat d'assurance couvrant la vie du donateur et se nommer bénéficiaire. Puisque l'organisme n'a pas d'intérêt assurable à l'égard du donateur, il doit obtenir son consentement préalable. Généralement, il s'agit d'une formalité mineure. Souvent, lorsqu'il s'agit d'une nouvelle police acquise pour fins de bienfaisance, la proposition d'assurance et le titulaire initial seront au nom du donateur (afin de faciliter le processus administratif). Lorsque la police sera émise, le donateur effectuera un changement de titulaire et de bénéficiaire en faveur de l'organisme. Il est important de noter que les primes payées avant le transfert de propriété ne se qualifient pas à titre de don (car l'organisme n'était pas titulaire du contrat à ce moment). Il est donc recommandé de prendre les mesures appropriées (versement minimum avant le transfert) afin de maximiser le montant du don.

Dans la mesure où le donateur continue à verser les primes à l'égard de la police détenue par l'organisme de bienfaisance, il aura droit à un crédit d'impôt (ou à une déduction, s'il s'agit d'une société par actions) pour le montant versé. Les primes peuvent être versées à l'organisme, qui les transmet à l'assureur. Les primes peuvent également être payées par le donateur directement à la compagnie d'assurance à la demande du donataire ou avec son accord[56]. Le fait que le donateur effectue une contribution en espèces à un donataire et précise qu'elle doit servir à payer les primes d'une police d'assurance vie n'empêche pas la contribution de se qualifier comme don[57].

L'un des désavantages d'opter pour la détention du contrat d'assurance par l'organisme de bienfaisance est le fait que le donateur ne pourra modifier le bénéficiaire ultime de son don. S'il choisit aujourd'hui l'Hôpital Sainte-

---

55 Al. 118.1(5.1)a) L.I.R.

56 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 54, par. 2.

57 *Id.*

Justine, il ne pourra par la suite modifier son choix pour HEC Montréal. Les donateurs préfèrent souvent avoir un crédit d'impôt pour les primes versées, mais aimeraient avoir plus de souplesse quant au bénéficiaire ultime du don. Une des solutions à ce problème consiste à privilégier une fondation communautaire (par exemple, la Fondation du Grand Montréal ou la Fondation communautaire du grand Québec) à titre de titulaire et de bénéficiaire de la police d'assurance vie. Une fondation communautaire recueille des fonds de dotation permanents, en assure la gestion et en distribue les revenus à des donataires reconnus. Ainsi, la police d'assurance vie pourrait être détenue par la fondation communautaire, qui serait le titulaire et le bénéficiaire. Par contre, dans l'entente conclue avec la fondation communautaire, le donateur pourrait demander que les fonds soient distribués à l'Hôpital Sainte-Justine. À une date ultérieure, il pourrait réviser son entente avec la fondation et demander que les fonds soient distribués à HEC Montréal.

Généralement, lorsqu'un organisme de bienfaisance est titulaire et bénéficiaire d'un contrat d'assurance vie, le donateur doit lui procurer une lettre de stipulation de 10 ans afin d'éviter que le don soit inclus dans le calcul de son contingent des versements[58].

2.1.2. Transfert d'une police existante à l'organisme de bienfaisance

En cas de cession absolue d'un contrat à un organisme de bienfaisance, le cédant est réputé avoir fait un don égal à la valeur du contrat. Dans la mesure où la valeur du contrat excède son CBR, il y a gain sur le contrat et inclusion dans le revenu du donateur à la suite du don[59].

Quelle « valeur » peut-on attribuer à la police? La position de l'ARC est la suivante :

> « […] le montant du don de charité correspond à la valeur de la police (c.-à-d., la fraction de la valeur de rachat de la police au moment de la cession absolue qui excède tout prêt sur police d'assurance impayé) avec tous les dividendes et les intérêts accumulés cédés en même temps. Si la police n'a aucune valeur, le transfert ne constitue pas un don de charité, mais les dons des primes subséquentes seront considérés comme des dons de charité[60]. […] »

---

58 Voir la section 2.1.6.

59 Par. 148(1) L.I.R.

60 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 54, par. 3.

L'ARC a réitéré sa position dans une lettre d'interprétation[61]. On lui avait demandé si la valeur actuelle du capital-décès pouvait faire l'objet d'un reçu. L'ARC a répondu par la négative et a indiqué que la position adoptée dans le *Bulletin d'interprétation* IT-244R3[62] demeurait inchangée. Si le contrat n'a pas de valeur de rachat, il n'y a pas de don de bienfaisance lors du transfert, mais le paiement des primes ultérieures est admis comme don de bienfaisance. Une augmentation de la valeur de rachat à la suite du paiement de primes ultérieures n'influe pas sur le statut de la donation une fois que le contrat a fait l'objet d'une cession absolue. Cependant, le remboursement d'une avance sur contrat après la cession donne au donateur droit à un crédit d'impôt pour le montant remboursé[63].

Dans une récente lettre d'interprétation datée du 17 mai 2006[64], l'ARC confirme cette pratique administrative à l'égard d'un contrat d'assurance de type temporaire à 100 ans (T100) sans valeur de rachat. Dans le cas visé, le cédant était titulaire du contrat depuis de nombreuses années. Dans sa lettre, l'ARC citait textuellement le *Bulletin d'interprétation* IT-244R3 et ajoutait que, à son avis, l'augmentation de la valeur de rachat du contrat à la suite du versement des primes ultérieures n'a pas d'incidence sur le montant du don après la cession absolue du contrat.

Cette position semble contredire un avis antérieur de l'ARC au sujet de la valeur d'une T100 n'ayant aucune valeur de rachat avant la 20^{e} année d'assurance. L'ARC répondait alors à une question sur la valeur de ce contrat lorsqu'il est cédé par une société à un employé ou à un actionnaire au cours de la 19^{e} année d'assurance.

---

61 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2000-0054467, 19 décembre 2000.

62 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 54.

63 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 61.

64 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2006-0168591E5, 17 mai 2006.

Dans une interprétation technique datée du 28 juin 1989[65], l'ARC énumérait les facteurs suivants comme critères d'évaluation de l'avantage que représente, pour un employé ou un actionnaire, le contrat d'assurance cédé en sa faveur :

- l'âge et l'état de santé de l'assuré;
- l'option d'assurance libérée du contrat;
- la valeur de rachat du contrat des dernières années (réputée s'être accumulée depuis les premières années); et
- le montant total des primes versé par la société pour ce contrat jusqu'à la date du transfert[66].

Il est vrai que l'ARC se prononçait alors du point de vue de l'avantage conféré à un employé ou à un actionnaire. Toutefois, si ces facteurs doivent servir à établir la valeur d'un contrat lorsqu'ils sont vraisemblablement défavorables au contribuable, ne devrait-on pas en tenir compte aussi lorsqu'ils peuvent lui être favorables?

Au moins, l'ARC semble disposée à reconsidérer la question dans le contexte qui nous intéresse, puisqu'elle termine sa récente lettre susmentionnée en disant qu'elle n'a pas encore eu l'occasion de revoir sa position énoncée à l'article 3 du *Bulletin d'interprétation* IT-244R3 en ce qui concerne la valeur d'un contrat d'assurance vie donné par son titulaire à une œuvre de charité.

2.1.3. Désignation de bénéficiaire en faveur d'un organisme de bienfaisance

Si le donateur souscrit un contrat d'assurance vie et désigne un organisme de bienfaisance comme bénéficiaire, les primes versées ne lui

---

65 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 5-8067, 28 juin 1989.

66 *Id*. De plus, l'ARC reprend ces critères dans : AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 89-3, « Exposé des principes sur l'évaluation de biens mobiliers », 1er janvier 1995, par. 40 et AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-416R3, « Évaluation des actions d'une corporation qui touche le produit d'une assurance-vie au décès d'un actionnaire », 1er janvier 1995, par. 4 et 5.

donnent pas droit à un crédit d'impôt pour don. Cependant, le liquidateur peut réclamer le crédit dans la déclaration finale du défunt pour le capital-décès versé à l'organisme[67]. Avant le dépôt du Budget fédéral de 2000[68], ce type d'arrangement ne permettait pas de reconnaître le don ni du vivant du donateur, ni à son décès. L'ajout du paragraphe 118.1(5.1) L.I.R. s'applique aux décès survenant après 1998.

Notons toutefois que pour que le donateur puisse bénéficier du crédit, la police d'assurance vie devait couvrir la vie du particulier immédiatement avant son décès[69]. Ainsi, un particulier qui détient une police d'assurance sur la vie de sa mère ne pourrait bénéficier du crédit d'impôt pour don au moment du décès de sa mère même s'il fait une désignation de bénéficiaire en faveur d'un donataire reconnu.

L'un des avantages de cette méthode est que le donateur peut conserver la propriété de son contrat et effectuer tout changement de bénéficiaire s'il le désire (il s'agit par contre d'un désavantage du point de vue de l'organisme). Par ailleurs, le capital-décès est versé directement au bénéficiaire sans transiter par la succession, ce qui permet d'éviter les créanciers de la succession. Le crédit pour don pourra être utilisé pour réduire l'impôt à payer par ailleurs généré par ses régimes enregistrés et par la disposition réputée de ses biens puisque le crédit d'impôt pour don peut être utilisé dans l'année du décès et l'année précédente sans égard à la limite de 75 % du revenu.

Dans le cadre de la Table ronde sur la politique fiscale tenue le 6 mai 2003 par la Conference for Advanced Life Underwriting (ci-après « CALU »)[70], l'ARC a analysé la question des désignations de bénéficiaire irrévocable en faveur d'un organisme de bienfaisance lorsque le titulaire continue de détenir le contrat. À son avis, lorsqu'un titulaire de contrat désigne un donataire reconnu bénéficiaire irrévocable d'un contrat d'assurance vie, les primes payées par le donateur ne constituent pas un don de bienfaisance. Autrement dit, une désignation de bénéficiaire irrévocable ne peut servir de solution de rechange au don véritable du contrat, effectué au moyen du transfert de la propriété de celui-ci à l'organisme de

---

67 Par. 118.1(5.1) L.I.R. et art. 752.0.10.10.2 L.I.

68 CANADA, ministère des Finances, *Le plan budgétaire de 2000*, 28 février 2000.

69 Al. 118.1(5.1)a) L.I.R.

70 « Table ronde 2003 de la CALU sur la politique fiscale », dans *CALU Report,* Conference for Advanced Life Underwriting, 6 mai 2003.

bienfaisance. De plus, l'ARC a indiqué que si un organisme de bienfaisance est désigné bénéficiaire irrévocable, le capital-décès reçu par le donataire ne sera pas réputé être un don de bienfaisance donnant droit au crédit d'impôt pour don. En effet, la condition prévue au paragraphe 118.1(5.1) L.I.R., voulant qu'immédiatement avant le décès de l'intéressé, son consentement aurait été nécessaire pour changer le bénéficiaire du capital-décès, ne serait pas remplie[71].

À la suite de nombreuses représentations, l'ARC a révisé sa position sur ce dernier point. Elle est maintenant d'avis qu'une telle désignation permettrait au capital-décès d'être admissible au crédit d'impôt pour don de bienfaisance dans l'année du décès[72].

2.1.4. Legs testamentaire financé par une police d'assurance vie

Un particulier peut léguer le produit d'une assurance vie par testament. Il conserve la propriété de son contrat d'assurance, nomme ses ayants droit à titre de bénéficiaire et fait un legs spécifique d'un montant égal au produit de l'assurance. Le donateur ne bénéficiera pas du crédit d'impôt pour les primes versées, mais le crédit (basé sur le montant du legs) sera disponible pour réduire l'impôt à payer dans sa déclaration de revenus finale.

Alors que le produit de l'assurance devra transiter par la succession, cette méthode a l'avantage majeur d'offrir beaucoup plus de souplesse et de permettre de bénéficier d'avantages fiscaux additionnels. Prenons l'exemple d'un particulier qui décède alors qu'il détient une police d'assurance vie de 100 000 $ dont ses ayants droit sont bénéficiaires, un fonds enregistré de revenu de retraite (ci-après « FERR ») de 200 000 $ et un portefeuille de titres cotés en Bourse de 100 000 $ dont le PBR s'élève à 40 000 $. Son testament prévoit un don de 100 000 $ à la Fondation de l'Institut de Cardiologie de Montréal. En vertu des pouvoirs qu'il a conférés à son liquidateur, ce dernier peut choisir les biens qui seront utilisés pour effectuer ce don. Ainsi, plutôt que de remettre le produit de l'assurance à la Fondation, le liquidateur pourrait remettre le portefeuille de titres et ainsi éliminer l'impôt sur le gain en capital généré par la disposition réputée de son

---

71 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2003-0004315, mai 2003.

72 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2004-0065451C6, 4 mai 2004.

portefeuille de titres, soit une économie d'impôts additionnelle de près de 14 500 $ (24,11 % du gain de 60 000 $).

Un particulier peut également financer un legs testamentaire à un donataire reconnu à l'aide d'une police d'assurance vie détenue par sa société par actions. Ainsi, le don lui procurera un crédit d'impôt personnellement (dans sa dernière déclaration) alors que des fonds de la société seront utilisés pour financer ce don. Cette stratégie est illustrée à l'exemple 14 décrit précédemment.

2.1.5. Assurance vie à propriété partagée

Deux ou plusieurs personnes peuvent être propriétaires d'une police d'assurance vie et en partager les coûts et les bénéfices. Dans le cadre d'une entente, une partie (le propriétaire du capital-décès) détient la composante assurance, en paie les primes et désigne un bénéficiaire du capital assuré. L'autre partie (propriétaire de la valeur de rachat) détient la composante placements de la police et verse des dépôts dans les comptes de placements, qui s'accumulent à l'abri de l'impôt dans la mesure où il s'agit d'une police d'assurance vie exonérée. Les valeurs accumulées seront versées au bénéficiaire désigné par le propriétaire des valeurs de rachat au décès de la personne assurée.

Cette stratégie peut s'avérer très efficace dans le cadre d'un don planifié. L'organisme de bienfaisance est titulaire et bénéficiaire du capital assuré (la composante assurance) et le donateur conserve la propriété des valeurs de rachat. Les primes versées par le donateur à l'égard de la composante assurance sont-elles reconnues à titre de don?

Jusqu'à tout récemment, l'ARC ne reconnaissait pas le don, car le donateur bénéficiait d'une partie des avantages prévus au contrat[73]. Avec l'introduction du nouveau paragraphe 248(30) L.I.R., qui prévoit qu'un donateur peut recevoir un avantage en contrepartie du don, l'ARC est maintenant disposée à considérer qu'une telle situation pourrait donner lieu à un don. Toutefois, elle ne donne pas de détails supplémentaires.

---

[73] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9335905, 6 juin 1994 et AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 62, par. 1.

Le premier commentaire à ce sujet faisait partie d'une question posée lors de la Table ronde sur les politiques fiscales tenue par la CALU le 6 mai 2003[74]. Il a été alors demandé à l'ARC si elle comptait publier des directives générales pour aider les titulaires et les organismes de charité à déterminer si une convention prévoyant la répartition des prestations d'assurance vie entre l'organisme et le donateur devait être considérée comme un don de charité et comment serait déterminée la valeur du don. Le représentant de l'ARC a répondu que certains arrangements pouvaient donner lieu à un don de bienfaisance. Cependant, il n'a pu fournir de directives, chaque arrangement devant être examiné individuellement. Il est allé jusqu'à dire que de tels arrangements donnant lieu à un don seraient conformes à l'esprit de la loi proposée sur les reçus de don pour une partie de la valeur[75].

La seconde demande d'interprétation portait sur une convention de partage de propriété en vertu de laquelle un contrat d'assurance vie était détenu conjointement par un particulier (l'assuré) et un organisme de bienfaisance. En vertu d'une telle convention, le particulier paie toutes les primes du contrat, il a accès à la valeur de rachat du contrat et a le droit de désigner un bénéficiaire pour la portion valeur de rachat du contrat. L'organisme de bienfaisance est, pour sa part, bénéficiaire de la portion capital-décès du contrat. Dans la lettre, il a été demandé si, dans un tel cas, un reçu pour don serait émis et, le cas échéant, quel en serait le montant. L'ARC a émis les commentaires suivants :

> « […] To determine whether in a particular situation any portion of the premiums paid by an individual would qualify as a charitable gift, it would be necessary to demonstrate that the charity has a premium obligation under the policy and that this premium relates exclusively to the benefits under the policy that will accrue to the charity. Also, since there may me some cost reduction by virtue of having a single policy from what would be the premium obligation if two separate policies were issued, it would seem that this saving should be taken into account. Therefore, absent a review of the particular arrangement, we are not in a position to confirm that the calculation of the amount of the gift, if any, is simply the excess of the annual premium over the cost of pure insurance for the year[76]. »

---

74 « Table ronde 2003 de la CALU sur la politique fiscale », *loc. cit.*, note 70.

75 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2003-0043, mai 2003.

76 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2003-0004115, 2 juin 2003.

Bien que l'ARC soit disposée à considérer que les conventions de partage de propriété peuvent donner lieu à un don de bienfaisance, le partage de la prime en vertu d'une convention à cet effet relève davantage de l'art que de la science. Une attention particulière devra être accordée afin de partager équitablement le dépôt total.

2.1.6. Assurance vie et contingent des versements

Avant de traiter avec des organismes de bienfaisance, il faut connaître certaines de leurs obligations, dont la plus importante est généralement appelée « contingent des versements ». Les règles à cet égard ont été adoptées pour que les organismes de bienfaisance versent à des activités de bienfaisance une juste proportion de leur revenu annuel, pour laquelle ils délivrent des reçus[77]. Les règles varient selon la catégorie de l'organisme et les dons de contrats d'assurance peuvent parfois poser des problèmes.

Les règles sont relativement simples dans le cas d'une œuvre de bienfaisance ou d'une fondation publique. L'organisme doit engager des dépenses qui représentent au moins 80 % des dons qui lui ont été faits et pour lesquels elle a émis un reçu l'année précédente[78]. Cette règle, généralement appelée « règle des 80 % », comporte plusieurs exceptions. Sont exclues les sommes reçues au titre d'un legs, d'un héritage ou d'une désignation directe de bénéficiaire en vertu d'un régime enregistré épargne retraite (ci-après « REÉR »), d'un FERR ou d'un contrat d'assurance vie, tout comme le sont les « dons désignés » – dons provenant du capital d'un autre organisme de bienfaisance. Est également exclu un don pour lequel le donateur stipule qu'il ne peut être utilisé pendant au moins 10 ans. Dans ce cas, l'organisme de bienfaisance peut émettre un reçu, mais n'est pas tenu de prendre en compte le montant du don dans le calcul de ses versements obligatoires. Cette disposition est généralement appelée « règle de stipulation de 10 ans ».

Lorsqu'un donateur verse la prime d'une police d'assurance détenue par l'organisme de bienfaisance, il est important qu'il indique que son don ne peut être utilisé pendant une période d'au moins 10 ans afin que le montant de la prime soit exclu de son contingent de versement.

La forme que pourrait prendre cette exigence est comme suit :

---

77 Par. 149.1(2) L.I.R.

78 Par. 149.1(1) « contingent des versements » L.I.R.

Date

Destinataire : Organisme de bienfaisance
Adresse

Objet : Organisme de bienfaisance XYZ (ci-après appelé « l'organisme »)

Je vous informe que j'ai l'intention de provisionner les primes du contrat d'assurance vie n° XXX établi par ZZZ, compagnie d'assurance vie, qui permettra à l'organisme de bienfaisance susmentionné de recevoir le produit de cette assurance à mon décès.

Il est entendu que ce don est soumis aux conditions suivantes :

1. De mon vivant et pendant les X prochaines années (ou ma vie durant), je remettrai à l'organisme un montant de XXX $ par an qui devra être affecté au provisionnement du contrat d'assurance vie susmentionné.
2. L'organisme sera à la fois titulaire et bénéficiaire du contrat.
3. Il reviendra à l'organisme de gérer comme il se doit les fonds placés dans le contrat (le cas échéant).
4. Le montant remis à titre de don indiqué au paragraphe 1, le contrat d'assurance vie et tout produit y afférent, ou tout bien substitué à ces biens, doivent être détenus par l'organisme pendant une période d'au moins 10 ans.

> On devrait se demander s'il est avantageux pour l'organisme de bienfaisance de détenir le produit de l'assurance ou tout autre bien pendant cette période de 10 ans.

FAIT le , à (ville).

_____	_____
Signature du donateur (donatrice)	Témoin
Nom du donateur (donatrice)	Nom du témoin
Adresse du donateur (donatrice)	
_____	_____
Signature du représentant de l'organisme	Témoin
Nom du témoin	
Nom du représentant autorisé à signer	
N° d'enreg. _____	
Reçu officiel n° _____	
Adresse de l'organisme de charité XYZ	

c.c. : Conseiller en assurance

En plus de se conformer à la règle des 80 %, l'organisme ou la fondation publique doit débourser chaque année un montant égal à 3,5 % de la JVM de ses immobilisations qui ne servent pas directement à ses activités[79], par exemple, si elle possède et occupe intégralement son propre immeuble. Cette règle vise à assurer que les immobilisations produisent annuellement un revenu minimum. À noter que pour l'application de cette règle, la valeur d'un contrat d'assurance non échu (autre qu'un contrat de rente) est considérée comme nulle. Dans le cas des organismes de bienfaisance enregistrés avant le 23 mars 2004 (date indiquée dans le Budget fédéral 2004[80]), le contingent des versements de 3,5 % ne sera pas exigé avant les années d'imposition suivant 2008.

Si un organisme de bienfaisance détient un contrat d'assurance vie exonéré et que le donataire a effectué des dépôts additionnels faisant en sorte qu'une portion des dépôts est affectée au compte auxiliaire (afin de conserver le statut exonéré du contrat), le compte auxiliaire ne faisant pas partie intégrale du contrat, ces sommes seraient assujetties au contingent des versements de 3,5 %[81]. Ainsi, dans la mesure où le donataire désire effectuer des dépôts en excédent de ce qui est permis pour conserver le statut exonéré, il serait préférable que le contrat soit non exonéré.

2.2. EXEMPLES DE DONS FINANCÉS PAR L'ASSURANCE VIE[82]

2.2.1. Don du produit d'une assurance vie

M. Houle, âgé de 71 ans, et sa conjointe M^me^ Houle, âgée de 68 ans, ont toujours été très près du monde universitaire. Ils aimeraient perpétuer leur nom en offrant des bourses aux étudiants des HEC Montréal. Ils souhaiteraient créer un fonds de 100 000 $ à leur décès. Pour ce faire, ils envisagent l'acquisition d'une police d'assurance vie conjointe payable au dernier décès de type Vie Universelle avec un capital-décès initial de 100 000 $. Au moment du dernier décès, le capital-décès s'élèverait à 100 000 $ auquel on ajoute toute valeur accumulée dans la police. Ils

---

79 *Id*.

80 CANADA, ministère des Finances, *Le plan budgétaire de 2004*, 23 mars 2004.

81 Le sous-alinéa 3702(1)b)(vi) R.I.R. prévoit qu'aux fins du calcul de contingent des versements, la valeur accordée à une police d'assurance vie est nulle.

82 Les taux d'assurance utilisés dans les exemples ne sont pas garantis et sont présentés à titre illustratif seulement. Par ailleurs, nous présumons que les personnes assurées représentent des risques standard et qu'ils sont non-fumeurs.

seraient en mesure de déposer une somme de 6 000 $ par année. En présumant que les sommes investies dans le contrat généreront un rendement de 4 %, la police serait entièrement provisionnée en sept ans. Leur espérance de vie conjointe étant de 22 ans, le capital-décès total s'élèverait alors à 125 000 $.

S'ils investissaient cette somme de 6 000 $ par année pendant 22 ans, à un taux de rendement brut de 6 %, ils accumuleraient 75 437 $, compte tenu d'un taux d'imposition de 48 % (82 446 $ si le taux d'imposition est plutôt de 40 %). Ils devraient obtenir un taux de rendement brut de 11,30 % (imposé à 48 %) pour accumuler 125 000 $ au dernier décès. Ainsi, le financement de leur don par une police d'assurance vie est très intéressant.

Devraient-ils transférer immédiatement la police d'assurance aux HEC Montréal ou devraient-ils plutôt conserver la propriété du contrat et faire un legs testamentaire? Compte tenu d'un taux d'actualisation de 4 %, la valeur actuelle du crédit d'impôt généré par le paiement des primes est de 17 286 $. S'ils décident de bénéficier du crédit d'impôt au décès, la valeur actuelle du crédit d'impôt généré par le capital-décès dans 22 ans est de 57 710 $. Nous présumons, dans cet exemple, qu'au moment du décès, le revenu du défunt sera suffisant pour utiliser entièrement le crédit dans l'année du décès et l'année précédente. Par ailleurs, dans la mesure où ils donnent à leur liquidateur le pouvoir de choisir les biens qui feront l'objet du don, il est possible d'augmenter l'économie fiscale au moment du décès s'ils détiennent des titres cotés en Bourse qui comportent un gain en capital latent.

Il est toujours important d'effectuer l'analyse à savoir s'il est préférable de bénéficier du crédit d'impôt du vivant ou au décès du donateur. En pratique, les donateurs préfèrent souvent l'économie d'impôts immédiate.

2.2.2. Don par une société

M. Jolicœur, âgé de 60 ans, détient la totalité des actions ordinaires de Gesco, une société de placement dont la valeur marchande s'élève à 5 M$. Il aimerait verser un don important à la Fondation de l'Institut de Cardiologie de Montréal afin de créer un fonds de recherche. Gesco effectue un don de 500 000 $ à la Fondation. Gesco réalisera donc une économie d'impôts de 260 200 $ (déduction à 52,04 %). Si Gesco détenait des titres cotés en Bourse, l'économie d'impôts pourrait être supérieure.

Non seulement Gesco réalise une économie d'impôts de 260 200 $, mais M. Jolicœur réduit par le fait même la valeur de Gesco de 500 000 $ moins

l'économie d'impôts de 260 200 $, soit 239 800 $, ce qui résulte en une économie d'impôts additionnelle de 57 816 $ (239 800 $ × 24,11 %). Ainsi, le coût net de son don est réduit à 181 984 $.

Allons un peu plus loin maintenant. M. Jolicœur veut bien avantager la Fondation immédiatement, mais pas au détriment de ses héritiers. Par ailleurs, il considère qu'avec 4,5 M$, lui et sa conjointe (âgée de 55 ans) ont suffisamment de capital pour leur permettre de bien vivre. Gesco acquiert donc une police d'assurance vie conjointe payable au dernier décès de type Vie Universelle avec un capital-décès initial de 1,6 M$ et dépose 52 000 $ par année pendant cinq ans, somme représentant l'économie d'impôts de 260 000 $ (en présumant que l'économie d'impôts est générée sur une période de cinq ans). Compte tenu d'un taux de rendement de 4 % sur les placements à l'intérieur du contrat, le capital-décès s'élèvera à environ 1 750 000 $ à leur espérance de vie conjointe. De plus, Gesco bénéficiera d'un crédit au CDC de 1 750 000 $.

De cette façon, non seulement HEC Montréal obtient 500 000 $ aujourd'hui, mais les héritiers se retrouvent également dans une meilleure position, car les 500 000 $ imposables ont été convertis en 1 750 000 $ non imposables.

2.2.3. Don d'une assurance vie en partage de propriété

M. L'Heureux, âgé de 50 ans, désire provisionner sa fondation privée de 250 000 $ à son décès. Par ailleurs, il aimerait investir dans un placement à l'abri de l'impôt. Il acquiert une police d'assurance de type Vie Universelle avec un capital-décès initial de 250 000 $. Il conclut une entente de partage de propriété avec la fondation, qui est titulaire et bénéficiaire du capital assuré, M. L'Heureux étant titulaire et bénéficiaire des valeurs de rachat. M. L'Heureux verse 2 750 $ par année à vie, en plus d'une somme de 10 000 $ par année pendant 10 ans. Nous présumons, dans cet exemple, que ce partage est équitable et que M. L'Heureux obtient un rendement sur les placements de 5 % dans le cadre de la police d'assurance. S'il décède à son espérance de vie (année 32), le capital assuré de 250 000 $ est versé à sa fondation privée. Les valeurs accumulées dans le contrat s'élèvent à 546 498 $ et sont versées au bénéficiaire qu'il a désigné, soit ses ayants droit.

Ainsi, le don de 250 000 $ à la fondation ne lui a coûté que 1 430 $ par année (2 750 $ moins le crédit d'impôt de 1 320 $). Par ailleurs, il aura accumulé une somme importante à l'abri de l'impôt. Pour accumuler une telle somme, des placements dans un environnement imposable auraient dû

lui procurer un rendement net après impôt de 6,31 % (soit 12,14 % brut s'il s'agit d'intérêts).

De plus, s'il le désire, M. L'Heureux pourrait transférer l'entière propriété du contrat à sa fondation un jour. À ce moment, il aurait droit à un crédit d'impôt égal à la valeur de rachat de la police. Il devrait par contre s'imposer sur le gain sur police égal à l'excédent de la valeur de rachat sur le CBR du contrat (lequel serait toujours égal aux dépôts cumulés)[83]. Il pourrait également décider à tout moment de nommer sa fondation bénéficiaire des valeurs de rachat, ce qui aurait pour effet de lui procurer un crédit d'impôt au décès.

3. DON DES REÉR ET FERR

Un particulier peut faire une désignation de bénéficiaire d'un REÉR ou d'un FERR en faveur d'un organisme de bienfaisance. En vertu du paragraphe 118.1(5.3) L.I.R., le transfert est réputé être un don du particulier effectué immédiatement avant son décès. Ainsi, le crédit d'impôt pour don peut être utilisé dans la déclaration de revenus finale du défunt. De plus, le transfert s'effectue sans que les sommes transitent par la succession. Cette règle est applicable aux décès survenus après 1998.

3.1. EXEMPLE : DON DU FERR

M. et M^me^ Lavoie, tous les deux âgés de 65 ans et à l'aise financièrement, ont accumulé des sommes importantes dans leur REÉR. Ils estiment qu'au terme de leur espérance de vie conjointe, le solde de leur FERR s'élèvera à environ 400 000 $. Ils envisagent la possibilité de faire un don important à la Croix-Rouge au moment de leur décès.

Ils pourraient faire une désignation de bénéficiaire subrogé de leur REÉR (FERR) en faveur de la Croix-Rouge[84]. Tel qu'il a été mentionné précédemment, un crédit d'impôt pour don serait applicable au moment du

---

83 De façon générale, le CBR d'un contrat d'assurance vie est égal aux primes payées moins le coût net d'assurance pure (ci-après « CNAP »). Le CNAP est égal au montant au risque pour l'assureur, multiplié par un facteur de mortalité. Puisqu'il ne détient que les valeurs de rachat, il n'y a aucun montant au risque. Ainsi, le CBR du titulaire des valeurs de rachat sera toujours égal aux dépôts cumulés.

84 Typiquement, la désignation de bénéficiaire serait en faveur du conjoint. Avec une désignation de bénéficiaire subrogé, au décès du conjoint, le solde serait versé à la Croix-Rouge.

décès et aurait pour effet d'éliminer l'impôt payable par ailleurs généré par le FERR. Encore une fois, il serait peut-être plus avantageux de faire une désignation de bénéficiaire en faveur des ayants droit et un legs spécifique égal au solde du FERR en faveur de la Croix-Rouge. Dans la mesure où ils donnent à leur liquidateur le pouvoir de choisir les biens qui feront l'objet du don, il est possible d'augmenter l'économie fiscale au moment du décès s'ils détiennent des titres cotés en Bourse qui comportent un gain en capital latent.

S'ils désirent faire un don important sans pour autant désavantager leurs ayants droit, ils pourraient considérer l'acquisition d'une police d'assurance vie conjointe payable au dernier décès en faveur de leurs ayants droit avec un capital assuré de 400 000 $. Ils déposent 12 250 $ par année pendant 10 ans. Compte tenu d'un taux de rendement de 4 % sur les placements à l'intérieur du contrat, le capital-décès s'élèvera à environ 453 000 $ au terme de leur espérance de vie conjointe, soit dans 25 ans. Au moment du dernier décès, une somme égale au solde du FERR est versée à la Croix-Rouge en vertu du legs spécifique, ce qui élimine l'impôt à payer par ailleurs. Les ayants droit encaissent le capital-décès libre d'impôt. Par contre, il faut tenir compte du « coût d'opportunité » En effet, n'eût été l'acquisition de la police d'assurance vie, la succession disposerait de sommes additionnelles générées par un placement de 12 500 $ par année pendant 10 ans. En présumant un taux de rendement brut de 6,5 % en intérêt (3,38 % net), nos donateurs auraient accumulé une somme de 243 000 $. Ainsi, les ayants droit reçoivent une valeur nette de 210 000 $, soit essentiellement la même somme qu'ils auraient reçue si M. et M^{me} Lajoie n'avaient pas fait de don!

	Sans don	**Avec don**
	($)	**($)**
Croix-Rouge	0	400 000
Fisc	192 000	0
Ayants droit	208 000	210 000

4. DONS PLANIFIÉS À L'AIDE DE RENTES

La rente viagère est un instrument financier qui peut s'avérer fort intéressant dans le cadre d'un don planifié. Les rentes peuvent permettre à

des donateurs d'âge mûr d'effectuer des dons de leur vivant sans pour autant compromettre leur sécurité financière.

4.1. RENTES À DES FINS DE BIENFAISANCE

De façon générale, en vertu d'un tel arrangement, un donateur verse une contribution en capital à un organisme de bienfaisance en échange de versements immédiats et garantis à vie ou pour une période donnée.

Seules les œuvres de bienfaisance (et non les fondations) peuvent émettre des rentes. En effet, les fondations publiques et les fondations privées ne peuvent contracter de dettes autres que celles au titre des frais courants d'administration, celles afférentes à l'achat et à la vente de placements et celles contractées dans le cours de l'administration d'activités de bienfaisance[85]. Certaines œuvres[86] émettent des rentes et conservent le risque lié à la survie du rentier. Il est donc important pour la sécurité financière du rentier que l'organisme soit solvable et conserve les réserves appropriées. D'autres œuvres réassurent leur risque en contractant une rente équivalente ou avec des garanties additionnelles auprès d'une compagnie d'assurance.

Avant le 21 décembre 2002, la position administrative de l'ARC telle qu'elle est décrite dans le *Bulletin d'interprétation* IT-111R2 faisait en sorte que le versement de rente était souvent entièrement libre d'impôt et le donateur bénéficiait d'un crédit d'impôt pour don pour une partie de la contribution en capital. À la suite de l'introduction des paragraphes 248(30) à (33) L.I.R. et de la publication des *Nouvelles techniques*, n° 26[87], la position administrative est annulée pour les rentes émises après le 20 décembre 2002, car, de l'avis de l'ARC, la position administrative n'a pas de fondement en droit. Par contre, le traitement fiscal prévu dans le bulletin d'interprétation continue de s'appliquer aux rentes émises avant le 21 décembre 2002.

---

85 Par. 149.1(3) et 149.1(4) L.I.R.

86 Par exemple, les œuvres du Cardinal Léger, l'Oratoire Saint-Joseph, certaines communautés religieuses et universités, etc.

87 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 26, 24 décembre 2002.

4.1.1. Rentes à des fins de bienfaisance émises avant le 21 décembre 2002

Aux fins de déterminer si une portion des versements de rente est imposable, il est nécessaire de calculer le total des versements attendus en utilisant l'espérance de vie du particulier déterminée en vertu du tableau *1971 Individual Annuity Mortality Table*. Le total des versements de rente attendus est égal au montant du versement annuel multiplié par le nombre de versements prévus à l'âge du rentier à la fin de l'année civile où les versements de rente commencent.

Aux fins de déterminer si un don a été fait, on détermine le total des versements de rente attendus en utilisant l'espérance de vie du particulier et l'on soustrait ce montant de la somme versée par le donateur pour acquérir la rente.

4.1.2. Rentes à des fins de bienfaisance émises après le 20 décembre 2002

Comme le prévoit le paragraphe 248(33) L.I.R. proposé, aux fins de déterminer le montant admissible du don, il faut déterminer le coût du bien acquis de l'organisme du fait du versement du don. De l'avis de l'ARC :

> « Lorsqu'un montant est versé à un organisme de bienfaisance par un donateur, et que l'avantage qu'il reçoit correspond à une suite de paiements garantis pendant une certaine période de temps, le montant admissible sera égal à l'excédent du montant versé par le donateur sur le montant qu'un tiers sans lien de dépendance verserait à ce moment-là pour acquérir une rente qui financerait les paiements garantis[88]. »

Par ailleurs, les règles générales régissant l'imposition des rentes s'appliqueront[89].

Depuis l'introduction de ces nouvelles mesures, de nombreuses demandes d'interprétation ont été envoyées afin d'avoir une idée exacte de la façon dont s'appliquent les nouvelles règles aux rentes à des fins de

---

88 *Id*.

89 Pour une description détaillée de l'imposition des rentes, voir Florence MARINO et Joël T. CUPERFAIN, *Canadian Taxation of Life Insurance*, Scarborough, 3e éd., Ont., Carswell, 2006.

bienfaisance. Ces demandes portent souvent sur l'approche à adopter pour établir le coût d'une rente à des fins de bienfaisance.

4.1.3. Rentes à des fins de bienfaisance émises après le 20 décembre 2002 – Interprétations techniques

Dans la première lettre d'interprétation, on demandait des éclaircissements sur ce qu'il adviendrait dans le contexte suivant : un homme âgé de 80 ans fait un don de 100 000 $ à une œuvre de bienfaisance qui accepte, en contrepartie, de verser au donateur une rente annuelle viagère de 7 700 $, sans durée garantie. Le coût d'une rente commerciale assortie des mêmes conditions serait de 52 300 $. Le coût d'une rente commerciale assortie des mêmes conditions mais d'une durée garantie de 10 ans serait de 69 875 $.

L'ARC a confirmé que, dans cet exemple, le montant du don serait de 47 700 $ (soit le montant de la contribution moins le coût d'une rente commerciale assortie des mêmes conditions que la rente convenue entre l'organisme de bienfaisance et le donateur).

Elle a également confirmé que, en général, la rente convenue entre l'organisme de bienfaisance et le donateur serait considérée comme un contrat de rente prescrit (ci-après « CRP »). Cela signifie que l'organisme serait tenu de déterminer pour chaque paiement la partie représentant le capital afin de calculer l'impôt à payer par le donateur au titre de la rente, de la même façon que l'impôt est établi en vertu des règles sur les CRP.

L'ARC a confirmé que si l'on prend en compte le prix d'achat rajusté, soit 52 300 $, et le total des paiements prévus, soit 61 600 $, basé sur une espérance de vie de huit ans (selon la *1971 Individual Annuity Mortality Table*), la partie de la rente représentant le capital serait de 6 537,50 $ pour chaque paiement, et la fraction imposable serait de 1 162,50 $.

Elle a aussi confirmé que la souscription d'une rente commerciale par l'organisme de bienfaisance en vue de remplir son obligation envers le donateur est considérée comme une opération distincte de la rente convenue entre l'organisme et le donateur. Cela signifie que si un organisme de bienfaisance devait souscrire la rente commerciale avec une durée garantie,

le coût de la rente n'aurait aucun effet sur le coût établi pour le don fait par le donateur[90].

Une autre lettre d'interprétation portait sur les mêmes faits discutés dans la première lettre. Dans sa réponse, l'ARC a confirmé que deux rentes distinctes sont établies – l'une entre l'organisme de bienfaisance et le donateur, et l'autre entre l'assureur et l'organisme de bienfaisance lorsque ce dernier souscrit une rente commerciale en vue de remplir son obligation de fournir une rente au donateur. Dans le premier cas, il s'agit d'un contrat de rente prescrit et dans le deuxième cas, d'un contrat de rente non prescrit.

On proposait dans cette lettre un autre scénario selon lequel l'organisme de bienfaisance ne s'est pas engagé à procurer une rente au donateur mais a agi plutôt à titre d'agent du donateur en souscrivant une rente commerciale (de 52 300 $) aux mêmes conditions que celles décrites dans l'exemple précédent. L'ARC a répondu que les répercussions dépendraient des modalités régissant la relation entre l'organisme de bienfaisance et le donateur. S'il existe effectivement une entente mandant-mandataire, on estimera que le donateur a lui-même souscrit une rente commerciale auprès de l'émetteur de la rente commerciale. Cette rente serait normalement considérée comme un CRP et, comme le prix d'achat était de 52 300 $ dans cet exemple, l'organisme de bienfaisance serait autorisé à émettre un reçu pour don d'un montant de 47 700 $.

Un troisième scénario prévoyait la souscription par l'organisme de bienfaisance, en son nom, d'une rente commerciale dont les paiements seraient versés directement au donateur par l'émetteur de la rente. L'ARC a répondu que le traitement fiscal dépendrait des modalités de l'entente passée entre les parties. Le montant résultant de cette entente serait imposée en tenant compte de la situation qui se rapproche le plus du scénario suivant : un contrat de rente passé entre l'organisme de bienfaisance et le donateur ou l'organisme agissant à titre d'agent du donateur[91].

Dans une autre lettre d'interprétation datée du 17 avril 2003[92], on cherchait à obtenir d'autres éléments permettant d'établir la JVM de la rente

---

90 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique, 2003-0000605, 7 février 2003.

91 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2003-0008195, 27 octobre 2003.

92 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2003-0008415, 17 avril 2003.

fournie au donateur par l'organisme de bienfaisance lorsqu'on détermine le « montant de l'avantage » conformément au paragraphe 248(31) L.I.R. proposé.

Il était stipulé dans cette lettre que le ministère des Finances n'avait pas l'intention d'adopter de règlements portant sur la méthode d'établissement de la JVM d'une rente émise au profit d'un donateur à titre d'avantage dans le cadre d'une rente aux fins de bienfaisance. On laissait sous-entendre que la JVM pourrait être déterminée en obtenant des soumissions de courtiers ou de services d'assurance professionnels, ou de compagnies d'assurance quant au coût d'acquisition d'une rente pouvant procurer les paiements prévus dans l'entente. On mentionnait aussi que des modèles se rapprochant raisonnablement de telles soumissions seraient acceptables[93].

Une autre lettre d'interprétation renfermait des questions complémentaires concernant le calcul de la JVM. L'ARC a confirmé les énoncés suivants :

- Il serait raisonnable d'utiliser les soumissions d'une compagnie d'assurance pour déterminer le coût des versements de rente.

- On peut utiliser une soumission même si une certaine période s'est écoulée entre la date de la soumission et celle de l'établissement de la rente, à la condition qu'aucun changement important ne soit survenu dans la conjoncture au cours de cette période.

- Si les émetteurs de rente ne soumissionnent pas pour des contrats de rente prescrits (par exemple, dans le cas de rentiers âgés de plus de 90 ans), il est raisonnable d'utiliser une soumission portant sur un contrat de rente non prescrit.

- Si la prime unique est inférieure au montant minimal exigé par l'assureur, il est raisonnable d'apporter un rajustement proportionnel à une soumission portant sur la prime minimale exigée par l'assureur.

- On peut utiliser des modèles actuariels qui réduisent le besoin d'obtenir des soumissions de compagnies d'assurance et qui respectent les conditions du marché.

---

93 *Id*.

L'ARC a confirmé que si le prix d'achat d'une rente dépasse le montant total des paiements de rente qui devraient être versés au donateur (compte tenu des règles régissant les contrats de rente prescrits), aucun impôt n'est exigé, car l'inclusion de ces sommes dans le revenu en vertu de l'alinéa 56(1)d) L.I.R. serait compensée par la déduction obtenue en vertu de l'alinéa 60a) L.I.R. au titre de la partie représentant le capital de chaque versement de rente.

On confirmait également dans cette lettre que si la valeur de la rente excède 80 % de la valeur du bien transféré à l'organisme de bienfaisance, ce bien ne sera pas reconnu comme un don sauf si le donateur peut présenter au ministre une preuve qu'il avait bien l'intention de faire un don[94].

Enfin, dans une autre lettre d'interprétation, l'ARC indiquait que si un donateur/rentier d'une rente à des fins de bienfaisance (admissible comme contrat de rente prescrit) vit au-delà de son espérance de vie (selon la *1971 Individual Annuity Mortality Table* prévue au Règlement 300 pour déterminer le capital d'un versement de rente prescrite), le capital de la rente sera calculé de la même manière que pour tout autre contrat de rente prescrit. Pour déterminer le capital de chaque versement en vertu d'un CRP basé sur la vie du rentier, le prix d'achat est divisé par l'âge correspondant à l'espérance de vie du rentier, compte tenu de la table prévue au Règlement.

En termes pratiques, cela signifie que chaque versement comprendra un capital uniforme durant toute la durée du contrat, peu importe si le rentier vit longtemps ou non. Selon certaines indications, l'ARC pourrait considérer que, dans le cas des rentes à des fins de bienfaisance souscrites après le 20 décembre 2002, si la durée de vie réelle du rentier dépasse son espérance de vie déterminée selon cette table, la totalité du versement de la rente serait imposable. Cette lettre d'interprétation règle donc cette question en confirmant que si la rente à des fins de bienfaisance est admissible à titre de CRP, elle sera imposée de la même manière qu'un CRP[95].

4.1.4. Exemple : rente à des fins de bienfaisance

M. Généreux, âgé de 70 ans, désire avantager son œuvre de bienfaisance préférée. Il dispose d'un capital de 100 000 $, aimerait en faire bénéficier

---

94 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2003-0009195, 18 novembre 2003.

95 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2003-003815, 18 novembre 2003.

l'œuvre mais tout en se garantissant un revenu à vie. L'organisme lui offre une rente de 7 %, soit 7 000 $ par année, garantie à vie. De cette somme, 980 $ sera la portion imposable. De plus, M. Généreux recevra immédiatement un reçu pour don de 20 000 $.

M. Généreux aurait également pu verser directement un don de 20 000 $ à l'œuvre de bienfaisance et avec la somme restante, soit 80 000 $, acheter un contrat de rente prescrit auprès d'une compagnie d'assurance. Le versement de rente ainsi que la portion imposable auraient été très similaires.

La différence? Si M. Généreux décède prématurément et que l'organisme de bienfaisance n'a pas réassuré son risque, l'organisme conserve le solde du capital (dans la mesure où la rente n'avait pas de période garantie). Mais attention : la solvabilité de l'organisme est un élément clé!

4.2. DONS À L'AIDE DE RENTES ASSURÉES

Une rente assurée est une stratégie qui prévoit la souscription de deux contrats : une rente viagère et une assurance vie. La combinaison de ces deux types de contrat crée l'équivalent d'un instrument de placement à rendement fixe immobilisé, lequel est particulièrement attrayant pour les personnes âgées. L'objectif de la stratégie est de fournir un meilleur rendement sur les placements que les instruments de placement à taux fixe traditionnels, tout en préservant le capital. Essentiellement, le capital est affecté à la souscription d'un contrat de rente qui prévoit le versement d'arrérages à l'épargnant, aussi longtemps que celui-ci demeure en vie. L'épargnant souscrit en plus un contrat d'assurance vie permanent dont le capital-décès est égal au capital placé dans le contrat de rente. Une partie des arrérages de la rente est affectée au paiement des primes d'assurance vie. Au décès, les arrérages prennent fin d'office (ou ils peuvent continuer d'être versés pendant une certaine période, compte tenu des modalités du contrat) et le capital-décès du contrat d'assurance est versé aux ayants droit (ou au bénéficiaire désigné) en remplacement du capital placé initialement. Il en résulte souvent un revenu viager plus élevé pour l'épargnant que celui généré par des placements à taux fixe, ainsi qu'une valeur successorale intacte pour les héritiers[96].

---

[96] Pour une description détaillée de cette stratégie, voir le texte de Diane HAMEL, « Les rentes assurées », dans *Congrès 98,* Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1999, pp. 18:1-37 et celui d'Hélène MARQUIS, « La (à suivre…)

Puisque cette stratégie fait en sorte d'augmenter le revenu net disponible, ce rendement additionnel peut être utilisé afin de financer les dons à un organisme de bienfaisance.

4.2.1. Exemple : rente assurée et don par un particulier

M. Laliberté est âgé de 75 ans. Il dispose de liquidités excédentaires de 300 000 $ qui sont investies dans un titre à revenu fixe lui rapportant un rendement brut de 5 %. Il ne prévoit aucun empiètement sur ce capital, lequel sera légué à ses enfants au moment de son décès. Son taux d'imposition marginal est de 48 %. Chaque année, il déclare un revenu de 15 000 $, verse 7 230 $ d'impôt et dispose d'un revenu net de 7 770 $.

On lui propose de remplacer ce placement par une rente assurée, laquelle produit les résultats suivants :

	Titre à revenu fixe	Rente assurée
	($)	($)
Capital	300 000	300 000
Revenu	15 000	30 908
Portion imposable	15 000	3 400
Impôt × 48 %	7 230	1 639
Prime d'assurance pour remplacer le capital	0	16 655
Revenu net après impôt	7 770	12 614
Taux de rendement équivalent	5 %	8,12 %

M. Laliberté dispose de liquidités additionnelles de 4 844 $, lesquelles pourraient être utilisées pour effectuer ses dons.

En supposant qu'on veuille bonifier le rendement de son placement tout en lui permettant d'effectuer un don important à Tel-Jeunes, il pourrait utiliser une portion du rendement additionnel pour acquérir un contrat

(…suite)
planification successorale d'un océan à l'autre », dans *Congrès 2004*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2005, pp. 37:1-50.

d'assurance sur sa vie, transférer la propriété du contrat à Tel-Jeunes et verser annuellement un don égal aux primes.

	Titre à revenu fixe	Rente assurée	Rente assurée et don
	($)	($)	($)
Capital	300 000	300 000	300 000
Revenu	15 000	30 908	30 908
Portion imposable	15 000	3 400	3 400
Impôt × 48 %	7 230	1 639	1 639
Prime d'assurance pour remplacer le capital	0	16 655	16 655
Prime d'assurance pour effectuer le don			6 351
Crédit d'impôt pour don			3 061
Revenu net après impôt	7 770	12 614	9 324
Taux de rendement équivalent	5 %	8,12 %	6 %
Don à l'organisme au décès			**112 500**

Ainsi, M. Laliberté a augmenté son rendement (de 5 % à 6 %) qui est garanti à vie, et ses objectifs philanthropiques sont atteints puisque Tel-Jeunes disposera de 112 500 $ à son décès. S'il avait désiré conserver un revenu de 5 %, le rendement supplémentaire généré par la rente assurée aurait pu financer une police d'assurance vie de 165 000 $. De plus, afin de payer la prime à Tel-Jeunes, M. Laliberté pourrait faire le don de titres cotés en Bourse, générant ainsi une économie d'impôts additionnelle.

Notons que ce type de stratégie ne s'adresse qu'aux personnes de plus de 60 ans en bonne santé (généralement les rendements ne sont pas aussi intéressants à de plus jeunes âges) qui sont en mesure de se départir de leur capital (il ne reviendra qu'au moment de leur décès).

La rente assurée avec don peut également être structurée de façon à prévoir une rente réversible au conjoint (et donc payable jusqu'au décès du dernier conjoint) et une police d'assurance vie payable au dernier conjoint décédé. Voici le même exemple mais avec un homme de 70 ans et sa conjointe de 65 ans :

	Titre à revenu fixe	Rente assurée	Rente assurée et don
	($)	($)	($)
Capital	300 000	300 000	300 000
Revenu	15 000	18 947	18 947
Portion imposable	15 000	5 074	5 074
Impôt × 48 %	7 230	2 446	2 446
Prime d'assurance pour remplacer le capital	0	4 511	4 511
Prime d'assurance pour effectuer le don			3 646
Crédit d'impôt pour don			1 757
Revenu net après impôt	7 770	12 614	10 102
Taux de rendement équivalent	5 %	7,72 %	6,5 %
Don à l'organisme au décès			**235 000**

4.2.2. Exemple : rente assurée et don par une société

Reprenons la même stratégie alors que les liquidités excédentaires se retrouvent dans une société de gestion.

Le principe est similaire à celui d'une rente assurée individuelle. Cependant, la rente et l'assurance sont souscrites par une société. Par ailleurs, cette dernière ne peut obtenir le traitement fiscal accordé aux rentes prescrites[97]. Ainsi, la portion imposable de la rente variera d'une année à l'autre. Généralement, la portion imposable diminuera au fil des ans alors que la partie représentant le capital de la rente augmentera. Cependant, au cours de la première année, la portion imposable sera inférieure à cause des frais occasionnés par l'émission du contrat. Par ailleurs, la rente assurée de société offre également d'autres avantages fiscaux dont une réduction possible de la valeur des actions aux fins du calcul de l'impôt sur le gain en capital au décès et le crédit au CDC que procure le capital-décès[98].

---

97 Art. 304 R.I.R.

98 D. HAMEL, *loc. cit*., note 96 et H. MARQUIS, *loc. cit*., note 96.

M. Allard, 70 ans, dispose de liquidités excédentaires de 500 000 $ dans sa société de gestion (Gesco), lesquelles sont actuellement investies dans des titres à revenus fixes rapportant 5 %. Le taux d'impôt de la société est de 52,04 %. Il aimerait faire un don à la Société canadienne du cancer tout en conservant un rendement intéressant sur ses placements.

Gesco acquiert un contrat de rente non prescrit ainsi qu'une police d'assurance sur la vie de M. Allard. Gesco reçoit les versements de rente et paie les primes d'assurance. M. Allard acquiert une police d'assurance vie de 100 000 $ et en transfère la propriété à la Société canadienne du cancer. Comme le rendement que procurent la rente et l'assurance est plus élevé que le rendement de ses titres à revenus fixes, Gesco utilise les liquidités excédentaires afin de payer les primes de la police d'assurance détenue par l'organisme de bienfaisance.

Lors du transfert de propriété de la police d'assurance vie à la Société canadienne du cancer, M. Allard peut convenir que les primes seront payées par lui ou une société qu'il contrôle. Cela offre donc une souplesse accrue puisque Gesco ou M. Allard pourront choisir de bénéficier du crédit (déduction) pour don selon leur revenu de l'année en cours. Par ailleurs, il est possible de combiner le don égal aux primes à un don de titres cotés en Bourse. En effet, les primes peuvent être payées en transférant des titres cotés en Bourse d'une valeur égale aux primes.

4.2.3. Rente assurée avec financement et don

La stratégie présentée précédemment peut être effectuée en y incorporant du financement[99]. En bref, un particulier ou une société affecte ses liquidités à l'achat d'une rente viagère et d'une police d'assurance vie. Par la suite, la société emprunte des sommes auprès d'une institution financière pour fins de placement. Le titulaire cède la rente et l'assurance vie en garantie de l'emprunt à l'institution financière. Compte tenu des versements de rente, de la prime d'assurance vie, de l'intérêt sur l'emprunt, de l'impôt à payer sur les versements de rente et de l'économie d'impôts générée par la déduction de l'intérêt et de l'assurance cédée en garantie[100] , il en résulte souvent un flux monétaire positif. Ce flux monétaire peut être utilisé pour financer des dons à un organisme de bienfaisance.

---

99 Pour une description détaillée de cette stratégie, voir le texte de Guy DUHAIME, « La rente assurée corporative avec prêt adossé », dans *Congrès 2006*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2007, pp. 24:1-25.

100 Al. 20(1)e.2) L.I.R.

Certaines stratégies ont été développées, lesquelles prévoient qu'une police d'assurance et une rente sur la vie d'une personne liée de près ou de loin à un organisme de bienfaisance soient détenues par divers individus ou sociétés aux fins de procurer des dons à l'organisme de bienfaisance. Il peut ou non y avoir du financement. Le même principe qu'énoncé précédemment s'applique mais avec des contraintes additionnelles. Parmi les contraintes, notons l'intérêt assurable auprès de la compagnie d'assurance qui émet la police d'assurance vie et les règles concernant les abris fiscaux[101].

5. AUTRES TECHNIQUES DE DONS PLANIFIÉS

Plusieurs autres techniques permettent de maximiser les dons aux organismes de bienfaisance. Entre autres, notons :

- fiducies résiduaires de charité[102];
- dons de biens amortissables[103];
- dons de biens écosensibles[104];
- dons d'œuvres d'art[105].

CONCLUSION

Il est important que les conseillers professionnels des particuliers philanthropes soient à l'affût des techniques de dons planifiés. Les règles et les stratégies fiscales ne convertiront pas les contribuables en philanthropes. Par contre, l'utilisation maximale de ces règles feront sûrement en sorte de maximiser le montant des dons.

Les donateurs sont là… Il y de multiples façons de donner… Donnez de façon fiscalement avantageuse… mais surtout… PARLEZ-EN!

---

101 Voir la définition d' « arrangement de don » au paragraphe 237.1(1) L.I.R.

102 Voir le texte de Diane BRUNEAU, « Les fiducies résiduaires de bienfaisance : donner et retenir ne vaut …pas cher! », dans *Colloque – Les dons planifiés*, 101, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2000, pp. 4:1-22.

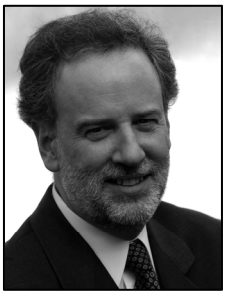
103 Voir le texte de Luc MARTEL, « Revue et mise à jour du traitement fiscal des dons », dans *Colloque – Planification des dons de bienfaisance*, 135, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2003, pp. 2:1-88.

104 *Id*.

105 *Id*.

ÉQUITÉ ET TRANSMISSION D'ENTREPRISE, LE DILEMME DE L'ÉQUILIBRE DU PATRIMOINE : COMMENT ÉVITER QUE CERTAINS ENFANTS SOIENT PLUS ÉGAUX QUE D'AUTRES

Luc Martel
Associé, avocat, M. Fisc.
Martel, Cantin



Gilles Chevalier
Pl. Fin.
Engel Chevalier –
Protection du patrimoine

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 37:3

1. PRÉSENTATION DE L'ÉTUDE DE CAS 37:4

2. SITUATION FISCALE ET LÉGALE 37:6

2.1. STRUCTURE LÉGALE 37:7
2.1.1. Capital-actions émis et payé 37:7
2.1.2. Contrôle par Denis 37:7
2.2. MOTIFS DU GEL DE 1996 ..... 37:8
2.2.1. Intéresser la relève 37:8
2.2.2. Réduction des impôts au décès 37:9
2.2.3. Autres motifs du gel 37:9

3. PROJECTIONS FINANCIÈRES À L'ESPÉRANCE DE VIE 37:10

4. NOUVEAUX OBJECTIFS DU CLIENT 37:11

5. RÉORGANISATION DU CAPITAL 37:11

5.1. FIDUCIE FAMILIALE DISCRÉTIONNAIRE 37:12
5.2. NOUVEAU GEL AVEC LA COLLABORATION DE GUY 37:13
5.2.1. Techniques de « regel » 37:14
5.3. NOUVEAU GEL SANS LA COLLABORATION DE GUY 37:17
5.3.1. Manon – Jusqu'à 25 % 37:18
5.3.2. Manon – Plus de 25 % 37:19
5.4. DEVOIR D'HONNÊTETÉ ET DE LOYAUTÉ 37:29
5.5. CONVENTION ENTRE ACTIONNAIRES 37:32

6. RÉÉQUILIBRER LE PATRIMOINE 37:33

6.1. ROULEMENT EN FAVEUR D'UNE NOUVELLE SOCIÉTÉ DE GESTION 37:33
6.2. NOUVEAU GEL SUCCESSORAL ET NOUVELLE RÉPARTITION DES ACTIONS 37:36

CONCLUSION 37:37

Nous sommes tous égaux devant l'Éternel, mais lorsque le propriétaire d'une entreprise a plusieurs enfants, l'équité entre les enfants devient une préoccupation pour celui qui désire préserver l'harmonie familiale sans pour autant démotiver les enfants impliqués dans l'entreprise.

Les conférenciers réviseront les différentes stratégies généralement utilisées dans les cas de transferts et en analyser les avantages et inconvénients des points de vue fiscal et financier, mais aussi démontrer les conséquences sur l'équité entre les enfants.

INTRODUCTION

Comment peut-on définir un déséquilibre du patrimoine? Quel est l'ensemble des facteurs qui nous disent que le patrimoine du client n'est pas réparti équitablement entre ses enfants autant du vivant qu'au décès? Est-ce que l'égalité des legs est automatiquement équitable?

Dans un contexte d'entreprise familiale opérante, cette dimension d'équilibre du patrimoine devient d'autant plus complexe. Comment évaluer la « valeur » de la contribution de l'enfant impliqué dans l'entreprise *versus* celle des autres non impliqués et qui soit se laissent vivre, soit ont développé de belles carrières en dehors du giron familial? Dans une famille où il y a plusieurs enfants, comment motiver cet héritier qui s'affirme alors qu'il ne détient aucune action directement puisque les actions sont toutes détenues par une fiducie discrétionnaire?

Parler de déséquilibre du patrimoine est davantage une discussion sur des choix de vie que sur des données financières. Mais parfois ce seront ces données financières qui permettront au propriétaire de l'entreprise de réaliser certaines iniquités dans ses choix. Le présent texte a été bâti à partir d'un cas réel (bien qu'il ait été modifié aux fins de faciliter la présentation) et la démarche que nous utiliserons reflète les étapes employées pour sensibiliser le client à procéder à des changements dans ses choix.

Les conséquences de choix effectués dans le passé prennent parfois des tournures non prévues. Dans un contexte d'entreprise familiale, il devient très important de bien évaluer les conséquences futures de ses choix. Le déséquilibre du patrimoine entre les enfants peut devenir une source de conflits et les répercussions pourraient même nuire à l'entreprise.

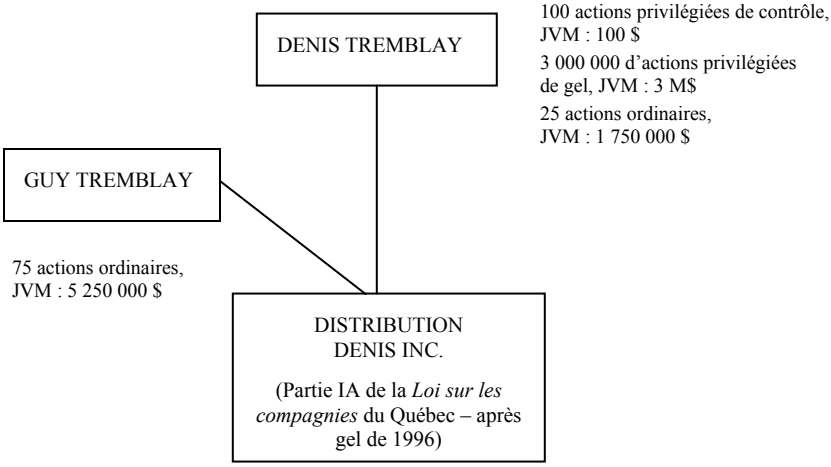
1. PRÉSENTATION DE L'ÉTUDE DE CAS

Notre client type s'appelle Denis Tremblay, il a 55 ans et est marié à Denise Tremblay qui est âgée de 53 ans. Ils ont deux enfants, Guy et Manon, âgés respectivement de 30 ans et 28 ans. Guy travaille dans l'entreprise depuis l'âge de 18 ans et Manon a commencé à travailler il y a cinq ans à la fin de ses études.

En 1996, le client a fait un gel successoral et les nouvelles actions ordinaires ont été partagées entre lui et son fils au ratio de 25 % et 75 %.

Le bilan financier du client est le suivant :

ACTIF du couple Denis et Denise		**Guy**
Résidence familiale	350 000	
Avances à une compagnie	750 000	
Placements Denis	250 000	
Distribution Denis inc.		
Actions privilégiées de gel	3 000 000	
Actions ordinaires (25 %)	1 750 000	
Actions Guy (75 %)		5 250 000
Chalet	200 000	
Terrain commercial	1 500 000	
REÉR Denis	400 000	
REÉR Denise	200 000	
TOTAL	**8 400 000**	**5 250 000**



En cas de décès, l'objectif initial du client était de léguer à son fils tous ses intérêts dans la compagnie Distribution Denis inc. et de laisser ses placements et liquidités à son épouse. Les autres actifs iraient à Manon.

La répartition des actifs prenait donc l'allure suivante :

ACTIF du couple Denis et Denise		**Denise**	**Guy**	**Manon**
Résidence familiale	350 000	350 000		
Avances à une compagnie	750 000	750 000		
Placements Denis	250 000	250 000		
Distribution Denis inc.			-	
Actions privilégiées	3 000 000		3 000 000	
Actions ordinaires (25 %)	1 750 000		1 750 000	
Actions Guy			5 250 000	
Chalet	200 000			200 000
Terrain commercial	1 500 000			1 500 000
REÉR Denis	400 000	400 000		
REÉR Denise	200 000	200 000		
TOTAL	**8 400 000**	**1 950 000**	**10 000 000**	**1 700 000**
Impôt	**1 308 000**			
Total net	7 092 000			

En répartissant les différents actifs selon ses directives, le client a réalisé qu'il y avait des écarts importants entre ses deux enfants, Guy et Manon. De plus, le patrimoine légué à son épouse ne serait peut-être pas suffisant pour lui permettre de maintenir le même niveau de vie.

En cas de désastre commun, la répartition de l'actif prend l'allure suivante :

ACTIF du couple Denis et Denise		**Guy**	**Manon**
Résidence familiale	350 000		350 000
Avances à une compagnie	750 000		750 000
Placements Denis	250 000	250 000	
Distribution Denis inc.		-	
Actions privilégiées	3 000 000	3 000 000	
Actions ordinaires (25 %)	1 750 000	1 750 000	
Actions Luc		5 250 000	
Chalet	200 000		200 000
Terrain commercial	1 500 000		1 500 000
REÉR Denis	400 000		400 000
REÉR Denise	200 000		200 000
TOTAL	**8 400 000**	**10 250 000**	**3 400 000**
Impôt	**1 596 000**	**1 140 000**	**456 000**
Total net	6 804 000	9 110 000	2 944 000

Le client réalise qu'il y a un écart important et veut le corriger. Bien qu'on ne puisse considérer les actions de Guy comme un legs de Denis, le client considère quand même que ces actions sont un don qu'il a fait à son fils dans le cadre d'une planification successorale.

2. SITUATION FISCALE ET LÉGALE

Denis était l'actionnaire unique de la compagnie Distribution Denis inc. jusqu'en 1996, date à laquelle il a effectué un gel de succession au sein de cette compagnie. Le statut légal de Distribution Denis inc. était alors le suivant.

2.1. STRUCTURE LÉGALE

La compagnie Distribution Denis inc. a été incorporée selon la Partie IA de la *Loi sur les compagnies*[1] du Québec et il a été fait en sorte, lors de la planification successorale de 1996, que le capital-actions émis et payé de la compagnie soit le suivant.

2.1.1. Capital-actions émis et payé

Les actions émises et en circulation du capital-actions de Distribution Denis inc. lors du gel en 1996 sont les suivantes :

- 100 actions ordinaires sans valeur nominale émises pour 100 $ et souscrites par Denis (25 actions ordinaires pour 25 $) et son fils Guy (75 actions ordinaires pour 75 $);

- 3 millions d'actions privilégiées de gel, rachetables à la demande de son détenteur, pour un prix de 3 M$, soit 1 $ par action; en effet, préalablement à la souscription par Denis et Guy aux 100 actions ordinaires mentionnées ci-dessus, Denis a échangé les actions ordinaires qu'il détenait seul à la date du gel contre 3 millions d'actions privilégiées de gel rachetables pour 1 $ chacune. Ce prix de rachat de 3 M$ correspond à la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») de Distribution Denis inc. à la date du gel. Le capital versé et le PBR (ci-après « PBR ») de Denis pour ces actions privilégiées de gel sont de 1 000 $. Aucune cristallisation n'a été effectuée lors du gel. Retenons de plus que les actions privilégiées de gel comprennent une clause d'ajustement de prix, qu'elles sont non votantes et non participantes, et qu'elles donnent droit à un dividende discrétionnaire de 0 % à 1 % par mois sur la valeur de rachat de celles-ci;

- 100 actions privilégiées votantes et non participantes, ne donnant droit à aucun dividende, rachetables par la compagnie au décès de son détenteur; le prix payé pour ces actions est de 100 $, soit 1 $ par action.

2.1.2. Contrôle par Denis

Si Denis souhaite conserver le contrôle de Distribution Denis inc. tant que ses actions privilégiées de gel ne lui auront pas été rachetées ou qu'il ne

[1] L.R.Q., c. C-38 (ci-après « L.C. »).

sera pas prêt à abdiquer son contrôle de la compagnie, Denis pourra souscrire à des actions privilégiées de contrôle, votantes et non participantes, du capital-actions de Distribution Denis inc. pour une somme nominale. Denis possède déjà 25 votes sur 100 en détenant 25 des 100 actions ordinaires en circulation. Il lui suffirait de posséder 51 votes additionnels pour détenir plus de votes que son fils Guy. Au moment du gel, Denis aura souscrit à 100 actions privilégiées de contrôle conférant un vote par action pour un prix de 100 $. Cette souscription lui permettra de conserver le contrôle de la compagnie.

Une autre façon de conserver le contrôle serait de prévoir que les actions privilégiées de gel soient votantes, à raison, par exemple, de 100 votes par action. Ainsi, tant et aussi longtemps que Denis conserverait une seule action privilégiée de gel, il conserverait de même le contrôle de la compagnie.

Ou encore, il pourrait être convenu dans une convention unanime d'actionnaires intervenue entre Denis et Guy que toutes les décisions jugées importantes par Denis requièrent un vote unanime des actionnaires et que le pouvoir de décider de ces questions sera retiré du conseil d'administration pour être transmis aux actionnaires. Mais une telle convention unanime ne ferait qu'accorder un droit de veto à Denis et non pas un contrôle absolu.

2.2. MOTIFS DU GEL DE 1996

Pourquoi Denis a-t-il effectué une planification successorale en 1996?

2.2.1. Intéresser la relève

Denis voyait son fils Guy s'impliquer activement dans l'entreprise exploitée par Distribution Denis inc. et souhaitait l'intéresser personnellement dans la compagnie afin de l'inciter à demeurer dans la compagnie. À cette époque, Manon, la sœur de Guy, n'avait que 18 ans et était encore aux études. Elle n'avait pas encore montré un intérêt particulier envers l'entreprise familiale. Denis a tout de même conservé 25 % de la participation de Distribution Denis inc. en prévision de pouvoir, le cas échéant, transférer cette participation à sa fille Manon, à moins que cette dernière ne démontre aucun intérêt pour l'entreprise familiale, auquel cas il cèderait éventuellement ce 25 % à son fils Guy pour compléter la participation de ce dernier.

2.2.2. Réduction des impôts au décès

Déjà la participation de Denis dans Distribution Denis inc. en 1996 était évaluée à 3 M$ et Denis se sentait suffisamment protégé financièrement pour se permettre de transmettre une partie de la plus-value future de son entreprise à son ou ses enfants intéressés. Denis a procédé à un gel partiel (75 %) en permettant à son fils Guy de souscrire à des actions ordinaires conférant à ce dernier 75 % de la croissance future de l'entreprise. Voilà autant de valeur que Denis n'aurait pas à léguer plus tard à son fils Guy, économisant ainsi à sa succession un impôt d'environ 25 % sur la croissance associée à ce 75 %.

2.2.3. Autres motifs du gel

Les autres motifs usuels pour un entrepreneur de considérer une planification successorale ont également joué dans la décision de Denis de procéder au gel de la valeur de sa compagnie Distribution Denis inc. en 1996.

- **Fractionnement de revenus** : possibilité de fractionner des revenus de dividendes avec son fils Guy; déjà un certain fractionnement pouvait s'effectuer au niveau du revenu de la compagnie en versant un salaire à Guy, et même à Manon, en fonction des services rendus par ces derniers à la compagnie Distribution Denis inc. Le fractionnement par versements de salaire ou boni est cependant limité à des montants raisonnables[2], à défaut de quoi la compagnie qui verserait une rémunération exagérée, pour les services qui lui sont rendus, pourrait se voir refuser la déduction de cette rémunération de son revenu imposable.

- **Minimisation de l'impôt au décès** : le gel permettrait à Denis de réduire sa facture fiscale à son décès, d'une part en bloquant l'impôt sur le gain en capital à la valeur détenue par Denis (soit 3 M$ en 1996 et 25 % de la plus-value après 1996) et, d'autre part, en commençant un programme de rachat de ses actions privilégiées de gel de son vivant afin de commencer dès aujourd'hui à réduire l'impôt ainsi bloqué. Par exemple, si Denis juge qu'il a besoin de retirer 50 000 $ en dividendes de Distribution Denis inc. pour combler les sommes qui lui sont requises pour son train de vie, il pourrait procéder à un rachat de 50 000 de ses actions privilégiées de gel pour 50 000 $ au lieu de recevoir un

---

2 *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), 5e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »), art. 67.

dividende sur ses actions ordinaires (auquel cas la compagnie devrait verser un montant trois fois plus important à Guy sur ses propres actions ordinaires, à moins que Denis et Guy ne possèdent des actions ordinaires à dividendes discrétionnaires) ou sur ses actions privilégiées de gel. Un tel rachat d'actions privilégiées de gel donnerait lieu de toute manière à un dividende imposable entre les mains de Denis[3], mais de plus, ce rachat, en permettant d'annuler 50 000 actions privilégiées de gel, éliminerait un montant correspondant de gain en capital lors du décès de Denis.

3. PROJECTIONS FINANCIÈRES À L'ESPÉRANCE DE VIE

Si le client ne procède à aucun changement, compte tenu d'une croissance annuelle de l'entreprise à 8 %, l'écart deviendra très important et il sera difficile d'équilibrer le patrimoine avec les autres actifs.

Décès prématuré de Denis et survie du conjoint :

ACTIF du couple Denis et Denise		**Denise**	**Guy**	**Manon**
Résidence familiale	530 483	530 483		
Avances à une compagnie	119 700	119 700		
Placements Denis	514 432	514 432		
Distribution Denis inc.			-	
Actions privilégiées de gel	3 000 000		3 000 000	
Actions ordinaires (25 %)	11 834 584		11 834 584	
Actions ord. Guy (75 %)			35 503 752	
Chalet	303 133			303 133
Terrain commercial	4 178 944			4 178 944
REÉR Denis	1 267 716	1 267 716		
REÉR Denise	544 504	544 504		
TOTAL	**22 293 496**	**2 976 835**	**50 338 336**	**4 482 077**
Impôt	**3 728 300**			
Total net	18 565 196			

[3] En présumant que le capital versé pour les actions de gel, s'il était de 1 000 $ au total, serait d'une fraction de cent par action, pour un capital versé d'à peine 16,66 $ pour 50 000 actions, donnant lieu à un dividende de 49 983,34 $ sur 50 000 $ de rachat : par. 84(3) L.I.R.

En cas de désastre commun, la situation serait la suivante :

ACTIF du couple Denis et Denise		Guy	Manon
Résidence familiale	530 483		530 483
Avances à une compagnie	119 700		119 700
Placements Denis	514 432	514 432	
Distribution Denis inc.		-	
Actions privilégiées de gel	3 000 000	3 000 000	
Actions ordinaires (25 %)	11 834 584	11 834 584	
Actions ord. Guy (75 %)		35 503 752	
Chalet	303 133		303 133
Terrain commercial	4 178 944		4 178 944
REÉR Denis	1 267 716		1 267 716
REÉR Denise	544 504		544 504
TOTAL	**22 293 496**	**50 852 768**	**6 944 480**
Impôt	**5 241 112**		
Total net	17 052 384		

4. NOUVEAUX OBJECTIFS DU CLIENT

- Intégrer Manon dans le capital-actions de Distribution Denis inc.
- Préserver l'harmonie familiale (ménager la susceptibilité de Guy).
- Identifier et corriger le déséquilibre du patrimoine du vivant.
- Identifier et corriger le déséquilibre du patrimoine lors du décès.

5. RÉORGANISATION DU CAPITAL

Comme il a été mentionné ci-dessus, une planification visant à intégrer Manon dans la compagnie Distribution Denis inc. et à rééquilibrer le patrimoine des enfants Guy et Manon en provenance des parents nécessitera d'introduire Manon dans le capital-actions de la compagnie Distribution Denis inc. Plusieurs méthodes peuvent être utilisées pour permettre à Manon de devenir actionnaire de la compagnie Distribution Denis inc. Le choix de la méthode à retenir dépendra de différentes circonstances, dont celle de la

collaboration de Guy. Si Guy refuse de réduire sa propre participation pour le bénéfice de sa sœur Manon, la méthode utilisée devra être choisie en conséquence.

5.1. FIDUCIE FAMILIALE DISCRÉTIONNAIRE

Si, lors du gel de 1996, les actions ordinaires avaient été souscrites, non pas par Guy et Denis personnellement, mais par une fiducie familiale discrétionnaire dont les bénéficiaires auraient été Denis, Guy et Manon, il serait aisé aujourd'hui de procéder à un partage des actions ordinaires entre les bénéficiaires dans une proportion qui reflèterait la volonté des parties… du moins de Denis, et ce, même sans l'accord de Guy.

Si Denis avait été lui-même bénéficiaire de la fiducie familiale qui aurait souscrit aux nouvelles actions ordinaires après le gel de 1996, il aurait été question alors d'une fiducie réversible, en ce sens que Denis pourrait récupérer les actions détenues par la fiducie, lui donnant le droit de reprendre à son nom toute la plus-value accumulée au sein de Distribution Denis inc. depuis 1996.

Retenons que la réversibilité d'une fiducie entre vifs utilisée dans le cadre d'une planification de gel successoral n'est pas pour plaire aux enfants bénéficiaires qui sont alors laissés dans l'incertitude quant à leur participation dans la plus-value de la compagnie familiale, plus-value qu'ils contribueront sans doute eux-mêmes à créer.

Si une telle fiducie avait été créée en 1996 et que Guy et Manon avaient été parmi les bénéficiaires, comment Guy aurait-il perçu le fait que Manon soit également bénéficiaire de la fiducie détentrice des actions participantes de la compagnie Distribution Denis inc. alors que Manon n'était pas du tout impliquée dans cette compagnie à cette date?

Lorsqu'au moment de la mise en place d'une fiducie familiale discrétionnaire aucun des enfants bénéficiaires n'est activement intéressé dans la compagnie dont la fiducie détient des actions, il est normal que les fiduciaires, dont l'auteur du gel, se réservent la possibilité de répartir les actions de la compagnie familiale de la manière qu'ils jugeront la plus appropriée dans les circonstances.

Mais à compter du moment où certains des enfants sont activement impliqués dans la compagnie familiale, alors que d'autres ne le sont pas, et que tous sont bénéficiaires discrétionnaires d'une fiducie familiale actionnaire de la compagnie familiale, cela peut devenir une source d'inquiétude, de tension, sinon

d'insatisfaction pour les enfants activement impliqués. Pourquoi s'évertueraient-ils, par leur travail assidu, à faire profiter une compagnie dont ils n'ont même pas la certitude de recevoir les actions détenues par la fiducie familiale discrétionnaire ou dont ces actions peuvent être partagées avec le ou les autres enfants non impliqués dans l'entreprise? Sans doute serait-il préférable de prévoir, dans une telle fiducie familiale discrétionnaire, certaines dispositions protégeant les enfants activement impliqués dans la croissance de l'entreprise familiale détenue par la fiducie.

Et que dire de la possibilité d'un dégel en faveur de l'auteur du gel lorsque la fiducie est réversible? Voilà une cause additionnelle d'inquiétude auprès du ou des enfants activement impliqués dans l'entreprise. Le fruit de leur labeur (mis à part leur salaire) risque de leur échapper.

5.2. NOUVEAU GEL AVEC LA COLLABORATION DE GUY

La compagnie Distribution Denis inc. qui était évaluée à 3 M$ en 1996 est, en 2006, évaluée à 10 M$, soit 7 M$ additionnels répartis entre Denis (25 % : 1 750 000 $) et Guy (75 % : 5 250 000 $).

Manon a démontré son intérêt personnel pour l'entreprise en y travaillant activement depuis les cinq dernières années. La participation de Manon dans l'entreprise depuis 2001 est reconnue par Denis et Guy. Aujourd'hui, il serait temps de reconnaître l'apport de Manon à l'essor de la compagnie Distribution Denis inc. et de lui ouvrir la porte à l'actionnariat.

Avec la collaboration de Guy, il serait facile de procéder à un nouveau gel en effectuant l'échange des actions ordinaires détenues par Denis et Guy en nouvelles actions privilégiées de gel, rachetables pour un prix de 7 M$, puis de réémettre de nouvelles actions ordinaires dans les proportions convenues entre Denis, Guy et Manon pour une somme nominale.

- **Nouvelle répartition égale** : étant donné que le travail de Guy et de Manon au sein de l'entreprise est maintenant aussi important l'un que l'autre, les nouvelles actions ordinaires émises dans le cadre du nouveau gel de 2006 devrait vraisemblablement s'effectuer en parts égales entre Guy et Manon. Denis souhaite-t-il toujours conserver une participation dans la plus-value future? Si oui, il y aura lieu de lui réserver une partie des nouvelles actions ordinaires.

- **Participation inégale entre Guy et Manon** : voudrait-on permettre à Manon de faire un certain rattrapage par rapport à la participation de Guy en permettant à celle-ci de souscrire à toutes les nouvelles actions ordinaires ou à une proportion plus grande que celle de Guy, jusqu'à ce

que la valeur de Manon ait rattrapé celle de Guy, en tout ou en partie selon ce dont ils pourront convenir entre eux?

Mais serait-il équitable de vouloir absolument permettre à Manon d'atteindre une valeur égale à celle de Guy, alors que Guy a travaillé dans l'entreprise pendant sept ans de plus que Manon? Il faudrait tout de même reconnaître à Guy une valeur supérieure dans Distribution Denis inc. pour tenir compte de ses années de travail additionnelles. La question est de savoir de combien supérieure devrait être la valeur accordée à Guy? Présentement, sa valeur accumulée en 2006 est de 5 250 000 $.

5.2.1. Techniques de « regel »

Si Guy est d'accord pour procéder à un nouveau gel dans Distribution Denis inc. afin de permettre à sa sœur Manon d'en devenir actionnaire dans l'avenir, les techniques pouvant être utilisées sont les suivantes.

5.2.1.1. Achat de gré à gré

Denis et Guy vendraient leurs 100 actions ordinaires de Distribution Denis inc. à cette dernière compagnie et recevraient en contrepartie des actions privilégiées de gel, idéalement d'une catégorie différente de celle déjà détenue par Denis depuis son gel de 1996 et prenant rang après les actions de gel de 1996. Cette vente s'effectuerait à la JVM des 100 actions ordinaires à la date de la transaction, soit 7 M$ et le contrat de vente ainsi que les droits, privilèges, conditions et restrictions afférents aux actions privilégiées de gel utilisées comporteraient une clause d'ajustement de prix pour prévenir les incidences fiscales découlant d'une réévaluation à la hausse des actions ordinaires ainsi vendues[4].

Un contrat en bonne et due forme sera rédigé entre les vendeurs, soit Denis et Guy, et l'acquéreur, soit Distribution Denis inc.

Cet achat de gré à gré s'effectuera avec roulement en vertu du paragraphe 51(1) L.I.R., à moins que les parties ne fassent exprès pour déclencher une partie du gain en capital associé à leurs actions ordinaires par un choix d'une « somme convenue » supérieure à leur PBR[5], auquel cas ce

[4] Par. 51(2), 86(2) et al. 85(1)e.2) L.I.R.

[5] Ce choix nécessitera la production des Formulaires prescrits T2057 (au fédéral) et TP-518 (au provincial).

choix aura préséance sur le roulement automatique du paragraphe 51(1) L.I.R.[6] Un tel choix pourrait être effectué si Denis et Guy souhaitaient prendre avantage de tout ou partie de leur déduction pour gains en capital de 500 000 $ en « cristallisant » cette partie ou la totalité de leur déduction pour gains en capital. Attention alors à l'impôt minimum de remplacement.

Une fois les 100 actions ordinaires de Denis et de Guy dûment échangées en actions privilégiées rachetables pour 7 M$, libre alors à Denis, Guy et Manon de souscrire à de nouvelles actions ordinaires dans toute proportion de leur choix.

Étant donné que la transaction est envisagée en vue de faire entrer Manon comme actionnaire et que celle-ci est majeure, la règle de l'« intérêt réputé » du paragraphe 74.4(2) L.I.R. ne s'appliquera pas[7].

5.2.1.2. Remaniement de capital

Dans le cas où Distribution Denis inc. ne comporte pas dans son capital-actions autorisé une catégorie d'actions privilégiées de gel répondant aux exigences reconnues pour ce genre de planification, des statuts de modification devront être déposés afin de créer la catégorie d'actions privilégiées de gel requise. À ce moment, la transaction envisagée pourra s'effectuer par la conversion des actions ordinaires émises et en circulation en nouvelles actions privilégiées de gel créées par ces statuts de modifications. Le cas échéant, il pourrait être fait en sorte, par la même occasion, d'apporter aux statuts de la compagnie les correctifs nécessaires pour faire de Distribution Denis inc. un « émetteur fermé » au sens du *Règlement 45-106 sur les dispenses de prospectus et d'inscription*[8] de la *Loi sur les valeurs mobilières*[9]. Cette conversion d'actions s'effectuerait sans

---

6 Par. 51(4) L.I.R.

7 Cette règle s'applique lorsqu'une « personne désignée » devient un « actionnaire déterminé » : voir le paragraphe 74.5(5) L.I.R. pour la définition de « personne désignée » et le paragraphe 248(1) L.I.R. pour la définition d'« actionnaire déterminé ». Un enfant majeur n'est pas une personne désignée et n'est donc pas visé par la règle de l'intérêt réputé du paragraphe 74.4(2) L.I.R. Manon serait par contre un « actionnaire déterminé » si elle devait détenir 10 % ou plus des actions d'une catégorie de la compagnie. La règle de l'intérêt réputé requiert, pour trouver application, qu'il y ait à la fois une personne désignée qui soit également un actionnaire déterminé.

8 R.Q. c. V-1.1, r.0.1.001.

9 L.R.Q., c. V-1.1.

incidence fiscale immédiate[10], à moins que les parties ne fassent exprès pour déclencher tout ou partie du gain en capital associé à leurs actions ordinaires en choisissant une « somme convenue » supérieure à leur PBR[11].

Si la transaction s'effectue ainsi par remaniement de capital, il ne sera pas nécessaire de rédiger un contrat de vente d'actions entre Denis et Guy et Distribution Denis inc. Il sera alors d'autant plus important de s'assurer que les actions privilégiées de gel utilisées dans le cadre du remaniement comportent la clause d'ajustement de prix recommandée dans le cas des transactions avec lien de dépendance pour éviter l'application possible du paragraphe 86(2) L.I.R. Pour les mêmes raisons que celles mentionnées à l'achat de gré à gré ci-dessus, les règles de l'« intérêt réputé » ne s'appliqueront pas à cette transaction.

Une fois les actions ordinaires de Denis et Guy dûment converties en actions privilégiées de gel, libre alors à Denis, Guy et Manon de souscrire à de nouvelles actions ordinaires dans toute proportion de leur choix.

5.2.1.3. Dividende en actions

Une autre technique que Denis et Guy pourraient utiliser pour geler leurs participations dans Distribution Denis inc. serait de se déclarer un dividende en actions ayant un capital versé minime et une valeur de rachat correspondant à la JVM des actions ordinaires à la date de la déclaration de dividende, moins 100 $. En l'occurrence, une valeur de 6 999 900 $ serait attribuée aux détenteurs d'actions ordinaires par la déclaration d'un dividende de 699,99 $ payable par l'émission de 69 999 actions privilégiées d'une valeur nominale de 0,01 $ chacune, rachetables pour un prix de 100 $ chacune. Quand bien même la valeur de rachat des actions privilégiées reçues par Denis et Guy leur donnerait droit à 6 999 900 $, le dividende imposable immédiat reconnu aux fins fiscales se limiterait à la valeur nominale des actions ainsi émises, soit 699,99 $[12]. La *Loi sur les compagnies*

---

10 En vertu du paragraphe 86(1) L.I.R.

11 Un tel choix d'une somme convenue supérieure, accompagné de la production des formulaires fiscaux T2057 et TP-518, déclenchera le gain en capital déterminé par les parties et empêchera le roulement automatique du paragraphe 86(1) L.I.R. de s'appliquer : le paragraphe 86(3) L.I.R. veut que le paragraphe 86(1) L.I.R. ne s'applique pas lorsque s'applique le paragraphe 85(1) L.I.R.

12 Par. 248(1) L.I.R. : la définition de « montant » prévoit (à l'alinéa c)) que le montant d'un dividende en actions est le « montant correspondant à l'augmentation, découlant du dividende, du capital versé de la compagnie qui a versé le dividende ».

permettant la création d'actions avec valeur nominale, il suffira de créer une telle catégorie d'actions privilégiées ayant une valeur nominale de 0,01 $ par action et une valeur de rachat de 100 $ par action. Si l'on veut réduire encore plus le dividende imposable immédiat, la valeur de rachat des actions privilégiées utilisées pourrait être supérieure, par exemple 1 000 $ par action, réduisant ainsi le nombre d'actions requis (il n'en faudrait plus que 6 999,9), d'une valeur nominale de 0,01 $ chacune, pour un dividende immédiat de 69,99 $[13]. Pourquoi retirer 100 $ de la valeur que l'on veut déclarer en dividende en actions? Pour que, immédiatement après la déclaration de dividende en actions privilégiées rachetables, il reste au moins 100 $ pour les 100 actions ordinaires émises et en circulation de Distribution Denis inc. La JVM des actions ordinaires étant maintenant réduite à 100 $, il devient facile d'introduire Manon dans la compagnie soit en lui permettant de souscrire à des actions ordinaires additionnelles, soit en lui cédant certaines des actions ordinaires émises et en circulation, le tout pour un prix nominal.

La beauté de cette technique de planification successorale est qu'elle évite l'application de la règle de l'« intérêt réputé » du paragraphe 74.4(2) L.I.R. Dans le présent cas, cette dernière disposition n'étant pas une préoccupation, il serait préférable d'éviter cette technique, même si elle est facile d'utilisation, parce que les autorités fiscales, et tout particulièrement l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC »), considèrent qu'il n'est pas possible de se prémunir d'une clause d'ajustement de prix dans un tel contexte[14], ce qui pourrait devenir préjudiciable à Denis et Guy advenant que l'évaluation de la JVM utilisée pour la déclaration du dividende soit contestée par l'ARC ou par Revenu Québec.

5.3. NOUVEAU GEL SANS LA COLLABORATION DE GUY

Dans le cas où Guy s'objecterait à ce que Manon vienne diluer sa participation dans Distribution Denis inc., les techniques pouvant être utilisées seront plus limitées et devront être utilisées avec doigté et justice

---

[13] Cependant, en utilisant des actions privilégiées rachetables à 1 000 $ chacune, il y aurait une fraction d'action, ce qui n'est pas permis selon la *Loi sur les compagnies* : ainsi dans Paul MARTEL, *La compagnie au Québec, Les aspects juridiques*, vol. 1, éd. feuilles mobiles, Montréal, Wilson & Lafleur/Martel ltée, 2006, p. 14-20, il est mentionné que « pour les compagnies québécoises, non seulement l'émission de fractions d'actions n'est-elle autorisée nulle part dans la loi, mais plusieurs dispositions prohibent implicitement une telle émission, […] ».

[14] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2003-0004125, « Freeze by Paying a Stock Dividend », 1er avril 2003.

pour éviter de donner recours à Guy à des procédures judiciaires pour contrer les gestes posés par Denis et Manon.

5.3.1. Manon – Jusqu'à 25 %

Denis, détenant 25 % des actions ordinaires de Distribution Denis inc., pourra toujours faire en sorte de transférer ces actions à sa fille Manon.

Dans un premier temps, il faudra s'assurer qu'il n'y a pas de clause dans une convention d'actionnaires intervenue entre Denis et Guy qui puisse empêcher Denis d'ainsi transférer ses actions ordinaires à sa fille Manon. S'il existe une clause de premier refus par exemple, les actions de Denis devront d'abord être offertes à Guy, mais celui-ci voudra-t-il exercer son droit de premier refus pour empêcher sa sœur de devenir actionnaire et, dans l'affirmative, aura-t-il les moyens de payer à son père le prix de vente de ces actions?

5.3.1.1. Donation ou vente

Que Denis veuille donner ou vendre ses 25 actions ordinaires à Manon, dans les deux cas, il y aura disposition par Denis d'une valeur de 1 750 000 $, déclenchant un gain en capital de 1 749 975 $ en présumant un PBR de 25 $ pour ces actions. Denis pourra toujours se prévaloir de sa déduction pour gains en capital de 500 000 $, s'il ne l'a pas encore utilisée à ce jour et si ses actions s'y qualifient. Mais il resterait tout de même 1 249 975 $ de gain en capital entraînant un impôt d'environ 312 500 $.

La donation déclencherait cet impôt dans l'année d'imposition du don, sans qu'aucune somme d'argent ne soit remise à Denis comme produit de disposition pour lui permettre d'acquitter cet impôt. Il devra alors piger dans ses autres liquidités pour payer cet impôt.

Dans le cas d'une vente, comment Manon ferait-elle pour payer à son père 1 750 000 $? Denis pourrait bénéficier d'une réserve de 10 ans[15] pour étaler son gain en capital sur une telle période, mais cela ne change en rien la difficulté pour Manon de payer un tel prix de vente et pour Denis de verser, sur 10 ans, près de 312 500 $ d'impôt sur un prix de vente qu'il ne recevra peut-être jamais de son vivant.

---

[15] Par. 40(1.1) L.I.R.

5.3.1.2. Vente à une compagnie de gestion

Manon pourrait constituer une compagnie de gestion et en souscrire la totalité des actions ordinaires participantes. Denis vendrait ses 25 actions ordinaires de Distribution Denis inc. à cette compagnie de gestion contre des actions privilégiées, rachetables à sa demande pour un prix de 1 750 000 $. Manon acquerrait ainsi une participation de 25 % dans la compagnie Distribution Denis inc. par le biais de sa compagnie de gestion. Son enrichissement ne débuterait cependant qu'à compter de la date de cette vente, les premiers 1 750 000 $ demeurant la propriété de Denis.

Cette transaction s'effectuerait évidemment dans le cadre d'un roulement de la part de Denis pour éviter tout incidence fiscale immédiate. La « somme convenue » utilisée par Denis et la compagnie de gestion de Manon serait de 25 $, soit le PBR de Denis pour ses 25 actions ordinaires de Distribution Denis inc. Le contrat de vente comporterait une clause d'ajustement de prix.

5.3.2. Manon – Plus de 25 %

Dans le cas où Denis voudrait permettre à sa fille Manon de détenir une participation supérieure à 25 % dans Distribution Denis inc., il n'aura le choix que de diluer la participation de son fils Guy. Si Guy refuse de participer à la planification permettant d'introduire Manon dans la compagnie, en acceptant de geler sa propre participation, de manière que de nouvelles actions ordinaires puissent être émises pour une valeur nominale à chacune des parties devant participer dans la plus-value future de l'entreprise, il reste peu de possibilités de planification.

5.3.2.1. Souscription d'actions

Dans le cas où Denis a le contrôle de Distribution Denis inc. et qu'il n'y a pas de convention d'actionnaires entre lui et Guy comportant une clause de « droit de préemption »[16], Denis, à titre d'administrateur unique, pourrait autoriser une émission de nouvelles actions ordinaires à Manon, mais, à moins que cette émission ne se fasse à une JVM des actions ordinaires à

---

[16] Un tel droit de préemption donnerait aux détenteurs d'actions en place, au prorata entre eux de leur détention de la catégorie visée, un droit de premier refus sur toute émission additionnelle d'actions de cette catégorie d'actions advenant que le conseil d'administration de la compagnie veuille procéder à une nouvelle émission.

cette date, Denis s'expose à des recours de Guy et à des conséquences fiscales[17].

Le fait pour Denis de permettre à sa fille Manon de souscrire à des actions ordinaires pour un prix inférieur à leur JVM aurait pour effet de diluer sa participation (et celle de son fils Guy) sans contrepartie valable. L'arrêt *La Reine* c. *Kieboom*[18], dans un tel contexte, a établi que le contribuable ayant autorisé cette dilution a disposé d'un « intérêt économique » dans sa compagnie, donnant ainsi ouverture aux règles d'attribution dans le cas où cette dilution avantage un conjoint ou des enfants mineurs. Ce n'est pas notre cas. Manon est majeure et Denise, l'épouse de Denis, n'est pas actionnaire de Distribution Denis inc.

De toute manière, Denis, à titre d'administrateur de Distribution Denis inc., serait malvenu de permettre à sa fille Manon l'émission d'actions à rabais ou selon des termes plus favorables que ceux accordés aux autres actionnaires. Non seulement un tel geste n'est pas dans l'intérêt de la compagnie, mais en plus il contrevient au principe d'égalité de traitement entre les actionnaires.

5.3.2.2. Vente de l'entreprise

Pourvu que Denis détienne le contrôle de Distribution Denis inc. et celui du conseil d'administration de cette dernière compagnie[19] et qu'il n'existe aucune convention unanime d'actionnaires limitant le pouvoir du conseil d'administration de vendre l'entreprise exploitée par la compagnie, Denis pourrait faire en sorte que Distribution Denis inc. vende son entreprise à une nouvelle compagnie opérante, dont les actions ordinaires seraient détenues par les personnes et dans les proportions souhaitées dans le cadre du nouveau gel. Si Guy conteste le transfert de l'entreprise à cette nouvelle compagnie

---

17 Pensons au paragraphe 15(1) L.I.R. ou à l'article 6 L.I.R. selon que l'on considère que l'avantage conféré à Manon de pouvoir souscrire à des actions pour un prix inférieur à leur valeur lui soit octroyé à titre d'actionnaire ou d'employée de la compagnie. Voir aussi l'affaire *Beauchamp* c. *Contenants Sanitaires C.S. Inc*., [1979] C.S. 414 (ci-après « *Beauchamp* »).

18 92 D.T.C. 6283 (C.A.F.).

19 Soit en étant l'administrateur unique de la compagnie ou en pouvant compter sur le vote majoritaire du conseil d'administration de la compagnie, par exemple dans le cas où le conseil d'administration est constitué de son épouse Denise, de son fils Guy et de lui-même et qu'il puisse compter sur le vote de son épouse malgré toute dissidence de la part de Guy.

opérante et refuse d'y prendre part, Denis pourrait faire souscrire les actions ordinaires de la nouvelle compagnie opérante par une fiducie familiale entre vifs dans laquelle son fils Guy, sa fille Manon et, s'il le désirait, lui-même seraient les bénéficiaires discrétionnaires. De cette manière, en liquidant éventuellement la fiducie, il pourra remettre les actions ordinaires détenues par celle-ci entre les mains de ses deux enfants dans la proportion souhaitée.

Cette planification exigera une évaluation minutieuse de la JVM des éléments d'actif de l'entreprise exploitée par Distribution Denis inc. et des termes de paiement commercialement raisonnables (tant en ce qui a trait à un taux d'intérêt sur tout solde de prix de vente, qu'aux garanties consenties en vue d'assurer le parfait paiement du prix de vente, en capital et intérêts).

Un contrat de vente en bonne et due forme sera rédigé entre Distribution Denis inc. et la nouvelle compagnie opérante. Tout impôt pouvant découler de cette vente sera reporté en choisissant des « sommes convenues » appropriées pour les biens admissibles à un roulement en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R.[20] La considération versée par la nouvelle compagnie opérante en contrepartie de l'achat des éléments d'actif de l'entreprise exploitée par Distribution Denis inc. comprendra, d'une part, l'assumation de toutes les dettes afférentes à cette entreprise et, le cas échéant, un billet à demande portant intérêt à un taux commercial concurrentiel, jusqu'à concurrence du total des sommes convenues pour les biens vendus et, d'autre part, des actions privilégiées de roulement pour le montant que représente l'excédent de la JVM des éléments d'actif vendus par rapport au total des sommes convenues pour ces biens. Il ne faudra pas hésiter à évaluer l'achalandage de l'entreprise, s'il y en a un.

Une autre possibilité serait de cesser les opérations dans la compagnie Distribution Denis inc. et de recommencer celles-ci dans une nouvelle compagnie opérante dont Manon serait également actionnaire. Mais cette façon de faire pourrait plus facilement être attaquée par Guy. En effet, la compagnie dans laquelle Guy est actionnaire serait alors privée d'un juste prix pour les éléments d'actif constituant son entreprise, et tout particulièrement en ce qui a trait à l'achalandage de celle-ci. La valeur liquidative des biens d'une compagnie est la plupart du temps de beaucoup inférieure à la JVM de ces biens. Il reste que la nouvelle compagnie opérante voudra probablement acquérir certains des éléments d'actif (équipements, immobilisations, stocks non vendus, etc.) de Distribution Denis inc. pour

[20] Les Formulaires prescrits T2057 et TP-518 devront être remplis et produits dans le délai prévu.

pouvoir reprendre les opérations. Bien qu'ayant cessé ses opérations actives, Distribution Denis inc. conserverait son encaisse, ses comptes clients qu'elle verrait à percevoir et les stocks qu'elle voudrait liquider, sans compter les éléments d'actif superflus qui ne sont pas requis dans le cadre de l'entreprise qu'elle exploitait[21].

5.3.2.3. Recours de Guy

Que pourrait entreprendre Guy comme recours pour tenter d'empêcher la vente de l'entreprise de Distribution Denis inc. à une nouvelle compagnie opérante? En vertu de la *Loi sur les compagnies*, le conseil d'administration a le pouvoir de vendre les biens de la compagnie sans que cette décision n'ait à être ratifiée par les actionnaires[22].

Droit à l'inspection

À titre d'actionnaire, Guy pourrait toujours demander au Registraire des entreprises de nommer un ou plusieurs inspecteurs compétents pour surveiller les affaires de la compagnie[23].

Dans son ouvrage, M[e] Paul Martel mentionne la mise en garde suivante en ce qui a trait à ce droit à l'inspection :

> « L'actionnaire doit cependant être prudent dans son utilisation de son droit à l'inspection, car l'exercice de ce droit peut lui être plus néfaste que profitable. En effet, la nouvelle qu'un inspecteur a été nommé pour examiner les affaires

---

[21] Étant donné que Distribution Denis inc. et la nouvelle compagnie opérante, toutes deux contrôlées par Denis, seraient liées et auraient alors l'obligation fiscale de transiger à une JVM pour éviter les implications désagréables du paragraphe 69(1) L.I.R., pourra-t-on éviter d'avoir à transiger un achalandage si l'on prétend que Distribution Denis inc. ferme ses portes et termine ses opérations, tandis que la nouvelle compagnie opérante commence de nouvelles opérations? Si ces nouvelles opérations s'effectuent avec la même clientèle que celle de Distribution Denis inc., en vendant des produits similaires avec le même personnel, il deviendra difficile de prétendre qu'il n'y a pas eu transfert d'achalandage entre Distribution Denis inc. et la nouvelle compagnie opérante.

[22] Dans P. MARTEL, *op. cit.*, note 13, p. 19-80, note 299, il est mentionné que l'affaire *Rona Inc.* c. *Matco Ravary Inc.*, R.E.J.B. 2003-38910 (C.S.) confirme ce pouvoir des administrateurs. Dans cette affaire, une demande d'injonction d'un actionnaire visant à forcer la compagnie à obtenir l'approbation des actionnaires aux deux tiers des voix avant de vendre ses actifs a été rejetée. De plus, l'appel de cette décision a été rejeté sur requête (C.A. Montréal, nº 500-09-013185-038, 26 mai 2003).

[23] En vertu de l'article 110 L.C.

> d'une compagnie qui a des actions sur le marché peut donner au public l'impression que quelque chose cloche dans la compagnie, et peut-être faire baisser irrémédiablement la cote des actions. Par son geste, l'actionnaire peut porter un coup mortel à la réputation de la compagnie, et en même temps faire baisser la valeur de ses intérêts dans cette compagnie[24]. »

Dans notre cas, il ne s'agit pas d'une compagnie publique, mais il demeure que la nouvelle qu'un inspecteur est nommé dans la compagnie, pourrait inquiéter les personnes qui font affaire avec Distribution Denis inc., entacher sa réputation et faire perdre sa valeur à l'entreprise exploitée par la compagnie.

De toute manière, la décision de vendre l'entreprise dans son ensemble, pour un prix et à des conditions justes et raisonnables, ne sera probablement pas une situation que le Registraire jugera appropriée pour nommer un inspecteur, puisqu'une telle décision est du ressort des administrateurs d'une compagnie, sans que le consentement des actionnaires soit requis[25].

Droit de dissidence

Si Distribution Denis inc. avait été incorporée en vertu de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*[26] plutôt que selon la *Loi sur les compagnies*, il en aurait été tout autrement. En effet, en vertu de la loi fédérale, la vente, la location ou l'échange de tous les biens de la société ou

---

[24] P. MARTEL, *op. cit.*, note 13, p. 31-13.

[25] Les dispositions suivantes de la *Loi sur les compagnies* sont très claires à ce sujet :

- paragraphe 31h) : « la compagnie peut, par décision de son conseil d'administration, […] vendre ou autrement aliéner la totalité ou une partie quelconque de l'entreprise de la compagnie, pour toute considération qu'elle juge convenable […] »;
- paragraphe 91 1) : « les administrateurs de la compagnie peuvent en administrer les affaires et passer, en son nom, toutes espèces de contrats permis par la loi »;
- article 123.29 : « la compagnie a la pleine jouissance des droits civils au Québec et hors du Québec […] »;
- paragraphe 123.31 3) : « les tiers peuvent présumer que […] les administrateurs ou dirigeants de la compagnie occupent valablement leurs fonctions et exercent légalement les pouvoirs qui en découlent »;
- article 123.72 : « les affaires de la compagnie sont administrées par un conseil d'administration composé d'un ou de plusieurs administrateurs. »

[26] L.R.C. (1985), c. C-44 et mod. (ci-après « L.C.S.A. »).

de la quasi-totalité d'entre eux « intervenu autrement que dans le cours normal des activités » de la société nécessite l'approbation des actionnaires, par voix de résolution spéciale (deux tiers des voix) de chaque catégorie d'actions (y inclus les actions dépourvues du droit de vote)[27]. Ainsi, d'une part, Guy, en détenant les trois quarts des actions ordinaires, aurait pu contrecarrer cette décision de vendre les biens de la société et, d'autre part, s'il n'avait pu empêcher la vente, il aurait tout de même bénéficié du droit de dissidence s'il s'opposait à cette vente[28]. Le droit de dissidence consiste en le droit de faire racheter ses actions par la société à leur juste valeur. Dans son ouvrage, M[e] Paul Martel écrit ce qui suit :

> « […] l'expression "juste valeur" n'est pas nécessairement synonyme de "juste valeur marchande" au sens fiscal, ni de "valeur du marché" (*market value*) cette dernière ayant été définie comme "le plus haut prix exprimé en terme monétaire, disponible dans un marché ouvert et sans restriction, entre des parties informées et prudentes transigeant à distance et sans obligation d'agir". La "juste valeur" des actions correspond au prix qui est juste et équitable dans les circonstances[29]. »

Si le droit de dissidence avait été exercé par Guy, en présumant que ce droit lui était ouvert, ce dernier aurait pu forcer la société à lui acheter ses actions à leur juste valeur. Sitôt que les actions de Guy lui aurait été remboursées par la société, elles seraient annulées, et le capital déclaré serait rectifié en conséquence. La société n'est cependant pas tenue de rembourser les actions d'un actionnaire dissident si elle a des motifs sérieux de croire qu'à la suite de ce remboursement elle serait incapable d'acquitter son passif à échéance ou la valeur de réalisation de son actif serait inférieure à son passif[30]. Un remboursement fait en contravention de cette interdiction rendrait automatiquement les administrateurs l'ayant autorisé personnellement responsables et ils seraient solidairement tenus de restituer à la société les sommes en cause non encore recouvrées[31]. Advenant l'incapacité de la société de rembourser ses actions à un actionnaire dissident, celui-ci peut alors demander à une Cour de fixer la

---

27 Par. 189(3) à 189(8) L.C.S.A.

28 Al. 190(1)e) L.C.S.A. : « […] les détenteurs d'actions d'une catégorie peuvent faire valoir leur dissidence si la société […] décide […] de vendre, louer ou échanger la totalité ou la quasi-totalité de ses biens en vertu du paragraphe 189(3). »

29 P. MARTEL, *op. cit.*, note 13, p. 31-20.2. Pour une description détaillée de la procédure à suivre pour exercer le droit de dissidence, voir les pages 31-22 et suivantes.

30 Par. 190(26) L.C.S.A.

31 Al. 118(2)e) L.C.S.A.

juste valeur de ses actions à des fins de remboursement[32]. Une fois cette juste valeur fixée par la Cour, la société doit dans les 10 jours du prononcé de l'ordonnance, aviser le dissident qu'elle est légalement incapable de rembourser ses actions[33]. Le dissident a alors un choix : dans les 30 jours de la réception de l'avis de la société, il peut soit a) retirer sa dissidence et recouvrer tous ses droits d'actionnaire, soit b) conserver son état de réclamant contre la société, pour être remboursé dès que la société sera légalement capable de le faire ou, advenant une liquidation pour être colloqué après les droits des créanciers, mais par préférence aux actionnaires[34].

Recours pour oppression

Également, si Distribution Denis inc. avait été constituée en vertu de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, Guy aurait pu bénéficier du recours en cas d'abus prévu à l'article 241 L.C.S.A. Dans son ouvrage[35], M^e^ Paul Martel écrit, en ce qui a trait au recours en cas d'abus, qu'il s'agit d'un recours extraordinaire et sans précédent qui confère au tribunal des pouvoirs quasi illimités en vue de redresser toutes sortes d'abus et d'injustices se rapportant à des activités des compagnies fédérales et de leurs administrateurs.

Le fait qu'un actionnaire plaignant ait obtenu ses actions pour une considération minime, ou que celles-ci lui ait été données ou léguées, ne réduit ou n'annule pas son droit d'intenter le recours[36]. Il n'est pas nécessaire que l'actionnaire « plaignant » soit minoritaire. Le recours peut être valablement exercé par un actionnaire à 50 %, ou même majoritaire.

Le fait qu'un « plaignant » dispose d'autres droits ou recours ne rend pas irrévocable son recours pour « oppression ». Ainsi, dans l'arrêt *Ferguson* c. *Imax Systems Corporation*[37], la Cour a empêché une société fédérale de modifier son capital-actions de manière à exproprier un actionnaire minoritaire, déclarant que la société n'avait pas agi de bonne foi en exerçant

---

32 Par. 190(16) et suiv. L.C.S.A.

33 Par. 190(24) L.C.S.A.

34 Par. 190(25) L.C.S.A.

35 P. MARTEL, *op. cit.*, note 13, pp. 31-36.1 et suiv.

36 *Id.*, p. 31-43.

37 (1981) 12 B.L.R. 209; (1983) 150 D.L.R. (3^e^) 718; (1983) 43 O.R. (2^e^) 128.

son pouvoir d'amender ses statuts, mais bien d'une manière discriminatoire, injustement préjudiciable à l'actionnaire minoritaire. Cet arrêt démontre qu'un actionnaire fondé à exercer le droit de dissidence en vertu de l'article 190 L.C.S.A. n'est pas restreint à ce droit et peut choisir d'exercer plutôt le recours selon l'article 241 L.C.S.A.[38]

Pour que le tribunal intervienne à la demande du « plaignant », il doit être convaincu que la société, par : a) son comportement, b) la façon dont elle conduit ses activités commerciales ou ses affaires internes, ou c) la façon dont ses administrateurs exercent ou ont exercé leur pouvoir, a provoqué une situation qui a l'un ou l'autre des trois effets suivants envers un détenteur de valeurs mobilières, un créancier, un administrateur ou un dirigeant :

- abusé de ses droits (« oppression »);

- ou se montrer injuste à son égard, soit en lui portant préjudice (*unfair prejudice*);

- soit en ne tenant pas compte de ses intérêt (*unfair disregard*).

Il ne fait pas de doute que la vente des éléments d'actif d'une société ou un prêt d'argent à une autre société contrôlée par les majoritaires, ou encore la vente des éléments d'actif de la société sans l'approbation requise des actionnaires donnerait ouverture à un recours pour oppression. Seraient également des sources de recours pour oppression, pour ne souligner que celles-là :

- le fait de détourner des fonds, des profits ou des occasions d'affaires au bénéfice des majoritaires, d'une autre compagnie contrôlée par les majoritaires ou des personnes liées à eux[39];

- le fait de « saigner » la société au bénéfice des majoritaires, de manière à rendre la société incapable de remplir ses obligations envers le plaignant… ou de l'empêcher de participer aux bénéfices[40].

En réponse à un recours pour oppression, le tribunal peut rendre toutes les ordonnances, provisoires ou définitives, qu'il estime pertinentes. Il a

---

38 P. MARTEL, *op. cit.*, note 13, p. 31-51.

39 *Id*., p. 31-65.

40 *Id*., p. 31-66.

littéralement carte blanche pour établir l'équité dans la société[41]. Ainsi, le tribunal peut :

- empêcher le comportement contesté, en l'annulant ou en l'interdisant;
- modifier un contrat auquel la société est partie ou le résilier avec indemnisation de la société ou des autres parties;
- ordonner à la société ou à toute autre personne d'acheter les actions du plaignant dans la société, le tribunal ayant alors toute latitude quant à la fixation du prix pour lequel l'achat forcé est ordonné[42];
- vendre le fonds de commerce de la société[43].

Article 33 du *Code de procédure civile*[44]

Jusqu'à nouvel ordre, les recours prévus par la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* n'ont pas leur équivalent en vertu de la *Loi sur les compagnies* du Québec. Cette dernière loi est actuellement en révision et il a été suggéré au législateur d'introduire dans la *Loi sur les compagnies* du Québec des recours similaires au droit de dissidence et au recours pour oppression de la loi fédérale.

Pour le moment, au Québec, les parties doivent s'en tenir aux recours usuels de droit civil, tel l'injonction, si elle est justifiée, ou le pouvoir de surveillance et de réforme accordé à la Cour supérieure en vertu de l'article 33 C.p.c.

---

41 *Id*., p. 31-86.

42 Contrairement à l'article 190 L.C.S.A. (droit de dissidence), l'article 241 L.C.S.A. n'exige pas que l'achat s'effectue à la « juste valeur ».

43 Dans la cause *Naneff* c. *Con-Crete Holdings Ltd.*, (1994) 11 B.L.R. (2e) 218 (C.J. Ont.), au lieu d'ordonner l'achat des actions du plaignant (qui aurait fait l'affaire des majoritaires qui l'avaient indûment), la Cour ordonna plutôt la vente du fonds de commerce de la société sur le marché public (*open market*), par un agent nommé par les parties ou, à défaut, par la Cour. Le but de cette ordonnance était de donner au plaignant l'occasion de se porter acquéreur de l'entreprise, en offrant un prix supérieur à celui offert par les majoritaires. En appel, cependant, il fut décidé d'ordonner plutôt l'achat des actions du plaignant, en raison de l'injustice créée par le premier jugement; (1995) 23 O.R. (3e) 481; 23 B.L.R. (2e) 286 (C.A.).

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

Dans son ouvrage[45], M^e^ Martel s'interroge sur la possibilité de donner une portée plus grande à l'article 33 C.p.c., pour lui faire jouer un rôle similaire à l'article 241 L.C.S.A. Normalement, l'article 33 C.p.c. est à la base de l'« action dérivée », permettant à un actionnaire d'intenter un recours au nom et dans l'intérêt de la compagnie, par exception au principe que « nul ne peut plaider au nom d'autrui ». La Cour supérieure pourrait-elle utiliser son pouvoir de surveillance et de réforme pour intervenir plus largement dans les affaires internes d'une compagnie provinciale et rendre des ordonnances favorisant directement l'actionnaire qui s'adresse à elle? En deux mots, l'article 33 C.p.c. peut-il permettre une action personnelle autant qu'une action dérivée[46]?

Toujours selon M^e^ Paul Martel, « *a priori*, les termes "surveillance et réforme" utilisés à l'article 33 sont si larges que rien n'empêche la Cour supérieure d'accueillir une action personnelle d'un actionnaire »[47]. Toutefois, nos tribunaux ont toujours fait preuve, jusqu'à présent, d'une réticence marquée à intervenir dans les affaires internes des compagnies provinciales. En droit corporatif, la règle de la majorité empêche l'intervention judiciaire sauf dans des circonstances exceptionnelles (*ultra vires*, fraude manifeste).

Au fédéral, le législateur a écarté ces précédents en créant un recours qui vise expressément des actes injustes et non uniquement des actes illégaux, et en écartant expressément quant à l'exercice de ce recours la règle de la majorité.

Depuis la réforme du *Code civil du Québec*[48] en 1994 et l'ajout de la notion d'« abus de droit » au nouveau Code civil[49], certains auteurs suggèrent qu'il existe maintenant un nouveau recours général pour oppression qui pourrait être utilisé au Québec et qui pourrait être invoqué par un actionnaire minoritaire à l'encontre d'agissements de la compagnie ou de ses administrateurs pour appuyer son recours en injonction ou en dommages en vertu de l'article 1457 C.c.Q. ou sa demande de réforme selon l'article 33 C.p.c. D'ailleurs, les plus récentes décisions de la Cour laissent entrevoir une

---

45 P. MARTEL, *op. cit.*, note 13, p. 31-3.

46 Par exemple, dans la cause *Beauchamp*, la Cour a accordé à un actionnaire minoritaire une injonction interlocutoire empêchant l'émission d'actions au majoritaire à une valeur inférieure à la valeur marchande.

47 P. MARTEL, *op. cit.*, note 13, p. 31-3.

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

49 Voir art. 6, 7, 317 et 1375 C.c.Q.

vive lueur d'espoir à cet égard[50]. L'affaire *Desautels* c. *Desautels*[51] semble confirmer cette nouvelle orientation prise par la Cour. Dans cette affaire, portant sur une requête en irrecevabilité d'un recours d'un actionnaire d'une compagnie provinciale demandant l'achat forcé de ses actions, la Cour a rejeté cette requête, déclarant ceci :

> « Donc, le principe du pouvoir d'intervention de la Cour supérieure en vertu de l'article 33 C.p.c. et de ses pouvoirs inhérents partiellement codifiés par l'article 46 C.p.c. est bien présent. Jusqu'où ira-t-il? Tout dépendra des faits, des circonstances, de la preuve au procès. Par contre, selon Martel il est aussi possible que cette démarche aille au-delà (*sic*) du pouvoir de surveillance et de réforme de l'article 33 C.p.c. et constitue en fait la création d'un nouveau droit.
>
> Ira-t-on jusqu'à ordonner à une compagnie québécoise de racheter les actions d'un actionnaire opprimé? Rien ne permet au soussigné d'affirmer que cela soit impossible.
>
> […]
>
> On ne peut nier la tendance visant à élargir (*sic*) plutôt qu'à restreindre le pouvoir d'intervention d'un juge de cette Cour sous l'empire des articles (*sic*) 33 et 46 C.p.c.
>
> En vertu de l'article 46 C.p.c., la Cour supérieure détient le pouvoir de rendre toutes ordonnances appropriées pour pourvoir aux cas où la loi n'a pas prévu de remède spécifique. Il faut pouvoir s'adapter à l'évolution rapide du droit judiciaire et continuer à faire preuve d'ouverture[52]. »

5.4. DEVOIR D'HONNÊTETÉ ET DE LOYAUTÉ

Malgré le fait que les administrateurs d'une compagnie provinciale aient le pouvoir de vendre les éléments d'actif de celle-ci, peuvent-ils exercer ce pouvoir sans contrevenir à leurs devoirs d'honnêteté et de loyauté? Ces devoirs, énoncés à l'article 322 C.c.Q., sont les mêmes que ceux que l'alinéa 122(1)a) L.C.S.A. impose aux sociétés fédérales. L'article 322 C.c.Q. constitue une codification du droit anglo-canadien en matière de *fiduciary duties* ou « devoir fiduciaire », « devoir de loyauté et de bonne foi » des administrateurs.

---

50 Voir P. MARTEL, *op. cit.*, note 13, pp. 31-5 et suiv.

51 [2005] J.Q. n° 10009 (C.S.), j. Mongeon.

52 *Id*., par. 19 et suiv. ainsi que par. 24 et suiv.; voir également P. MARTEL, *op. cit*., note 13, pp. 31-7, 31-8.

En gros, cette doctrine anglo-saxonne veut que la personne en position « fiduciaire » (en l'occurrence l'administrateur ou le dirigeant de la compagnie) doive agir de bonne foi au meilleur des intérêts du bénéficiaire (la compagnie) pour tout ce qui est relié à son rôle[53].

Que signifie, en pratique, l'expression « dans l'intérêt de la compagnie »? En deux mots, ceci : l'administrateur doit agir avec pour seul objectif le bien de la compagnie, personne distincte, sans tenir compte des intérêts d'aucune autre personne, groupe ou entité[54]. M^e^ Martel mentionne ce qui suit :

> « […] dans le cas des petites compagnies de type familial, les mêmes personnes sont à la fois actionnaire majoritaire et administrateur, et il s'opère un genre de confusion d'autorité. Mais les tribunaux ne manqueront pas d'exiger que le partage d'autorité demeure sans équivoque, et que les administrateurs agissent dans l'intérêt de la compagnie uniquement[55]. »

Rien n'empêcherait Denis d'être administrateur à la fois de Distribution Denis inc. et de la nouvelle compagnie opérante à laquelle il voudrait transférer l'entreprise exploitée par la première. Mais Denis, à titre d'administrateur, doit éviter d'utiliser sa position dans une compagnie pour avantager indûment l'autre, car dans un tel cas il manquerait à ses devoirs de loyauté envers la compagnie lésée et ses agissements pourraient donner ouverture à des recours de la part des actionnaires de celle-ci[56].

Denis pourrait-il faire valoir qu'il est dans l'intérêt de la compagnie de faire en sorte que l'entreprise exploitée par celle-ci soit transférée à une nouvelle compagnie qui sera mieux en mesure de répondre à son développement futur, entre autres, en permettant d'y intéresser des personnes clés, telle Manon dont l'apport est important pour l'expansion de celle-ci?

En principe, le devoir de loyauté d'un administrateur s'adresse à la compagnie et il peut être invoqué par celle-ci ou, en son nom, par ses actionnaires. Les administrateurs n'ont *a priori* pas de devoir « fiduciaire » envers les actionnaires minoritaires, mais il peut arriver que certains gestes

---

53 P. MARTEL, *op. cit.*, note 13, p. 23-30.

54 *Id.*, pp. 23-44 et suiv.

55 *Id.*, p. 23-47.

56 *Id.*, pp. 23-48 et 23-49.

posés directement à leur détriment donnent ouverture à des recours de leur part[57].

Un administrateur ne doit jamais se placer dans une position où ses intérêts personnels risquent de s'opposer à ceux de la compagnie[58]. Dans une telle situation de conflit, l'administrateur doit dénoncer à la personne morale tout intérêt qu'il a dans une entreprise susceptible de le placer en situation de conflit d'intérêt. Il doit de plus, « sauf nécessité », s'abstenir de délibérer et de voter sur la question[59]. L'interdiction de délibérer et de voter ne va pas jusqu'à obliger l'administrateur à quitter la réunion pendant les délibérations, ce qui peut, dans le cas où il y a plusieurs administrateurs, inhiber les autres administrateurs dans leurs délibérations. Les mêmes obligations de divulguer son intérêt dans le contrat auquel il est partie, directement ou indirectement, et de s'abstenir de voter sur cette question, sont prévues à la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*[60].

Si l'administrateur intéressé dans un contrat ne se plie pas à son obligation de divulguer cet intérêt et de s'abstenir de voter, la compagnie ou tout actionnaire peut demander à la Cour d'annuler ce contrat et d'enjoindre l'administrateur à rendre compte à la compagnie de tout bénéfice qu'il en a tiré[61].

L'acte répréhensible ne semble pas être la participation par l'administrateur intéressé aux délibérations et au vote, et ce, même si le contrat est préjudiciable pour la compagnie, mais plutôt le défaut de dénonciation de l'intérêt personnel de l'administrateur dans le contrat en question[62].

Ainsi, une résolution signée par tous les administrateurs d'une compagnie, dans laquelle est insérée la mention de la déclaration d'intérêt et

---

57 *Id*., pp. 23-49 et suiv.

58 L'article 324 C.c.Q., imitant en cela la common law, confirme ce principe et interdit à l'administrateur de « se placer dans une situation de conflit entre son intérêt personnel et ses obligations d'administrateur ».

59 Art. 325 C.c.Q.

60 Art. 120 L.C.S.A.

61 Par. 120(8) L.C.S.A.; art. 326 C.c.Q.

62 Art. 326 C.c.Q.

de l'abstention de voter de l'administrateur intéressé, semblerait respecter les exigences de l'article 326 C.c.Q.[63]

Mais qu'en est-il d'une compagnie gérée par un administrateur unique? Comment une décision dans laquelle cet administrateur unique est intéressé pourra-t-elle être prise s'il doit s'abstenir de délibérer et de voter sur cette question? L'article de loi mentionne que l'administrateur intéressé doit, « sauf nécessité », s'abstenir de délibérer et de voter[64].

Sans doute pourrait-on considérer qu'il s'agit d'un cas où il est nécessaire à l'administrateur de voter, faute de quoi aucune décision ne pourra être prise. L'administrateur unique aura alors tout avantage à dénoncer son intérêt dans le texte de la résolution écrite tenant lieu d'assemblée des administrateurs[65]. Cela n'empêcherait pas pour autant les recours vus ci-dessus qui sont ouverts à Guy.

5.5. CONVENTION ENTRE ACTIONNAIRES

Déjà Denis et Guy auraient dû signer entre eux une convention entre actionnaires afin de déterminer le sort devant être réservé à leurs actions respectives dans Distribution Denis inc. advenant différentes circonstances telles que leur décès, leur inaptitude, leur retrait des affaires de la compagnie, et toute autre circonstance jugée pertinente par eux.

Tant Denis que Guy ont avantage à préciser ce qui doit advenir de leurs actions dans Distribution Denis inc. advenant leur décès : leurs actions peuvent-elles être transmises à leur succession? Pour Denis, comment verrait-il le fait que les actions détenues par Guy se retrouvent entre les mains de la veuve de Guy advenant le décès de celui-ci? Et en ce qui a trait à Guy, comment verrait-il que les actions de Denis se retrouvent entre les mains de Denise et/ou de Manon advenant le décès de Denis? Et si Manon

---

63 Cela permettrait également de respecter les exigences statutaires de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* : art. 117 et 120 L.C.S.A.

64 Art. 326 C.c.Q.; le paragraphe 120(5) L.C.S.A. prévoit pour sa part que « l'administrateur visé ne peut participer au vote sur la résolution présentée pour faire approuver le contrat », mais ouvre la porte à certaines exceptions, telle celle d'un contrat conclu avec une personne morale du même groupe ou celle portant essentiellement sur la rémunération de l'administrateur visé.

65 Pour plus de renseignements sur toute cette question des règles en matière de contrat administrateur-compagnie, voir P. MARTEL, *op. cit.*, note 13, pp. 23-89 à 23-103.

devient elle-même actionnaire de Distribution Denis inc., il ne faudra pas oublier de l'introduire dans la convention, au même titre que les autres actionnaires.

La convention peut également établir une politique de rachat des actions privilégiées de gel détenues par Denis, et tout particulièrement advenant le décès de Denis, empêcher, le cas échéant, que le ou les légataires de ces actions privilégiées de gel ne puissent demander d'une manière impromptue et à contretemps le rachat des actions dont ils auront hérité.

Finalement, la convention pourrait également contenir une clause de « convention unanime » si les actionnaires désirent prévoir que certaines décisions jugées importantes se prendront autrement qu'à la majorité simple du conseil d'administration de la compagnie. Il serait surprenant cependant que Denis accepte une clause de « convention unanime » tant qu'il désire conserver le contrôle absolu de la compagnie.

6. RÉÉQUILIBRER LE PATRIMOINE

6.1. ROULEMENT EN FAVEUR D'UNE NOUVELLE SOCIÉTÉ DE GESTION

Manon forme une nouvelle société de gestion et Denis vend à cette dernière ses actions de Distribution Denis inc. Il obtient en contrepartie des actions privilégiées de roulement, rachetables à sa demande pour un prix de 1 750 000 $.

Il désire visualiser l'impact de cette transaction sur le plan testamentaire.

ACTIF du couple Denis et Denise		**Denise**	**Guy**	**Manon**
Résidence familiale	350 000	350 000		
Avances à une compagnie	750 000	750 000		
Placements Denis	250 000	250 000		
Distribution Denis inc.			-	
Actions privilégiées de gel	3 000 000	3 000 000		
Actions priv. roulement	1 750 000			1 750 000
Actions ord. Gesco (25 %)				100
Actions ord. Guy (75 %)			5 250 000	
Chalet	200 000			200 000
Terrain commercial	1 500 000			1 500 000
REÉR Denis	400 000	400 000		
REÉR Denise	200 000	200 000		
TOTAL	**8 400 000**	**4 950 000**	**5 250 000**	**3 450 100**
Impôt	**588 000**			
Total net	7 812 000			

On constate le maintien à court terme d'un déséquilibre important entre Guy et Manon.

S'il y a désastre commun, en réattribuant certains actifs, on peut atteindre un certain équilibre. Par contre, il reste encore un écart d'environ 2 M$ en fonction de la distribution de la façon dont on acquittera la facture d'impôt.

ACTIF du couple Denis et Denise		**Guy**	**Manon**
Résidence familiale	350 000		350 000
Avances à une compagnie	750 000	375 000	375 000
Placements Denis	250 000	125 000	125 000
Distribution Denis inc.		-	
Actions privilégiées de gel	3 000 000	1 500 000	1 500 000
Actions priv. roulement	1 750 000		1 750 000
Actions ord. Gesco			100
Actions ord. Guy (75 %)		5 250 000	
Chalet	200 000		200 000
Terrain commercial	1 500 000		1 500 000
REÉR Denis	400 000	200 000	200 000
REÉR Denise	200 000	100 000	100 000
TOTAL	**8 400 000**	**7 550 000**	**6 100 100**
Impôt	**1 596 000**		
Total net	6 804 000		

Voyons par contre l'impact à long terme de cette décision.

ACTIF du couple Denis et Denise		**Guy**	**Manon**
Résidence familiale	530 483	265 242	265 242
Avances à une compagnie	119 700	59 850	59 850
Placements Denis	514 432	257 216	257 216
Distribution Denis inc.			
Actions privilégiées de gel	3 000 000	1 500 000	1 500 000
Actions priv. roulement	1 750 000	875 000	875 000
Actions ord. Gesco			10 750 000
Actions ord. Guy (75 %)		37 500 000	
Chalet	303 133		303 133
Terrain commercial	4 178 944		4 178 944
REÉR Denis	1 267 718		1 267 718
REÉR Denise	544 504		544 504
TOTAL	**12 208 914**	**40 457 308**	**20 001 607**
Impôt	**2 909 028**		
Total net	9 299 886		

À cause de l'augmentation importante de la valeur de l'entreprise, l'écart dans le déséquilibre tend à augmenter. Une telle différence dans les valeurs pourrait avoir des conséquences sur l'entreprise car il est facile d'imaginer qu'il y aura des tensions entre les deux héritiers.

6.2. NOUVEAU GEL SUCCESSORAL ET NOUVELLE RÉPARTITION DES ACTIONS

Denis convainc son fils Guy de procéder à un rééquilibre du capital-actions mais accepte de reconnaître l'ancienneté du fils et de sa contribution dans le passé. Le capital-actions de la nouvelle société sera de 60 % pour Guy et 40 % pour Manon. Voyons l'impact de cette décision.

ACTIF du couple Denis et Denise		**Guy**	**Manon**
Résidence familiale	350 000		350 000
Avances à une compagnie	750 000	375 000	375 000
Placements Denis	250 000	125 000	125 000
Distribution Denis inc.			
Actions priv. de gel 1996	3 000 000	1 500 000	1 500 000
Actions priv. de gel 2006	1 750 000		1 750 000
Act. priv. de gel Guy 2006		5 250 000	
Actions ord. Guy (60 %)			
Act. ord. Manon (40 %)			
Chalet	200 000	100 000	100 000
Terrain commercial	1 500 000		1 500 000
REÉR Denis	400 000	200 000	200 000
REÉR Denise	200 000	100 000	100 000
TOTAL	**8 400 000**	**7 650 000**	**6 000 000**
Impôt	**1 596 000**		
Total net	6 804 000		

Dans l'immédiat, il y a encore un écart d'environ 1,6 M$ même si on fait payer les impôts par la succession. Denis peut aussi considérer la souscription d'une assurance vie au premier ou au deuxième décès, dont le principal objectif serait de faire un legs additionnel à Manon pour combler cet écart en totalité ou en partie.

Le paiement de la prime pourrait se faire par le remboursement des avances. On peut figurer un dépôt total de 200 000 $ pour une protection de 1,5 M$.

Voici l'impact à long terme de la nouvelle répartition des actions (60/40).

ACTIF du couple Denis et Denise		**Guy**	**Manon**
Résidence familiale	530 483		530 483
Avances à une compagnie	119 700	59 850	59 850
Placements Denis	514 432	257 216	257 216
Distribution Denis inc.			
Actions priv. de gel 1996	3 000 000	1 500 000	1 500 000
Actions priv. de gel 2006	1 750 000	875 000	875 000
Act. priv. de gel Guy 2006	5 250 000	5 250 000	
Actions ord. Guy (60 %)	24 000 000	24 000 000	
Act. ord. Manon (40 %)	16 000 000		16 000 000
Chalet	303 133		303 133
Terrain commercial	4 178 944		4 178 944
REÉR Denis	1 267 718	633 859	633 859
REÉR Denise	544 504	272 252	272 252
TOTAL	**57 458 914**	**32 848 177**	**24 610 737**
Impôt	**2 909 028**		
Total net	54 549 886		

Il est intéressant de constater qu'en voulant satisfaire le fils qui ne voulait pas de partage 50/50, on a créé un écart important dans les valeurs des deux enfants.

CONCLUSION

On constate qu'aucune répartition des actions de Distribution Denis inc. autre que 50 % - 50 % ne parviendra à créer un équilibre entre Guy et Manon à long terme, et ce, tout en reconnaissant à Guy une avance de 5 250 000 $ pour sa contribution additionnelle à la compagnie.

Or, à moins que Guy n'accepte de diluer sa participation de 75 % à 50 %, Denis ne pourra pas offrir à Manon plus que sa propre participation de 75 %.

Denis et Denise pourraient léguer tous leurs biens à Manon pour tenter de compenser l'écart entre l'augmentation de fortune de Guy et Manon, mais cela pourrait laisser un goût amer dans la relation entre Guy et Manon et ne pas changer grand-chose dans le « rééquilibrage ».

La solution de souscrire un contrat d'assurance afin d'augmenter l'actif non lié à l'entreprise et ainsi pouvoir le léguer à Manon est aussi une avenue intéressante et peu coûteuse.

Denis pourrait aussi, advenant tout nouveau développement complémentaire aux opérations de Distribution Denis inc., créer une nouvelle compagnie pour exploiter ce nouveau développement et faire en sorte que la participation de Manon dans cette nouvelle compagnie compense pour celle dans Distribution Denis inc.

Si une fiducie entre vifs discrétionnaire avait été mise en place à l'origine en 1996, toute cette question d'équité entre les enfants aurait été plus facile à régler. La leçon à retenir est que lorsqu'on planifie la relève d'une famille en affaires, où on ignore encore les aspirations et le potentiel de tous les enfants pouvant être intéressés à l'entreprise familiale, il est préférable de garder la porte ouverte à un partage équilibré en fonction de l'apport de chacun. La fiducie demeure l'outil idéal pour répondre à cette question.

LA RECTIFICATION DE CONTRATS EN DROIT QUÉBÉCOIS : MYTHES, RÉALITÉS ET APPLICATIONS PRATIQUES

Mathieu Bouchard
Avocat

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 38:3

1. LES ASSISES JURIDIQUES DE LA RECTIFICATION 38:4

1.1. DES ORIGINES SIMILAIRES 38:4
1.2. L'ÉVOLUTION DE LA DOCTRINE EN DROIT COMMUN CANADIEN 38:5
1.3. LES SUITES DE L'AFFAIRE *JULIAR* AU QUÉBEC 38:9

2. UNE ALTERNATIVE À LA RECTIFICATION : L'ANNULATION D'UN CONTRAT 38:11

3. LES ORDONNANCES DE COURS SUPÉRIEURES ET LES APPELS DE COTISATION 38:13

CONCLUSION 38:21

INTRODUCTION

La rectification de contrats par voie judiciaire, en particulier depuis l'affaire *Juliar* c. *Canada (Procureur général)*[1], a suscité beaucoup d'intérêt de la part des praticiens en droit fiscal. En effet, certains ont voulu y voir une sorte de « police d'assurance », permettant de corriger *a postiori* des erreurs dans une transaction aux conséquences fiscales fâcheuses. De leur côté, les autorités fiscales considèrent souvent d'un mauvais œil la rectification, y flairant une tentative de réécriture de l'histoire fiscale à l'avantage du contribuable.

Bien que constituant effectivement un outil qui peut s'avérer fort utile lorsque les écrits préparés aux fins d'une transaction ne reflètent pas fidèlement l'intention des parties ou qu'une erreur s'est glissée dans leur rédaction – d'autant plus que les tribunaux en matière fiscale ont, à de nombreuses reprises, confirmé que le fisc était lié par des ordonnances de rectification légalement obtenues – , la rectification judiciaire de contrats a ses limites. D'une part, au Québec, les tribunaux ont, jusqu'à ce jour, refusé de suivre l'élargissement de la doctrine à la façon des tribunaux ontariens dans l'affaire *Juliar*. D'autre part, tant la jurisprudence québécoise que celle nous venant du droit commun anglo-saxon insiste sur l'idée que la Cour ne rectifiera pas le contrat lui-même, mais bien les écrits qui traduisent l'accord de volonté entre les parties, de façon que les deux concordent.

Par ailleurs, en droit civil québécois, une erreur sur l'objet, la cause ou un élément essentiel d'un contrat vicie le consentement des parties et emporte la nullité de leur entente. Dès lors, lorsque confronté à une situation où une transaction a produit ou risque de produire des conséquences fiscales négatives et inattendues ou non voulues pour un contribuable, l'avocat qui songe à faire rectifier le contrat en question doit déterminer s'il s'agit bel et bien d'un cas de rectification – c'est-à-dire que l'erreur constatée est purement matérielle – ou encore d'un cas d'annulation du contrat – c'est-à-dire que l'erreur est d'une importance telle qu'elle vicie le consentement entre les parties et rend le contrat nul *ab initio*.

Dans les pages qui suivent, seront abordées les assises juridiques de la rectification en droit commun anglo-saxon et en droit québécois, l'évolution récente de la doctrine en Ontario marquée par l'affaire *Juliar*, l'annulation de

---

[1] (1999) 46 O.R. (3e) 104 (C.S. Ont.) (appel rejeté, (2000) 50 O.R. (3e) 728 (C.A. Ont.), autorisation d'en appeler refusée, 24 mai 2001, (C.S.C.) no 28304 (ci-après « *Juliar* »).

contrats en droit civil québécois, de même qu'une revue de la jurisprudence en matière fiscale sur la question de l'effet des ordonnances rendues par des cours supérieures rectifiant ou annulant des contrats.

1. LES ASSISES JURIDIQUES DE LA RECTIFICATION

1.1. DES ORIGINES SIMILAIRES

Tant en droit civil québécois qu'en droit commun anglo-saxon, la rectification vise à la base la correction d'erreurs dans la rédaction des écrits, lesquels constatent un contrat ou une série de transactions. Le but recherché est que l'écrit reflète fidèlement l'intention réelle des parties.

Ainsi, dans l'affaire *In Re Slocock's Will Trust*[2], la Chancery Division de la High Court anglaise était saisie d'une demande de rectification d'un acte de transfert d'un lot au motif que la description qui en avait été donnée était erronée, rendant la transaction nulle et entraînant des conséquences fiscales fâcheuses pour la succession visée. Cette dernière s'adressa donc au tribunal pour faire rectifier l'acte de transfert et ainsi corriger la description erronée. Le juge Graham, en accueillant la requête, décrivit comme suit la doctrine de rectification en *equity* :

> « The general principle in regard to rectification is clearly stated in Snell's Principles of Equity in the following words:
>
> > "If by mistake a written instrument does not accord with the true agreement between the parties, equity has power to reform, or rectify, that instrument so as to make it accord with the true agreement. What is rectified is not a mistake in the transaction itself but a mistake in the way in which that transaction has been expressed in writing. 'Courts of Equity do not rectify contracts; they may and do rectify instruments purporting to have been made in pursuance of the terms of contracts'"[3]. » (Notre soulignement)

Cet exposé de la doctrine de rectification en droit anglo-saxon concorde en tout point avec celui qu'en font les auteurs Jean-Louis Baudouin et Pierre-Gabriel Jobin en droit civil québécois. En effet, ceux-ci écrivent :

> « L'erreur purement matérielle (erreur de calcul, de désignation, erreur d'écriture) ne constitue pas une cause de nullité de l'engagement. Elle n'affecte

---

2 [1979] 1 All E.R. 358 (Ch. D.) (ci- après « *Slocock's Will Trust* »).

3 *Id*., 361.

> pas, en effet, la volonté réelle des parties, mais seulement sa constatation matérielle. Les parties peuvent s'adresser au juge pour obtenir la correction de l'erreur[4]. »

Tant en droit commun qu'en droit civil, l'accent est donc mis sur le caractère matériel de l'erreur à rectifier, à l'opposé d'une erreur sur un élément substantif, qui lui affecterait la validité même du contrat[5].

Par ailleurs, dans l'affaire *Slocock's Will Trust*, la Cour ajoutait que la rectification était permise même lorsqu'il s'agissait de rectifier un écrit dans le cadre d'une transaction légitimement conçue pour réduire le fardeau fiscal d'un contribuable, le fisc ne bénéficiant d'aucun « privilège » qui viendrait restreindre les droits d'un contribuable à y faire corriger une erreur matérielle :

> « […] (3) If a mistake is made in a document legitimately designed to avoid the payment of tax, there is no reason why it should not be corrected. The Crown is in no privileged position qua such a document. It would not be a correct exercise of the discretion in such circumstances to refuse rectification merely because the Crown would thereby be deprived of an accidental and unexpected windfall […][6]. »

Tel qu'il sera examiné plus bas, cette attitude favorable au contribuable est reflétée dans les jugements des tribunaux en matière fiscale, la jurisprudence de ces derniers selon laquelle une ordonnance de rectification validement obtenue aura plein effet vis-à-vis le fisc.

1.2. L'ÉVOLUTION DE LA DOCTRINE EN DROIT COMMUN CANADIEN

L'affaire *Juliar* marque un tournant dans l'application de la doctrine de rectification au Canada. En effet, dans cette affaire, les tribunaux ontariens

---

4 Jean-Louis BEAUDOIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les Obligations*, n° 213, 5e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998. Voir, par exemple, *Labelle Miller* c. *Banque Nationale du Canada*, [1988] R.D.I. 683 (C.S.) (rectification du montant du prêt garanti dans un acte d'hypothèque à la suite de l'erreur du notaire instrumentant); et *Le Prêt Hypothécaire* c. *Les Habitations du Futur inc.*, [1981] C.S. 1092 (rectification d'un acte d'hypothèque pour ajouter la description de l'immeuble hypothéqué à la suite de l'omission d'une page dans l'acte original).

5 Fait à noter, en matière corporative, le paragraphe 243(1) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), c. C-44 et mod. (ci-après « L.C.S.A. »), et l'article 123.141 de la *Loi sur les compagnies*, L.R.Q., c. C-38 (ci-après « L.C. ») permettent la rectification de documents corporatifs en certaines circonstances.

6 *Slocock's Will Trust*, précité, note 2, 363.

ont ordonné beaucoup plus que la simple rectification d'une erreur matérielle dans un contrat : ils ont permis la création d'une nouvelle structure transactionnelle afin de permettre aux contribuables visés de bénéficier des avantages fiscaux recherchés par la transaction originale, dont la structure était déficiente en raison d'une erreur commise par l'un des professionnels ayant conseillé les Juliar.

Les faits peuvent se résumer ainsi. Les Juliar voulaient effectuer un roulement des actions qu'ils détenaient dans l'entreprise familiale vers une société de portefeuille, le tout sans conséquence fiscale immédiate. Agissant selon les conseils de professionnels, les Juliar ont opté pour un paiement par billets à ordre plutôt que par actions de la nouvelle société de portefeuille. Or, cet avis était fondé sur une erreur quant au prix de base rajusté des actions de l'entreprise familiale, celui-ci étant en réalité beaucoup moins élevé que la contrepartie reçue. Dès lors, en vertu du paragraphe 84.1(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[7], les Juliar étaient réputés avoir reçu un dividende pour la différence, et des cotisations à cet effet furent émises par l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC »).

L'erreur en question n'était donc pas purement matérielle : les instruments de transfert reflétaient fidèlement l'intention des parties. L'erreur se situait plutôt en aval, au niveau des éléments de base ayant déterminé la structure qui devait être établie afin d'en arriver au résultat attendu. Un tel cas ne relevait donc pas de la rectification, telle qu'elle est connue dans son sens traditionnel, tant en droit commun qu'en droit civil.

Pourtant, incapables d'en arriver à une entente avec le fisc, les Juliar déposèrent une requête devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario, demandant la rectification des transactions afin que la contrepartie du transfert des actions des Juliar consiste en des actions de la société de portefeuille plutôt qu'en des billets à ordre. Faisant fi des objections soulevées par l'ARC, le tribunal en arriva à la conclusion que l'ordonnance recherchée tombait dans le champ couvert par la doctrine de rectification en *equity*. La transaction en question – et non seulement les écrits ayant servi à la constater – pouvait donc être rectifiée afin d'en arriver au résultat recherché par les Juliar.

Ce faisant, la Cour prenait acte de l'importance des considérations d'ordre fiscale dans toute transaction commerciale, un élément qui jouera un rôle clé dans ses conclusions :

---

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

> « It is a fact of modern day commercial life and high tax rates that tax consequences are an essential consideration in most commercial transactions. Adverse tax consequences are often a "deal breaker" to effecting the transaction […][8]. » (Notre soulignement)

Ainsi, le tribunal soulignait comme suit les effets négatifs pour les Juliar du rejet de leur requête :

> « Denial of the application would place on the Juliars a heavy burden which they were entitled to avoid and which they sought to avoid from the inception of the transaction. It would yield to Revenue Canada a premature gain solely because of an error in understanding or communication between Paul and Fast[9]. »

L'ARC porta la cause en appel devant la Cour d'appel de l'Ontario. S'appuyant sur l'affaire *Slocock's Will Trust*, la Cour confirma l'ordonnance de rectification, ajoutant que le fait que les Juliar aient effectivement discuté ou non des conséquences fiscales des transactions envisagées dans les mois qui les précédèrent était tout simplement non pertinent à l'analyse :

> « […] It is possible, even probable, that no one mentioned income tax throughout the nine or 10 months in issue. The plain and obvious fact, however, is that the proposed division had to be carried out on a no immediate tax basis or not at all[10]. » (Notre soulignement)

Résumant le jugement de première instance, la Cour d'appel élargissait par le fait même – peut-être inconsciemment – la doctrine de rectification. En effet, elle écrivait :

> « The trial judge effectively found that the true agreement between the parties here was the acquisition of the half interest in the Gold's tobacco business by transfer of shares in 867 to Juliar Holdings in a manner that would not attract immediate liability for income tax. In these circumstances, that had to be, not a transaction pursuant to s. 84.1 of the Income Tax Act, but a shares for shares transaction. Hence, it was appropriate for the trial judge to permit rectification to reflect that transaction[11]. » (Notre soulignement)

En d'autres mots, selon la doctrine de rectification « revue et corrigée », l'exercice constitue désormais à s'interroger pour déterminer non pas si une

---

8 *Juliar*, précité, note 1, 115.

9 *Id*.

10 *Id*., par. 27.

11 *Id*., par. 25.

erreur s'est glissée dans les écrits ayant servi à constater la transaction, permettant ainsi de les corriger, mais bien la « nature » ou l' « essence » véritable de la transaction pour ensuite corriger le contrat lui-même afin que celui-ci concorde avec sa « nature » ou son « essence », quitte à imposer une nouvelle structure transactionnelle pour y arriver. On est, bien évidemment, très loin de ce que la même Cour d'appel de l'Ontario écrivait 27 ans avant l'affaire *Juliar* dans l'affaire *H.F. Clarke Ltd*. c. *Thermidaire Corp. Ltd*.[12] :

> « In order for a party to succeed on a plea of rectification, he must satisfy the Court that the parties, all of them, were in complete agreement as to the terms of their contract but wrote them down incorrectly. It is not a question of the Court being asked to speculate about the parties' intention, but rather to make an inquiry to determine whether the written agreement properly records the intention of the parties as clearly revealed in their prior agreement […][13]. »
> (Notre soulignement)

La Cour suprême du Canada ayant refusé l'autorisation d'en appeler, il faudra attendre un autre dossier pour une confirmation ou une infirmation de la doctrine de rectification telle qu'elle est exposée dans l'affaire *Juliar*. Il va sans dire que la cause des Juliar – des particuliers cherchant à effectuer une planification fiscale simple et impliquant des montants peu élevés, victimes de bonne foi d'une erreur d'un de leurs professionnels – était des plus sympathiques. Il n'est pas certain que de grandes entreprises demandant une ordonnance équivalente auraient eu autant de succès, même si celles-ci peuvent depuis invoquer cette jurisprudence à leur avantage.

Par ailleurs, si effectivement erreur du professionnel il y avait, la solution ne se trouvait-elle pas plutôt du côté d'une poursuite en responsabilité? En effet, considérant la complexification des affaires, tout contribuable avisé prévoyant une transaction d'une certaine envergure aura recours aux services de professionnels en la matière. Si erreur il y a, dans bien des cas elle sera la leur. Dès lors, ils seront les premiers bénéficiaires de l'élargissement de la doctrine de rectification puisqu'elle leur permettra de corriger leurs erreurs *a postiori* et d'éviter ainsi certaines poursuites en responsabilité professionnelle. Est-ce là un motif valable pour redéfinir plus libéralement une doctrine à la portée traditionnellement restreinte?

---

12 (1973) 33 D.L.R. (3e) 13 (C.A. Ont.).

13 *Id*., 20-21.

1.3. LES SUITES DE L'AFFAIRE *JULIAR* AU QUÉBEC

Accueillie avec enthousiasme par les fiscalistes au Québec comme ailleurs au pays, l'affaire *Juliar* y a toutefois connu un succès mitigé. En effet, si certains, dont l'auteur du présent texte, ont voulu s'en inspirer pour permettre le même élargissement de la doctrine sous l'empire du droit civil québécois, la Cour supérieure a vu les choses autrement.

Dans l'affaire *B.E.A. Holdings Inc.* c. *Trafsys Inc.*[14], B.E.A. Holdings, une société américaine, avait acquis Trafsys Communications, une société par actions fédérale. En vertu de l'article 105 L.C.S.A. tel qu'il était en vigueur à l'époque[15], le conseil d'administration de Trafsys devait être composé d'une majorité de résidents canadiens, une situation inacceptable pour B.E.A. Afin de résoudre ce problème de gouvernance, B.E.A. créa une compagnie québécoise – filiale à part entière de B.E.A. et pour laquelle aucune exigence n'existait quant à la composition de son conseil d'administration – laquelle avait acquis les actions de Trafsys détenue par B.E.A., pour ensuite y être amalgamée.

Agissant sous les conseils de professionnels canadiens, B.E.A. versa donc 606 000 $ à sa filiale nouvellement créée pour acquérir les actions de cette dernière et lui consentit un prêt avec intérêts de 1 214 000 $. La compagnie québécoise utilisa ces fonds, soit 1 820 000 $, pour acquérir de B.E.A. les actions de Trafsys. Or, il s'est avéré que le capital versé de Trafsys n'était que de 400 $. Dès lors, comme les transactions étaient intervenues entre parties liées, en vertu du paragraphe 212.1(1) L.I.R., B.E.A., une société américaine, fut réputée avoir reçu un dividende égal au montant excédant le capital versé de Trafsys, soit 1 819 600 $, et était redevable immédiatement d'un impôt sur le montant en question.

S'appuyant sur l'affaire *Juliar*, et avant même que le fisc n'ait émis de nouvelles cotisations, B.E.A. déposa devant la Cour supérieure une requête en jugement déclaratoire, recherchant subsidiairement – la demande principale consistant en une annulation pure et simple du contrat pour cause de vice de consentement (voir ci-dessous) – des conclusions similaires à celles rendues dans l'affaire *Juliar*, soit a) la conversion de l'achat des

---

[14] [2003] J.Q. (Quicklaw) n° 3949 (C.S.) (appel accueilli, [2004] J.Q. (Quicklaw) n° 646 (C.A.)) (ci-après « *B.E.A.* »).

[15] La disposition en question a, depuis, été amendée (L.C. 2001, c. 14, art. 37) et prévoit désormais que seul un quart des administrateurs d'une société par actions fédérale doivent être résidents canadiens.

actions de Trafsys par la compagnie québécoise en un échange d'actions entre cette dernière et B.E.A., b) la conversion du montant payé par B.E.A. à la compagnie québécoise pour les actions de cette dernière en prêt portant intérêts et c) la conversion du montant payé par la compagnie québécoise à B.E.A. pour les actions de Trafsys en un remboursement du prêt ainsi consenti.

La Cour supérieure rejeta la demande subsidiaire, invoquant les différences entre la doctrine de rectification telle qu'elle est exposée dans l'affaire *Juliar* et son application plus limitée reconnue au Québec :

> « Bien que certains rapprochements puissent s'établir entre la Doctrine of rectification et la correction d'une erreur en droit civil, pour notamment corriger un contrat lorsqu'il est manifeste que le document ne reflète pas l'intention des parties, la première paraît avoir été appliquée, selon la jurisprudence citée, dans des circonstances et de manière que ne permet pas le droit civil en matière de correction pour cause d'erreur.
>
> Le pouvoir de rectifier ou de corriger un écrit en droit civil ne va pas aussi loin que de modifier, comme le demande subsidiairement la requérante, les termes et conditions des écrits et conventions en cause au point de changer substantiellement par jugement la structure même de la transaction et la nature des engagements contractuels[16]. » (Notre soulignement)

En somme, le juge Dufresne refusa d'introduire en droit québécois les élargissements de la doctrine de rectification résultant de l'affaire *Juliar*. Et, bien que la Cour d'appel ait accueilli l'appel, elle le fit sur la seule base de la question de l'annulation du contrat.

La question de la transposition de l'affaire *Juliar* en droit québécois reste donc toujours à résoudre, bien que la décision de la Cour supérieure dans l'affaire *B.E.A.*, si elle ne fait pas autorité, puisse laisser présager un accueil plutôt froid, d'autant plus qu'un tel élargissement de la doctrine donnerait lieu à un empiètement sur le champ d'application de l'annulation de contrat pour cause d'erreur, les deux réparations étant *a priori* incompatibles, la rectification « élargie » de l'affaire *Juliar* permettant en théorie du moins de préserver un contrat autrement nul *ab initio*, lequel donnerait plutôt lieu à son annulation par la Cour.

---

[16] *Juliar*, précité, note 1, par. 56 et 57.

2. UNE ALTERNATIVE À LA RECTIFICATION : L'ANNULATION D'UN CONTRAT

Le juriste québécois au prise avec une situation où une erreur dans un contrat entraîne ou risque d'entraîner des conséquences fiscales fâcheuses ou non voulues pour un contribuable n'est pas limité à la seule rectification de l'écrit ayant servi à constater la volonté des parties. En effet, en droit civil, un contrat sera nul si le consentement de l'une des parties – ou de plusieurs d'entre elles – a été vicié, entre autres, par l'erreur. En d'autres mots, un contrat nécessitant comme condition *sine qua non* un accord de volonté des parties, l'erreur de l'une d'elles qui touche directement au consentement donné vicie ce dernier et emporte la nullité du contrat.

Ainsi, le *Code civil du Québec*[17] prévoit que « [l]e contrat se forme par le seul échange de consentement entre des personnes capables de contracter[18] » et que ce consentement, s'il « doit être libre et éclairé », « peut être vicié par l'erreur[19] ». L'article 1400 C.c.Q. circonscrit comme suit le type d'erreur de nature à vicier le consentement d'une partie :

> « L'erreur vicie le consentement des parties ou de l'une d'elles lorsqu'elle porte sur la nature du contrat, sur l'objet de la prestation ou, encore, sur tout élément essentiel qui a déterminé le consentement.
>
> L'erreur inexcusable ne constitue pas un vice de consentement. »

En vertu de l'article 1407 C.c.Q., la partie « dont le consentement est vicié a le droit de demander la nullité du contrat » en s'adressant aux tribunaux. Et contrairement à la résiliation du contrat par le simple accord des parties – laquelle ne produit d'effet que pour l'avenir –, « [l]e contrat résolu est réputé n'avoir jamais existé; chacune des parties est, dans ce cas, tenue de restituer à l'autre les prestations qu'elle a reçues »[20].

Compte tenu de ces règles codifiées, on voit mal comment une partie dont l'erreur aurait porté sur un « élément essentiel qui a déterminé le consentement » au contrat, par exemple, les conséquences fiscales de la transaction, pourrait, par la suite, en demander la rectification, alors qu'il

---

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

18 Art. 1385 C.c.Q.

19 Art. 1399 C.c.Q.

20 Art. 1606 C.c.Q.

s'agit clairement d'un cas de nullité. C'est d'ailleurs la voie que la Cour d'appel tracera dans l'affaire *B.E.A.*, renversant le jugement de première instance non pas pour permettre la rectification des transactions, mais afin de les annuler pour cause d'erreur.

Ainsi, la Cour supérieure avait refusé de voir dans les conséquences fiscales inattendues de la transaction décrite ci-dessus un motif d'annulation du contrat intervenu entre B.E.A. et Trafsys :

> « Aucune erreur ne peut être relevée, en l'espèce, quant à l'accomplissement de l'objet de la Transaction ni quant à l'interprétation de celle-ci. La Transaction telle que structurée permettait de résoudre le problème de gouvernance et les conventions arrêtées ne soulèvent aucun problème d'interprétation.
>
> Le fait d'avoir reçu des conseils fiscaux qui s'avèrent inexacts ou qui risquent de l'être ne suffit pas à conclure, en l'espèce, à une erreur justifiant l'annulation de la Transaction par l'intervention du Tribunal. S'il fallait annuler toutes les transactions qui ne donnent pas les résultats escomptés par l'une ou l'autre des parties pour cause d'erreur, la stabilité contractuelle que privilégient les règles du droit civil serait sérieusement compromise[21]. » (Notre soulignement)

Le juge Dufresne mettait donc l'emphase sur la stabilité contractuelle, sans égard aux conséquences fiscales négatives qui en découlent pour le contribuable, et ce, même lorsque la preuve au dossier indiquait clairement que les parties avaient convenu que le problème de gouvernance devait se résoudre dans un cadre fiscalement neutre.

Dans un arrêt des plus brefs, la Cour d'appel renverse le jugement de première instance, acceptant de voir dans les conséquences fiscales de la transaction un motif d'erreur excusable portant sur l'un des éléments essentiels ayant emporté le consentement de B.E.A. :

> « Il ressort clairement de la preuve que l'élément essentiel qui a déterminé le consentement de l'appelante à participer à la vente du 19 novembre 2001 était que celle-ci n'entraîne pour elle aucune conséquence fiscale.
>
> S'agissant essentiellement pour l'appelante de résoudre un problème de gouvernance, elle ne cherchait qu'une restructuration pour lui permettre d'atteindre cette fin.

---

[21] *B.E.A.*, précité, note 14, par. 46 et 47.

> En fonction des circonstances bien particulières de l'espèce, l'erreur de l'appelante n'était pas inexcusable et elle portait sur un élément essentiel du consentement[22]. » (Notre soulignement)

À la suite de l'affaire *B.E.A.*, et malgré la prudence affichée par la Cour d'appel dans son jugement, il ne fait donc plus aucun doute qu'une erreur sur les conséquences fiscales d'un contrat, dans la mesure où preuve pourra être faite qu'elles comptèrent pour beaucoup dans le consentement donné par les parties, pourra donner ouverture à son annulation. Le praticien avisé devra donc tenir compte de cette alternative à la rectification, dont les assises juridiques en droit civil sont plus solides, en particulier lorsque l'erreur à corriger porte non pas sur un élément purement matériel, mais affecte la substance même de la transaction visée.

3. LES ORDONNANCES DE COURS SUPÉRIEURES ET LES APPELS DE COTISATION

Une fois un contrat rectifié ou annulé par une ordonnance d'une cour supérieure pour des motifs d'ordre fiscal, encore faut-il que le fisc soit lié par l'ordonnance rendue – le plus souvent *ex parte* – et que les tribunaux saisis des appels de cotisation – la Cour canadienne de l'impôt et la Cour du Québec – soient obligés d'en tenir compte. Une décision récente de la Cour du Québec, l'affaire *Imperial Tobacco Canada ltée* c. *SMRQ*[23], passe en revue la jurisprudence en la matière. Les tribunaux, tant fédéraux que provinciaux, sont unanimes : un jugement d'une cour supérieure valablement obtenu s'impose à tous, y compris au fisc et aux tribunaux siégeant en matière fiscale. Une limite s'impose : ce droit du contribuable de faire rectifier un écrit ou annuler un contrat ne devrait pas emporter celui de faire trancher par une cour supérieure une question qui relève de la compétence exclusive des tribunaux siégeant en matière fiscale.

Dans l'affaire *Imperial Tobacco*, la contribuable avait versé un montant de 208 M$ à sa filiale Shoppers Drug Mart afin de permettre à cette dernière d'acquérir les actions qu'Imperial Tobacco détenait dans Big V Pharmacies. La question devant la Cour du Québec consistait à déterminer si ce montant constituait un prêt au sens du *Code civil du Québec*, permettant ainsi la réduction du capital versé d'Imperial Tobacco conformément à l'article 1138

---

22 *Id.*, par. 1 et 3.

23 J.E. 2006-2188 (C.Q.) (ci-après « *Imperial Tobacco* »).

de la *Loi sur les impôts*[24], ou encore un solde du prix de vente relatif à l'acquisition des actions de Big V Pharmacies auprès de la société mère.

La preuve écrite et testimoniale au dossier était qu'Imperial Tobacco et sa filiale avaient toujours traité le montant de 208 M$ comme un prêt. Par contre, s'appuyant sur certaines « ambiguïtés » soulevées par les termes employés dans les actes de vente d'actions intervenus entre Imperial Tobacco et Shoppers Drug Mart, Revenu Québec y voyait plutôt un solde du prix de vente relatif à l'acquisition des actions de Big V Pharmacies, et refusa donc la réduction du capital versé d'Imperial Tobacco.

Dans l'espoir d'éliminer toute ambiguïté, et alors qu'elle avait déposé une opposition à l'encontre des nouvelles cotisations émises par Revenu Québec, Imperial Tobacco s'adressa à la Cour supérieure par requête pour jugement déclaratoire, faite *ex parte*, cherchant à obtenir une ordonnance confirmant que le montant en question était un prêt et rectifiant les écrits signés par les parties aux contrats en remplaçant les termes ambigus par des termes qui reflétaient l'intention des parties quant à la nature du montant de 208 M$ versé par Imperial Tobacco à sa filiale. La requête fut accueillie selon ses conclusions par le tribunal[25].

Le dossier fiscal poursuivit son chemin et, à la suite du rejet de l'opposition par Revenu Québec et à la confirmation des nouvelles cotisations, Imperial Tobacco en appela devant la Cour du Québec. Revenu Québec pris alors la position que l'ordonnance de rectification rendue par la Cour supérieure devait être ignorée par la Cour du Québec :

> « Revenu Québec prétend que ce jugement en rectification obtenu de la Cour supérieure, ne peut être considéré par la Cour du Québec dans le cadre d'un appel en matière fiscale puisque seule la Cour du Québec a compétence pour juger du débat en matière d'appel sur cotisation […][26]. »

Le juge Barbe rejeta les prétentions de Revenu Québec et accepta en l'instance de reconnaître le jugement de la Cour supérieure ayant rectifié les contrats intervenus entre Imperial Tobacco et Shoppers Drug Mart, s'appuyant, entre autres, sur l'affaire *Juliar* et sur certaines décisions de la Cour d'appel fédérale (discutées ci-dessous), mais aussi, et de façon quelque

---

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

[25] *Imasco Ltd.* c. *Société de détail Imasco inc.*, C.S. Montréal, n° 500-05-075094-027, 26 novembre 2002.

[26] *Imperial Tobacco*, précité, note 23, par. 56.

peu surprenante, sur la décision de la Cour d'appel dans l'affaire *B.E.A.* En effet, après avoir cité un extrait des motifs du jugement, le juge Barbe écrit :

> « Parlant ainsi, la Cour d'appel confirme que la rectification d'un écrit peut être ordonné par un tribunal pour établir l'intention réelle des parties, notamment quand il s'agit d'un élément essentiel ayant déterminé le consentement des parties ou lorsque l'erreur porte sur cet élément essentiel du consentement[27]. »

Or, il clair que le juge confond alors la doctrine de la rectification, sur laquelle est fondée l'ordonnance obtenue par Imperial Tobacco devant la Cour supérieure, mais qui ne peut viser un « élément essentiel du consentement », et l'annulation d'un contrat, dont seule traitait la Cour d'appel dans l'affaire *B.E.A.* En plus de démontrer les risques inhérents aux jugements sibyllins, les motifs de la Cour du Québec illustrent parfaitement la confusion qui s'est installée en jurisprudence après la « libéralisation » de la doctrine de rectification initiée dans l'affaire *Juliar*, empiétant au Québec – à tout le moins, conceptuellement – sur le champ réservé traditionnellement à l'annulation des contrats.

L'affaire *B.E.A.* ne constitue toutefois pas la seule assise de la décision de la Cour du Québec dans l'affaire *Imperial Tobacco*. En effet, la Cour s'appuie aussi sur deux décisions de la Cour d'appel fédérale, les affaires *Dale* c. *Canada*[28] et *Canada* c. *Sussex Square Apartments Ltd.*[29] Dans les deux cas, la Cour énoncera clairement le principe voulant que toute ordonnance d'une cour supérieure obtenue par un contribuable lie le fisc dans l'établissement des cotisations ainsi que les tribunaux saisis des appels en matière fiscale.

Dans l'affaire *Dale*, le contribuable avait obtenu une ordonnance de la Cour suprême de Nouvelle-Écosse afin de rectifier de façon rétroactive des erreurs contenues dans certains documents corporatifs préparés dans le cadre d'une transaction. L'ARC refusait de reconnaître l'ordonnance obtenue, entre autres, parce qu'elle avait pour effet, selon elle, de réécrire l'histoire fiscale à l'avantage du contribuable. S'appuyant sur l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Wilson* c. *La Reine*[30], le juge Robertson rappelait, pour la majorité, le principe selon lequel un jugement d'une cour

---

27 *Id*., par. 98.

28 [1997] 3 C.F. 235 (C.A.) (ci-après « *Dale* »).

29 2000 D.T.C. 6548 (C.A.F.).

30 [1983] 2 R.C.S. 594 (ci-après « *Wilson* »).

supérieure s'impose au monde entier, à moins d'être renversé en appel ou autrement légalement annulé, aucune « attaque collatérale » – y compris dans le cadre de procédures fiscales parallèles – ne pouvant être tolérée :

> « **The first principle** is that the record of a superior court is to be treated as "absolute verity so long as it stands unreversed" (per McIntyre J. at 599, quoting Monnin J.A. in the Manitoba Court of Appeal). **Second**, an order which has not been set aside must receive full effect according to its terms (at 604). **Third**, the order is binding on all the world (at 601, citing Bird J.A. in Canadian Transport (U.K.) Ltd. v. Alsbury, [1953] 1 D.L.R. 385 (B.C.C.A.) at 418). **Fourth**, a collateral attack is deemed to include proceedings other than those whose specific object is to effect a reversal or nullification of the order […][31]. »
> (Notre soulignement)

Le juge Robertson ménagea toutefois une porte de sortie au fisc, ajoutant que de telles ordonnances pourront être ignorées par un tribunal siégeant en matière fiscale « where orders were issued in fraudulent circumstances », par exemple lorsque des faits matériels n'ont pas été révélés au juge saisi de la requête, en particulier lorsque celle-ci fut émise *ex parte*, en précisant toutefois que « [i]f the law is to recognize exceptions to the rule against collateral attacks then the jurisdictional error complained of must be, at the very least, self-evident and not a matter of further debate ».

Évidemment, il est difficile de réconcilier le premier principe énoncé dans l'affaire *Wilson* et appliqué dans l'affaire *Dale* selon lequel « however wrong or irregular an order of a court may be, that order still binds until reversed » et celui voulant qu'un tribunal saisi d'un appel en matière fiscale soit autorisé à ignorer une telle ordonnance lorsqu'il est évident qu'elle fut obtenue de façon irrégulière. La procédure appropriée dans un tel cas ne serait-elle pas plutôt de porter le jugement rendu par la Cour supérieure en appel, ou encore, dans le cas de jugements rendus *ex parte*, d'en demander la rétractation. En effet, l'article 483 du *Code de procédure civile*[32] prévoit spécifiquement comme motifs de rétractation d'un jugement « contre lequel n'est ouvert aucun autre recours utile » un vice de procédure[33], la fausseté

---

[31] Antérieurement à l'affaire *Dale*, dans la décision *Larose* c. *MRN*, 92 D.T.C. 2055 (C.C.I.), la Cour canadienne de l'impôt, s'appuyant sur la jurisprudence en matière de révocation de contrats par les parties, avait statué sur le fait qu'un jugement de la Cour supérieure annulant un contrat ne pouvait affecter les droits du fisc quant aux impôts et aux taxes payables à la suite de la transaction originale.

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

[33] Par. 483 1) C.p.c.

des pièces ou le dol d'une partie[34] ainsi que la découverte postérieure de pièces décisives ou d'une preuve nouvelle[35].

Il semble que cette disposition, couplée avec la possibilité d'un appel lorsque celui-ci est possible et le principe de droit commun qui veut qu'en l'absence de disposition législative à l'effet contraire, toute ordonnance rendue *ex parte* par une cour supérieure puisse être révisée par un juge du même tribunal[36], soit assez large pour couvrir l'ensemble des situations où une ordonnance obtenue par un contribuable pourrait être mise de côté. Le recours à une telle procédure – à l'opposé d'une tentative de soulever l'irrégularité en question devant le tribunal saisi de l'appel de la cotisation –, bien que plus exigeant pour le fisc, a sans contredit l'avantage de préserver intact le principe voulant qu'un jugement d'une cour supérieure ne peut faire l'objet d'attaques collatérales, sans compter qu'il évite les contorsions judiciaires quant au caractère (*self-evident*) du vice soulevé.

Un tel processus n'est toutefois pas sans heurt. En effet, les tribunaux québécois se sont montrés plutôt réticents à reconnaître aux autorités fiscales l'intérêt juridique requis pour intervenir dans une procédure intentée par un contribuable afin de corriger une erreur aux conséquences fiscales négatives. C'est le constat qui peut être tiré de deux décisions citées par la Cour du Québec dans l'affaire *Imperial Tobacco*, soit *SMRQ* c. *Royer-Beauvais*[37] et *Canada* c. *Gestion R.F. & Fils inc*.[38]

Dans l'affaire *Royer-Beauvais*, Revenu Québec refusait de reconnaître qu'au moment de son décès survenu quelques années auparavant, M. Beauvais était domicilié en France, imposant sur cette base des droits successoraux à la succession de son épouse. Alors que les procédures d'appel de la cotisation étaient en marche, la succession déposa une requête pour jugement déclaratoire devant la Cour supérieure – sans mettre en cause Revenu Québec –, cherchant à faire confirmer le lieu du domicile de M. Beauvais au moment de son décès. La requête fut accueillie, mais Revenu Québec en demanda la rétractation, alléguant que la requête aurait

---

34 Par. 483 5) C.p.c.

35 Par. 483 6) et 7) C.p.c.

36 Voir *Knox Contracting Ltd*. c. *Canada*, [1990] 2 R.C.S. 338, 345 et 357; et *Kourtessis* c. *MRN*, [1993] 2 R.C.S. 53, 110.

37 [1984] C.A. 201 (ci-après « *Royer-Beauvais* »).

38 R.E.J.B. 2001-25387 (C.S.) (ci-après « *Gestion R.F.* »).

dû lui être signifiée et qu'elle avait un intérêt à ce que l'ordonnance obtenue par la succession soit rétractée puisqu'elle portait préjudice à ses droits.

La requête de Revenu Québec fut rejetée par la Cour supérieure, dont le jugement fut confirmé par la Cour d'appel. Dans ses motifs, cette dernière soulignait – à l'image de la Chancery Division dans l'affaire *Slocock's Will Trust* et par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Juliar* – que même lorsqu'une ordonnance rendue par un tribunal risquait d'influer sur les montants d'impôts ou de taxes devant être perçus par Revenu Québec, cette dernière ne bénéficiait d'aucun droit ou privilège quant à ces mêmes montants et n'avait aucun intérêt pour s'immiscer dans un litige purement privé :

> « […] Même si le ministère du Revenu pouvait profiter pécuniairement si le premier juge avait accepté ses prétentions, l'appelant n'avait, à mon avis, aucun intérêt réel dans lesdites procédures. Le fait qu'une décision de la Cour ait tôt ou tard un effet sur la fiscalité ne donne pas au sous-ministre du Revenu le droit d'intervenir dans un litige privé entre contribuables[39]. » (Notre soulignement)

Le refus de reconnaître à Revenu Québec un intérêt quelconque dans ces circonstances paraît toutefois saugrenu. En effet, n'eût été les procédures déclaratoires intentées par la succession devant la Cour supérieure, la question du domicile de M. Beauvais aurait été l'une des questions de fait devant être tranchées par la Cour provinciale dans le cadre de l'appel de la cotisation, puisque la validité de celle-ci en était directement tributaire. Revenu Québec aurait alors sans contredit été autorisé à présenter une preuve et à faire valoir ses arguments sur cette question. Court-circuitant le processus normal d'appel d'une cotisation en se présentant devant la Cour supérieure avant que son appel ne soit entendu par la Cour provinciale, la contribuable s'est retrouvée en fait à interdire à Revenu Québec toute participation au débat qui pourtant était au cœur même du dossier fiscal. Un tel résultat apparaît faire fi de la règle *audi alteram partem*.

D'ailleurs, la Cour suprême du Canada avait refusé d'avaliser un tel stratagème dans l'affaire *La Reine* c. *The J.B. and Sons Co. Ltd.*[40] Dans cette affaire, la contribuable et son cocontractant s'étaient adressés à la Cour suprême de l'Ontario par voie de requête pour jugement déclaratoire afin de faire trancher la question à savoir si l'une des parties avait le droit de recouvrer de l'autre le montant de la taxe de vente versé au gouvernement

---

39 *Royer-Beauvais*, précité, note 37, 205.

40 [1970] R.C.S. 220 (ci-après « *J.B. and Sons* »).

canadien au moment de la vente. Dans le cadre des procédures fiscales ultérieures, l'ARC invoqua l'absence de compétence de la Cour suprême de l'Ontario sur la question et demanda donc au tribunal saisi du dossier fiscal d'ignorer ce jugement rendu sans droit. Dénonçant la procédure utilisée par la contribuable, le juge Pigeon donnait raison au fisc en ces termes :

> « Par conséquent, si l'on examine la question soumise à la Cour Suprême de l'Ontario à la lumière de tous les faits pertinents y compris ceux qui ne lui ont pas été révélés, on s'aperçoit que, par suite de la disposition relative au remboursement insérée dans la loi de 1963, le véritable objet de la requête n'était pas de faire décider si l'une des parties avait droit de recouvrer de l'autre la taxe de vente mais bien de faire juger si l'une d'elles avait droit de la recouvrer du gouvernement du Canada au bénéfice de l'autre. Ce n'était pas vraiment un procès entre citoyens mais bien une demande d'une opinion destinée à servir de base à une réclamation contre la Couronne dans une situation ou cette opinion devait être décisive en faveur de l'intimée parce que l'existence des autres conditions requises n'était pas contestée. Dans ces circonstances, la délivrance d'une telle opinion n'était pas de la compétence de la Cour Suprême de l'Ontario […][41]. » (Notre soulignement)

Le juge Pigeon ajoutait par la suite, quant aux conséquences de son jugement – un présage à l'exception reconnue dans les affaires *Wilson* et *Dale* – qu'« [e]n étant venu à la conclusion que le juge Landreville n'avait pas juridiction en l'occurrence, il s'ensuit que la présente cause doit être jugée sans tenir compte du jugement qu'il a rendu »[42].

Dès lors, il appert que la Cour d'appel dans l'affaire *Royer-Beauvais* aurait dû permettre l'intervention de Revenu Québec et la rétractation du jugement rendu en son absence puisque la déclaration obtenue par la succession portait, comme dans l'affaire *J.B. and Sons*, sur une question factuelle et légale qui aurait normalement dû faire l'objet d'une détermination par le tribunal saisi de l'appel de la cotisation.

Le résultat fut tout aussi défavorable au fisc dans l'affaire *Gestion R.F.*, elle aussi citée dans l'affaire *Imperial Tobacco*, alors que le contribuable avait obtenu une ordonnance de rectification et que les autorités fiscales fédérales cherchaient à en obtenir la rétractation. Rejetant la requête, la Cour supérieure écrivait :

> « Therefore, even though the Canadian tax authorities have assessed Robert Faille on the basis of the previous share values, it was available to the

---

41 *Id*., 233.

42 *Id*., 236.

> amalgamating companies to correct an obvious mistake, even though doing so is detrimental to the position the tax authorities have adopted in relation to the said taxpayer[43]. » (Notre soulignement)

La situation se distinguait toutefois de celles analysées dans les affaires *J.B. and Sons* et *Royer-Beauvais*. En effet, l'ordonnance obtenue ne visait pas à faire trancher par la Cour supérieure une question qui relevait de la compétence exclusive de la Cour canadienne de l'impôt, mais plutôt à rectifier en vertu de l'article 123.141 L.C. des documents corporatifs ne reflétant pas fidèlement la volonté exprimée des parties, une question de nature purement contractuelle et corporative pour laquelle les autorités fiscales n'avaient aucun intérêt né et actuel, n'étant pas parties aux contrats visés et encore moins actionnaires de Gestion R.F.

La situation examinée par la Cour du Québec dans l'affaire *Imperial Tobacco* relevait à la fois des affaires *J.B. and Sons/Royer-Beauvais* et *Dale/Gestion R.F.* En effet, Imperial Tobacco avait obtenu de la Cour supérieure un jugement qui, d'une part, déclarait le montant versé à Shoppers Drug Mart être un prêt au sens du *Code civil du Québec* et, d'autre part, rectifiait les actes de vente afin d'en retirer toute ambiguïté quant à la nature dudit prêt. Pourtant, suivant l'affaire *J.B. and Sons*, la Cour du Québec aurait dû ignorer la portion déclaratoire du jugement de la Cour supérieure puisque celle-ci ne relevait pas de sa compétence, mais donnait effet à la rectification, celle-ci ayant été valablement prononcée. Sans faire la distinction, le juge Barbe retint les enseignements de l'affaire *Dale* et consorts et rejeta les prétentions de Revenu Québec, mais ce, seulement après en être arrivé auparavant, indépendamment du jugement de la Cour supérieure et sur la seule foi de la preuve au dossier, à la conclusion que le montant versé par Imperial Tobacco à sa filiale consistait effectivement en un prêt. Qu'aurait été sa décision si sa propre analyse avait contredite celle de la Cour supérieure? La question mérite d'être posée, même si la réponse devra attendre.

En résumé, il semble qu'en matière de reconnaissance des ordonnances des cours supérieures par les tribunaux compétents en matière fiscale, et ce, bien que la jurisprudence soit contradictoire, il faut distinguer entre les jugements purement déclaratoires, qui ne visent ni plus ni moins qu'à faire trancher par la Cour une question soulevée par l'appel de la cotisation en l'absence du fisc, et ceux qui n'affectent *stricto sensu* que les droits des parties à une transaction, soit par rectification d'un écrit ou par annulation

---

[43] *Imperial Tobacco*, précité, note 23, par. 15.

d'un contrat. Si les premiers jugements pourraient en théorie être rétractés par la Cour les ayant prononcés ou encore tout simplement ignorés par un tribunal saisi de l'appel d'une cotisation en exception à la règle interdisant les attaques collatérales, les seconds lieront le fisc et les autres tribunaux de façon péremptoire.

CONCLUSION

À la lumière de ce qui précède, on ne peut que conseiller la prudence et la circonspection pour le praticien confronté à une erreur dans un contrat aux conséquences fiscales négatives pour le contribuable. On ne saurait assez répéter qu'il faut prendre le temps de bien analyser la situation afin de déterminer la réparation à laquelle le type d'erreur auquel on fait face donne ouverture – rectification de l'écrit ou annulation du contrat – en plus de s'assurer de maîtriser toutes les ramifications de l'ordonnance recherchée, celle-ci ayant des effets non seulement pour l'avenir, mais rétroactivement à la date de signature du contrat. Il serait, effectivement, pour le moins fâcheux qu'en tentant de résoudre un problème, on en crée par ricochet un ou plusieurs autres.

En terminant, on note pour la première fois cette année une tentative de la part d'un législateur de restreindre ou d'interdire aux contribuables le recours aux tribunaux pour rectifier un écrit ou annuler un contrat. L'Assemblée nationale, en adoptant la *Loi modifiant la* Loi sur les impôts *et d'autres dispositions législatives*[44] modifiant rétroactivement le régime fiscal s'appliquant aux fiducies, ajoutait l'alinéa 657.1.0.1(3)(3) L.I., le tout apparemment afin d'éviter qu'un contribuable affecté par les nouvelles dispositions puisse invoquer les amendements rétroactifs à la *Loi sur les impôts* comme cause de rectification ou d'annulation d'un contrat. Cette disposition prévoit ce qui suit :

> « […] pour cette année d'imposition, la fiducie est réputée avoir été valablement constituée et toute transaction ou opération à laquelle elle a participé est réputée valide et tenante et toute décision mettant fin à la fiducie ou toute modification, rectification, annulation ou résolution apportée à la fiducie, à une transaction ou à une opération après le 9 mai 2006, même judiciairement, est, quelle que soit la date où elle est censée prendre effet, sans effet et inopposable au ministre du Revenu du Québec; […]. » (Notre soulignement)

---

[44] L.Q., 2006, c. 13, mieux connue sous le Projet de loi 15.

S'agit-il là d'un cas isolé ou verra-t-on désormais ce type de disposition adopté systématiquement de pair avec toute législation à caractère rétroactif? Seul l'avenir nous le dira. À tout le moins, cela indique que le législateur québécois est bien au fait des possibilités offertes aux contribuables par ce type d'ordonnance.

MISE À JOUR DE LA TAXE SUR LE CAPITAL

Manon Thivierge
Associée, avocate
Heenan Blaikie s.e.n.c.r.l., s.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 39:3

1. INSTAURATION D'UNE DÉDUCTION RELATIVEMENT À CERTAINS VÉHICULES EN STOCK 39:3
2. PROGRAMME IMMIGRANTS INVESTISSEURS 39:7
3. NOTION DE « PRÊT OU AVANCE » 39:9
4. CARACTÈRE JURIDIQUE *VERSUS* TRAITEMENT COMPTABLE 39:15

INTRODUCTION

La jurisprudence, y compris les décisions des tribunaux fédéraux responsables de l'interprétation des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[1] visant l'impôt des grandes sociétés, prend de plus en plus d'importance dans l'application de la taxe sur le capital du Québec. Ainsi, la première partie du présent texte est consacrée à un changement législatif provoqué par l'interprétation donnée par Revenu Québec à la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Autobus Thomas Inc.* c. *La Reine*[2]. Nous examinerons ensuite certaines décisions récentes des tribunaux québécois en matière de taxe sur le capital puis conclurons par une discussion quant à l'incidence sur la taxe sur le capital provinciale que pourrait avoir une récente affaire décidée par le juge Bowman en matière d'impôt des grandes sociétés.

1. INSTAURATION D'UNE DÉDUCTION RELATIVEMENT À CERTAINS VÉHICULES EN STOCK

En vertu du sous-paragraphe 1136 1)c) de la *Loi sur les impôts*[3], le capital versé d'une société comprend toute dette contractée ou assumée par celle-ci dont le paiement est garanti, en totalité ou en partie, par un bien de la société. En 1997, cette disposition a été modifiée de façon déclaratoire afin de préciser que toute dette garantie par un bien de la société doit être incluse dans le calcul du capital versé, et ce, sans égard à la valeur de la garantie[4]. Est cependant exclue de l'application de cette règle toute dette contractée ou assumée depuis six mois ou moins si elle constitue : i) un compte fournisseur payable en contrepartie de l'acquisition d'un bien ou de la prestation d'un service; ou ii) une taxe payable relativement à l'acquisition d'un bien ou à la prestation d'un service lorsque cette acquisition ou prestation est à l'origine

---

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

2 2000 D.T.C. 6168 (C.A.F.); confirmé par la Cour suprême du Canada dans 2001 D.T.C. 5665 (ci-après « *Autobus Thomas* »).

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

4 Bien que cette modification s'applique de façon déclaratoire, elle ne s'applique pas à l'égard des causes pendantes devant les tribunaux le 7 septembre 1995, ni à l'égard des avis d'opposition signifiés au plus tard à cette date pour ce motif. Voir *Compagnie Matco Mart inc.* c. *SMRQ*, [1995] R.D.F.Q. 307 (C.Q.).

d'un compte fournisseur ou serait à l'origine d'un compte fournisseur si la contrepartie pour cette acquisition ou prestation était impayée[5].

Un groupe de contribuables qui bénéficiait initialement de cette exclusion en ce qui a trait aux comptes fournisseurs était les concessionnaires d'automobiles[6]. D'ailleurs, dans l'ancien *Bulletin d'interprétation* IMP. 1136-15/R1[7], Revenu Québec confirmait que le solde de prix de vente dû par un concessionnaire d'automobiles et garanti par une automobile n'avait pas à être inclus dans le calcul de son capital versé en vertu du sous-paragraphe 1136 1)c) L.I. :

> « **2.** Lorsqu'un concessionnaire achète d'un manufacturier les véhicules nécessaires à son exploitation, dans le cadre d'un contrat de vente par lequel le vendeur se réserve la propriété du bien jusqu'au paiement total du prix de vente, le solde du prix de vente doit être inclus dans le calcul du capital versé du concessionnaire dans la mesure où cette dette existe depuis plus de six mois, en vertu du sous-paragraphe *e* du paragraphe 1 de l'article 1136 de la *Loi sur les impôts* (la "Loi").
>
> Par ailleurs, si le paiement de cette dette devait être garanti par un bien du concessionnaire, son montant n'a pas à être inclus dans le calcul du capital versé du concessionnaire, dans la mesure où la dette n'existe pas depuis plus de six mois, puisqu'elle constitue un compte fournisseur en vertu du sous-paragraphe *c* du paragraphe 1 de l'article 1136 de la Loi.
>
> **3.** Lorsque le manufacturier cède le contrat de vente à une autre personne (le "cessionnaire"), la règle énoncée au paragraphe 2 de ce bulletin s'applique à l'égard du capital versé du concessionnaire dans la mesure où les relations juridiques au contrat de vente n'ont pas été modifiées. En effet, il ressort de la jurisprudence, que l'acquisition d'un contrat de vente assorti d'une clause de réserve du droit de propriété ne peut être considérée comme un prêt parce que la relation entre les parties en est une de vendeur-acheteur et non de prêteur-emprunteur[8]. »

---

5 En d'autres mots, la taxe de vente payable relativement à un compte fournisseur de six mois ou moins n'est pas incluse dans le calcul du capital versé du débiteur.

6 Cette exclusion était d'autant plus pertinente depuis la cause *Charlesbourg Automobiles Ltée* c. *SMRQ*, [1997] R.D.F.Q. 217 (C.Q.); confirmé par [2000] R.D.F.Q. 14 (C.A.).

7 REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP. 1136-15/R1, « Financement de véhicules achetés pour la revente », 30 décembre 1998.

8 *Id.*, par. 2 et 3.

Cependant, à la suite de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Autobus Thomas*, Revenu Québec a publié deux nouvelles versions de son bulletin d'interprétation[9] lesquelles prévoient que le solde de prix de vente dû par un concessionnaire d'automobiles dans les circonstances décrites ci-dessus doit être inclus dans le calcul du capital versé dudit concessionnaire en vertu du sous-paragraphe 1136 1)d) L.I., c'est-à-dire à titre de prêt. Ceci s'explique par le fait que dans l'affaire *Autobus Thomas*, les tribunaux ont retenu la réalité économique des transactions examinées de façon globale, plutôt que la nature strictement juridique de chaque transaction prise isolément, afin de conclure qu'un prêt avait été créé entre les parties. Dans la dernière version de son bulletin d'interprétation, Revenu Québec indique ce qui suit :

> « **2.** Un concessionnaire acquiert d'un fabricant les véhicules nécessaires à l'exploitation de son entreprise dans le cadre d'un contrat de vente à tempérament […] Généralement, le concessionnaire autorise une société financière, dans le cadre d'une entente de financement de marchandises en gros (marge de crédit), à payer directement le fabricant pour les véhicules commandés. À la suite du paiement des véhicules par la société financière, le fabricant cède et transporte à cette dernière tous ses droits dans les contrats de vente.
>
> **3.** La Cour fédérale d'appel mentionne dans l'arrêt *Autobus Thomas* […], jugement confirmé par la Cour suprême du Canada, qu'on ne peut considérer ces opérations isolément et hors contexte; il faut examiner les différentes opérations contractuelles afin de déterminer l'intention des parties. Dans la situation décrite au paragraphe 2 de ce bulletin, le montant dû par le concessionnaire à la société financière constitue un prêt […]. En effet, les relations contractuelles entre le concessionnaire et la société financière sont sujettes à la marge de crédit intervenue entre eux. Or, cette marge de crédit constitue une promesse de prêt et son utilisation matérialise le prêt. Le transfert du contrat de vente à tempérament du fabricant à la société financière permet de créer une sûreté afin de garantir le prêt[10]. »

---

[9] REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP. 1136-15/R2, « Financement de véhicules achetés pour la revente », 28 février 2002, annulé et remplacé par REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP. 1136-15/R3, « Financement de véhicules achetés pour la revente », 30 septembre 2003. La seule différence importante entre ces deux bulletins est la date d'application de la nouvelle règle; alors qu'elle devait initialement s'appliquer à toute année d'imposition se terminant après le 10 octobre 2001 (soit la date du jugement dans l'arrêt *Autobus Thomas*), elle s'est finalement appliquée à toute année d'imposition se terminant après le 28 février 2002.

[10] REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP. 1136-15/R3, *op. cit.*, note 9, par. 2 et 3.

Cette nouvelle position de Revenu Québec s'applique pour toute année d'imposition qui se termine après le 28 février 2002, soit la date de la première modification du bulletin d'interprétation suivant la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Autobus Thomas*. Nous comprenons qu'un certain nombre d'appels aient été interjetés par des concessionnaires d'automobiles afin de contester cette position administrative. Si les contribuables procèdent avec leurs appels, il sera intéressant de constater si les tribunaux québécois choisiront de suivre l'affaire *Autobus Thomas* ou plutôt la jurisprudence québécoise[11] voulant que de tels contrats constituent des contrats de vente conditionnelle donnant lieu à une relation vendeur/acheteur.

Il n'y avait aucun doute que cette nouvelle position administrative de Revenu Québec augmenterait substantiellement la charge fiscale des concessionnaires. Différentes représentations ont d'ailleurs été faites auprès de Revenu Québec concernant l'impact de l'affaire *Autobus Thomas* sur les concessionnaires. Pendant cette période, le ministère des Finances du Québec n'a pas émis de commentaires, si ce n'est d'appuyer l'interprétation de Revenu Québec et d'ajouter que : « [U]ne fois que l'analyse actuellement menée par le MRQ sera complétée et que sa position définitive sera arrêtée, le MFQ évaluera, au besoin, la pertinence de modifier ou non la législation actuelle[12]. »

Le 19 décembre 2005, le ministère des Finances du Québec a finalement annoncé une modification législative visant à atténuer les effets de l'affaire *Autobus Thomas* pour les concessionnaires d'automobiles[13]. Ainsi, une société peut maintenant déduire dans le calcul de son capital versé, un montant correspondant à 50 % du montant indiqué dans ses états financiers relativement au matériel automobile neuf acheté pour la revente qu'elle possède dans son inventaire.

Toutefois, cette déduction n'est accordée que dans la mesure où la source de financement de cet inventaire aura fait l'objet d'une inclusion dans

---

[11] Voir notamment *Banque Toronto-Dominion* c. *General Motors Acceptance Corp. du Canada Ltée*, [1987] R.L. 393 (C.A.).

[12] « Table ronde provinciale », dans *Congrès 2002*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2003, pp. 54:1-60, question 3.1., aux pages 54:36-37.

[13] QUÉBEC, ministère des Finances, *Bulletin d'information* 2005-7, « Prolongation de un an du crédit d'impôt pour stage en milieu de travail et ajustements à certaines autres mesures fiscales », 19 décembre 2005, par. 2.4.

le calcul du capital versé, et jusqu'à concurrence de 50 % du montant ainsi inclus à cet effet. Par exemple, une société ne pourra bénéficier de cette déduction spécifique dans le calcul de son capital versé à l'égard du matériel automobile neuf acheté pour la revente, lorsque ce matériel automobile sera financé à l'aide d'un compte fournisseur qui existe depuis six mois ou moins.

Pour plus de précision, il a été annoncé que cette nouvelle déduction s'appliquera en plus des autres déductions dont peut bénéficier une société. De plus, cette déduction sera accordée avant la réduction pour placement dont peut bénéficier, le cas échéant, une société, et avant la déduction pouvant atteindre 1 M$ dont peuvent bénéficier certaines sociétés.

Cette modification s'applique rétroactivement à partir du 1er janvier 2005 et se retrouve au paragraphe 1137 b.0.1) L.I. Toutefois, lorsque l'année d'imposition d'une société comprend le 1er janvier 2005, la déduction doit être diminuée proportionnellement au nombre de jours de l'année d'imposition qui précèdent le 1er janvier 2005.

2. PROGRAMME IMMIGRANTS INVESTISSEURS

Lorsque certaines entreprises québécoises ont décidé d'emprunter en vertu du programme immigrants investisseurs, elles ne se doutaient sûrement pas que ce prêt risquait d'augmenter de façon significative leur taxe sur le capital pour une période de cinq ans. C'est toutefois la position de Revenu Québec, laquelle position avait été entérinée par la Cour du Québec en 2005 dans la cause *Ani-Mat Inc.* c. *SMRQ*[14].

Les faits de l'affaire *Ani-Mat* sont simples. Le 20 juin 2001, Ani-Mat conclut un contrat de prêt afin d'emprunter la somme de 2 900 000 $ en vertu du programme immigrants investisseurs. L'emprunt est déboursé le 28 juin 2001 et est remboursable le 28 juin 2006. Le 28 juin 2001, Ani-Mat utilise 2 279 855,86 $ de cette somme afin de se procurer des billets au porteur qui auront à échéance, soit le 28 juin 2006, une valeur totale de 3 040 000 $. Puis les billets sont transférés à une fiducie en contrepartie de 2 279 856 unités de celle-ci. Ces unités, qui sont rachetables le 28 juin 2006, sont ensuite affectées en garantie du remboursement de l'emprunt. Compte tenu du fait que les honoraires relatifs à la mise en place du prêt s'élèvent à

---

[14] C.Q. Sherbrooke, nº 450-80-000177-039, 5 juillet 2005 et répertorié dans D.F.Q.E. 2005F-80039 (ci-après « *Ani-Mat* »).

463 426 $, le bénéfice d'Ani-Mat en vertu du prêt n'est donc que le solde net de 156 718 $.

Bien que le jugement ne soit pas clair sur cette question, il appert que seul le solde net de 156 718 $ apparaissait aux états financiers d'Ani-Mat à titre d'emprunt et avait été inclus dans le calcul de son capital versé, sur la base que les principes comptables généralement reconnus (ci-après « PCGR ») permettaient la compensation entre le montant du prêt et les billets. Évidemment, Revenu Québec était d'avis que le plein montant du prêt (et non le solde net) devait être inclus dans le calcul du capital versé d'Ani-Mat.

Le tribunal a précisé que si les PCGR permettaient de compenser le prêt et les billets, la cotisation était mal fondée. Le juge Théroux a donc analysé l'application des PCGR en matière de compensation. Or, en vertu du paragraphe 3860.34 du *Manuel de l'ICCA*[15], une compensation peut se faire si, *inter alia*, l'entité jouit d'un droit juridiquement exécutoire d'opérer compensation entre les montants constatés. Selon la Cour, la possibilité de compenser est une question de droit puisque le Manuel fait référence à un droit juridiquement exécutoire. Étant donné qu'il n'y avait pas réciprocité de dettes entre les parties[16], le tribunal a conclu qu'il ne pouvait y avoir paiement de l'emprunt par compensation. Bien que la Cour convienne que les billets et les unités de fiducie procurent une garantie de remboursement inégalable, ceci n'a pas pour effet d'éteindre le prêt. Le juge Théroux a donc donné raison à Revenu Québec et a conclu que le plein montant du prêt, soit 2 900 000 $, devait être inclus dans le calcul du capital versé d'Ani-Mat.

La question de la compensation dans le cadre du programme immigrants investisseurs a été examinée de nouveau par la Cour du Québec en 2006 dans l'affaire *Les Produits Fraco Ltée* c. *SMRQ*[17]. Nous comprenons que la structure en cause était la même que celle examinée dans l'affaire *Ani-Mat* puisqu'il s'agissait du même promoteur. Or, dans cette affaire, le contribuable a eu gain de cause et le tribunal a déterminé que seul le montant ayant réellement été investi dans le capital de la requérante devait être assujetti à la taxe sur le capital. Malheureusement, le jugement a été prononcé verbalement à l'audience, de sorte qu'il n'est pas possible

---

15 INSTITUT CANADIEN DES COMPTABLES AGRÉÉS, *Manuel de l'ICCA*, vol. I, Toronto, ICCA (ci-après « Manuel »).

16 *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, art. 1672.

17 C.Q. Montréal, n° 500-80-003466-043, 5 mai 2006 (jugement porté en appel).

d'analyser le bien-fondé des motifs ayant mené à cette décision. Toutefois, étant donné que Revenu Québec a choisi de porter ce jugement en appel, il est à espérer que la Cour d'appel du Québec établira une position claire quant à l'application de la notion de compensation dans le contexte de la taxe sur le capital.

3. NOTION DE « PRÊT OU AVANCE »

Les prêts et avances à d'autres sociétés constituent des investissements admissibles aux fins de la déduction pour placements[18]. Cette règle, qui peut sembler très simple d'application, a suscité beaucoup de controverse au fil des années.

En effet, les termes « prêt » et « avance » ne sont pas définis dans la *Loi sur les impôts*; à défaut de définition, il faut donc se référer au sens ordinaire de ces mots. Revenu Québec a toujours adopté une définition très stricte de l'expression « prêts et avances » et considéré que les montants à recevoir d'une autre société résultant de transactions commerciales (telles que les ventes de biens ou de services) ne constituent pas un investissement admissible aux fins de la réduction du capital versé, et ce, même si le montant à recevoir est garanti par un bien de la société[19].

La Cour du Québec a donné raison à Revenu Québec et décidé à plusieurs reprises qu'un solde de prix de vente ne saurait être considéré comme un prêt ou une avance et ne donnait pas lieu à une déduction pour placements. Nous vous référons, à cet égard, aux décisions de la Cour du Québec dans *Simpsons Ltd.* c. *SMRQ*[20], *Bertco Investments Ltd.* c. *SMRQ*[21] et *Marcelon inc.* c. *SMRQ*[22]. Cette question a été examinée de nouveau par la Cour du Québec dans la cause *Crédit-Bail Banque Nationale inc.* c. *SMRQ*[23]. Dans cette affaire, la requérante assurait le financement d'entreprises qui désiraient acheter des biens, au moyen de baux financiers ou de contrats de

---

18 S.-par. 1138 1)b) L.I.

19 Voir notamment « Table ronde sur la fiscalité québécoise », dans *Congrès 90*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1991, pp. 1083-1114, question 6.4, aux pages 1113-1114.

20 [1992] R.D.F.Q. 19 (jugement porté en appel).

21 [1992] R.D.F.Q. 29 (C.Q.).

22 [1991] R.D.F.Q. 3 (C.Q.).

23 [1993] R.D.F.Q. 10 (C.Q.).

vente conditionnelle. Elle prétendait que les sommes qui lui étaient dues en vertu de tels contrats constituaient des prêts et avances à des sociétés lesquels étaient déductibles dans le calcul de son capital versé conformément à l'article 1138 L.I. La Cour du Québec conclut que la tradition d'une somme d'argent est une condition essentielle du contrat de prêt et qu'il ne pouvait donc s'agir d'un prêt dans les circonstances. Quant à la notion d'avance, le juge Lachapelle s'appuie sur les définitions du mot « avance » que l'on retrouve dans les dictionnaires pour conclure que les transactions de la requérante ne sauraient être considérées comme des avances.

En appel, la Cour d'appel du Québec a confirmé qu'un solde de prix de vente ne saurait être considéré comme un prêt ou une avance aux fins de l'application de la taxe sur le capital[24]. Dans cette affaire, la Cour d'appel du Québec a examiné la forme et la nature juridique des contrats et a conclu que la relation qui existait entre un acheteur et l'appelante (soit Crédit-Bail Banque Nationale inc. avant la fusion avec l'appelante Banque Nationale du Canada) était une relation acheteur/vendeur. Le montant dû en vertu desdits contrats constituait donc un solde prix de vente ne donnant pas lieu à la déduction pour placements :

> « Or, un solde de prix de vente doit se distinguer d'un prêt ou d'une avance, où la relation juridique entre les parties en est une de prêteur-emprunteur. De plus, les sommes en jeu ne peuvent constituer un prêt, la condition essentielle de la tradition d'une somme entre le prêteur et l'emprunteur étant absente en l'espèce. Le premier juge a donc qualifié avec exactitude les contrats intervenus comme des contrats de vente à tempérament comportant un solde de prix de vente[25]. »

Or, cette interprétation faisait en sorte que le même capital (soit le montant du solde de prix de vente) était imposé à deux reprises : au vendeur et à l'acheteur. Depuis 1999, le ministère des Finances a annoncé deux assouplissements importants afin de réduire le nombre de situations donnant lieu à une double imposition du capital et d'établir certains liens entre les éléments à inclure dans le calcul du capital versé et ceux permettant une réduction pour placements.

Ainsi, le sous-paragraphe 1138 1)d.1) L.I. prévoit que les créances résultant de la vente de biens ou de la fourniture de services à une autre société (lorsque lesdites créances sont garanties, en totalité ou en partie, par un bien de ladite société) constituent un placement admissible.

---

[24] *Banque Nationale du Canada* c. *SMRQ*, [1997] R.D.F.Q. 124 (C.A.), confirmant la décision de la Cour du Québec citée à la note précédente.

[25] *Id*., 128.

De plus, en vertu du sous-paragraphe 1138 1)d.2) L.I. constituent un placement admissible les créances qui sont dues à une société[26] soit : i) par une autre société (autre qu'une institution financière) et qui sont garanties, en totalité ou en partie, par un bien de cette autre société ou qui existent depuis plus de six mois; ou ii) par une société de prêts, une société de fiducie ou une société faisant le commerce de valeurs mobilières à laquelle la société est liée.

Étant donné que ces assouplissements sont relativement récents, la question de la déductibilité d'un solde de prix de vente dans le calcul du capital versé continue à être l'objet de nouvelles décisions jurisprudentielles. Toutefois, confrontés à l'évidence que les tribunaux québécois ne sont pas disposés à conclure qu'un solde de prix de vente constitue un « prêt ou avance », les procureurs des contribuables ont dû faire preuve d'imagination. De plus en plus, l'accent est mis sur l'instrument émis par le débiteur pour argumenter qu'il y a eu novation et que le créancier a droit à une déduction dans le calcul de son capital versé.

Dans l'affaire *SMRQ* c. *Corporation Financière Génécan*[27], la Cour d'appel du Québec s'est prononcée sur la nature juridique d'un instrument financier émis par un acheteur de biens afin de déterminer la taxe sur le capital payable par le vendeur desdits biens. Dans cette affaire, la requérante avait vendu à la Banque Nationale du Canada ses actions de Trust Général du Canada et Sherbrooke Trust de même que son portefeuille de prêts hypothécaires, d'immeubles et de valeurs mobilières en considération de la somme de 136 M$. En vertu de la convention de vente, la Banque Nationale a payé cette somme en remettant à Corporation Financière Génécan des billets à capital variable. La requérante prétendait qu'elle avait droit à une réduction dans le calcul de son capital versé en vertu du sous-paragraphe 1138 1)a) L.I. relativement à ces billets; la requérante considérait donc que les billets à capital variable émis par la Banque Nationale constituaient des obligations de cette dernière. Cependant, Revenu Québec était d'avis que les billets à capital variable ne visaient qu'à constater l'existence d'une dette, soit un solde de prix de vente, quantitativement variable. Or, les tribunaux québécois avaient déjà déterminé qu'un billet à ordre émis aux fins de

---

[26] Sauf les créances décrites aux sous-paragraphes 1138 1)a) à d.1) ou qui le seraient en l'absence des paragraphes 1138 2) à 2.1.3) L.I.

[27] D.F.Q.E. 2006 F-21, confirmant la décision de la Cour du Québec publiée à D.F.Q.E. 2004 F-41 (la permission d'en appeler à la Cour suprême du Canada a été rejetée le 7 septembre 2006).

constater un solde de prix de vente n'équivalait pas à un « prêt » en droit civil.

En 2004, la Cour du Québec avait tranché en faveur de la requérante et conclu qu'aucune somme n'était due par la Banque Nationale à Corporation Financière Génécan en vertu de la convention de vente. Cette conclusion était essentiellement fondée sur les faits suivants :

- la convention de vente (et la documentation accessoire à celle-ci) ne mentionne jamais un solde de prix de vente;

- les entrées comptables de Corporation Financière Génécan et de la Banque Nationale reflétaient un achat pur et simple des actifs[28];

- les billets à capital variable ne constituaient pas des « billets » au sens de la *Loi sur les lettres de change*[29] puisqu'ils étaient assortis de multiple conditions;

- les billets à capital variable constituaient des titres secondaires qui, en vertu de la *Loi sur les banques*[30], devaient nécessairement être entièrement libérés pour être émis; et

- le témoignage des représentants de Revenu Québec voulant qu'on ne se soit jamais demandé si les billets à capital variable pouvaient constituer autre chose que des billets à ordre représentant un solde de prix de vente.

Ainsi, compte tenu du fait que la documentation juridique et la présentation comptable de toutes les parties à la transaction étaient conformes aux prétentions de Corporation Financière Génécan, la Cour du Québec avait conclu qu'il n'y avait pas de solde de prix de vente dû par la Banque Nationale à Corporation Financière Génécan, mais plutôt un placement détenu par cette dernière dans la Banque Nationale. Cela étant dit, la Cour du Québec n'examine pas la nature dudit placement afin de déterminer s'il s'agit d'un placement visé par l'article 1138 L.I. Étant donné

---

[28] Corporation Financière Génécan avait antérieurement effectué une transaction similaire avec la Banque Laurentienne qui comportait un solde de prix de vente. La présentation comptable de cette transaction par Corporation Financière Génécan différait de celle qui avait été utilisée relativement à la transaction avec la Banque Nationale, conformément aux prétentions de Corporation Financière Génécan.

[29] L.R.C. (1985), c. B-4.

[30] L.R.C. (1985), c. B-1 et mod.

les prétentions de la requérante, on peut croire que le juge était d'avis que les billets à capital variable constituaient des obligations, mais cette conclusion n'est jamais exprimée clairement dans le jugement de première instance.

En appel, Revenu Québec a admis que les billets à capital variable ne constituent pas des billets à ordre. Néanmoins, Revenu Québec plaidait que ces billets n'emportaient pas paiement du solde de prix de vente, quelle que soit leur nature juridique. Cette position était évidemment contraire à celle défendue par Génécan, qui prétendait que la remise des billets à capital variable par la Banque Nationale constituait un paiement final du prix d'acquisition des actifs vendus. Subsidiairement, Génécan plaidait que l'émission des billets avait opéré novation. C'est cet argument subsidiaire qui a été retenu par la Cour d'appel du Québec, qui a conclu que l'intention de Génécan et de la Banque Nationale d'opérer novation était évidente si l'on tient compte :

- des termes de la convention qui ne mentionnent pas un solde de prix de vente, mais plutôt qu'une partie du prix est payé en entier par la remise des billets à capital variable;

- des états financiers de Génécan et Banque Nationale ayant traité la remise des billets à capital variable comme emportant paiement;

- du traitement différent en ce qui a trait à la présentation comptable de la transaction similaire avec la Banque Laurentienne; et

- du fait que, dans les relations de Génécan avec les tiers (par exemple, les avis envoyés à des organismes gouvernementaux), les billets étaient qualifiés de placement.

La Cour semble donc considérer qu'il y avait un solde de prix de vente dans le cadre de la transaction, mais que les parties ont choisi d'opérer novation et de changer la nature de ce solde en autre chose. Ce qui est intéressant dans le jugement de la Cour d'appel du Québec, c'est que le tribunal a analysé la nature des billets à capital variable afin de déterminer s'il s'agit d'un placement visé par l'article 1138 L.I. Selon les prétentions de Génécan, ces billets constituaient des obligations qui donnaient lieu à une réduction dans le calcul du capital versé en vertu du sous-paragraphe 1138 1)a) L.I.

La notion d'obligation n'est pas définie dans la *Loi sur les impôts*. Dans une interprétation technique[31], le Ministère a circonscrit ce concept comme suit :

- une obligation constitue un prêt consenti par l'investisseur au gouvernement ou à l'entreprise émettant l'obligation;

- l'émetteur promet généralement de payer un taux d'intérêt précis au porteur d'une obligation et de rembourser un certain montant (la valeur nominale de l'obligation) à l'échéance;

- l'obligation répond à un besoin de financement à long terme de l'émetteur;

- les obligations de sociétés sont habituellement garanties par des éléments d'actif précis;

- les obligations peuvent être vendues à prime ou à escompte;

- l'émission d'obligations implique un certain formalisme reconnu par le législateur.

Sur la base de cette définition, Revenu Québec prétendait que les billets à capital variable ne sauraient être qualifiés d'obligations puisque aucun prêt n'avait été octroyé par Génécan à la Banque Nationale. Cependant, la Cour d'appel du Québec n'a pas accepté cet argument et a conclu que la notion d'« obligation » était assez large pour englober le concept de débenture[32]. Selon la Cour, une débenture est tout simplement une créance contre une société non protégée par les biens de celle-ci. Grâce à une définition aussi large, la Cour d'appel du Québec n'a pas eu de difficulté à conclure que les billets à capital variable constituaient des obligations et à confirmer le jugement de première instance. Malheureusement, la Cour d'appel du Québec n'a pas autrement justifié son interprétation du concept d'« obligation », si ce n'est de citer un paragraphe de doctrine. La Cour a donc manqué l'occasion de nous donner des lignes directrices claires afin de nous permettre de savoir ce qui est visé par le mot « obligation ». Étant donné que la Cour suprême du Canada a refusé d'entendre l'appel, on ne peut s'attendre à ce que les tribunaux précisent dans un avenir rapproché ce

---

31 *CCH* (en ligne), Don Mills, Ont., CCH Canadian, interprétation technique 02-010493, 30 mai 2002.

32 *Id.*; Revenu Québec avait déjà accepté cette position.

qui est visé par cette expression. Une chose semble toutefois claire : une obligation ne constitue pas nécessairement un prêt. Il serait donc approprié que Revenu Québec modifie sa position administrative en conséquence.

Toutefois, à moins d'être en mesure de démontrer qu'il y a eu novation du solde de prix de vente, ou que ce solde a été payé par l'émission d'un instrument financier, il est clair qu'un solde de prix de vente ne donnera pas lieu à une réduction dans le calcul du capital versé du vendeur, à moins d'être visé par le sous-paragraphe 1138 1)d.1) ou 1138 1)d.2) L.I. Cette conclusion a été confirmée de nouveau par la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Simpsons Ltd.* c. *SMRQ*[33] :

> « [20] We are therefore of the view that the judge below was correct in concluding that the contract between the appellant and Acceptance was a contract of sale with a balance of purchase price, and that under subsection 1138(1) of the *Act*, the amounts owed to the appellant could not be deducted in the calculation of the appellant's paid-up capital.
>
> [21] As for the appellant's second argument concerning double taxation, we conclude, as had our court in *Banque Nationale*, that it is devoid of any merit. »

4. CARACTÈRE JURIDIQUE *VERSUS* TRAITEMENT COMPTABLE

En vertu de l'article 1131 L.I., une société doit payer une taxe sur son capital versé montré à ses états financiers. L'article 1130 L.I. définit l'expression « états financiers » comme étant les états financiers soumis aux actionnaires de la société préparés selon les PCGR. Il ne fait donc aucun doute que les règles comptables peuvent avoir un impact important sur le calcul de la taxe sur le capital. Toutefois, cet effet semble se limiter à la détermination du montant à inclure dans le calcul du capital versé, et non à établir si un élément du bilan doit être inclus, ou non, dans le calcul de celui-ci. Revenu Québec semble d'ailleurs d'accord avec cette position lorsqu'il énonce : « Le montant de chaque élément à inclure dans le calcul du capital versé sera généralement celui montré aux états financiers, si le montant ainsi montré est conforme aux principes comptables généralement reconnus[34]. »

À cet égard, la *Loi de l'impôt sur le revenu* est encore plus explicite, puisque le paragraphe 181(3) L.I.R. prévoit que :

---

[33] C.A. Montréal, n° 500-09-000040-931, 5 mai 2006.

[34] REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP. 1131-2/R1, « Taxe sur le capital – Capital versé montré aux états financiers », 31 mars 1998, par. 2.

> « (3) Calcul des valeurs et montants. Pour déterminer la valeur comptable d'un des éléments d'actif d'une société ou tout autre montant en vertu de la présente partie afférent au capital d'une société, à sa déduction pour placements, à son capital imposable et à son capital imposable utilisé au Canada pour une année d'imposition ou afférent à une société de personnes dans laquelle une société a une participation :
>
> a) la consolidation et la méthode de comptabilisation à la valeur de consolidation ne peuvent être utilisées;
>
> b) sous réserve de l'alinéa *a)* et sauf disposition contraire de la présente partie, les montants à utiliser sont les suivants : (i) soit ceux qui figurent au bilan présenté aux actionnaires de la société… ou, si un tel bilan n'est pas dressé conformément aux principes comptables généralement reconnus ou si aucun bilan n'est dressé, ceux qui y figureraient si un tel bilan était dressé conformément à ces principes, […] »

Encore ici, la pertinence des états financiers semble se limiter à la détermination du montant (valeur comptable) à utiliser dans le calcul du capital versé. Néanmoins, dans le passé, certaines décisions des tribunaux fédéraux ont fait référence aux règles comptables afin d'établir si un élément du bilan devait être inclus dans le calcul du capital en matière d'impôt des grandes sociétés[35].

Ces décisions ont amené l'ARC à adopter une règle d'interprétation qu'on pourrait qualifier d'« hybride » en matière d'impôt des grandes sociétés :

> « Suite aux arrêts *The Manufacturers Life Insurance Company* c. *La Reine*, 2001 D.T.C. 5396 et *Royal Trust* c. *MNR*, 2001 D.T.C. 52, l'Agence des douanes et du revenu du Canada (ci-après l'"Agence") est maintenant d'avis que lorsqu'une expression à la Partie I.3 de la Loi est dérivée essentiellement de la nomenclature comptable comme par exemple les réserves, provisions, allocations et autres surplus, le traitement comptable de l'élément en question sera utilisé pour décider si l'élément est inclus dans le calcul du capital. D'autre part, l'Agence est d'avis que l'on doit continuer à considérer la forme juridique en ce qui a trait aux éléments qui doivent être inclus dans le calcul du capital à titre de prêts, d'avances ou de dettes[36]. »

---

[35] *La Reine* c. *The Manufacturers Life Insurance Co.*, 2001 D.T.C. 5396 (C.A.F.); *The Royal Trust Company et autres* c. *La Reine*, 2001 D.T.C. 52 (C.C.I.) et *PCL Construction Management Inc.* c. *La Reine*, 2000 D.T.C. 2624 (C.C.I.).

[36] *Tax Window Files*, dans *Tax Works* (CD-ROM), Don Mills, Ont., CCH Canadian, interprétation technique 2003-0020677, 17 juin 2003.

C'est à ce contexte que le juge Bowman a été confronté dans la récente affaire *Ford Credit Canada Limited* c. *La Reine*[37]. Les faits de cette cause sont simples. L'appelante, une institution financière au sens de la Partie I.3 L.I.R., avait émis des actions privilégiées rachetables au gré de leur détenteur. Ces actions avaient été désignées comme un élément de passif dans les états financiers de l'appelante et il a été démontré que ce traitement comptable était conforme aux PCGR.

Compte tenu de ce qui précède, l'appelante n'avait pas inclus la valeur de rachat de ses actions privilégiées dans le calcul de son capital en vertu du paragraphe 181.3(3) L.I.R., puisqu'elle ne considérait pas qu'elle faisait partie de son capital-actions. L'ARC n'était pas d'accord avec cette prétention, conformément à sa position administrative exprimée dans son *Bulletin d'interprétation* IT-532 :

> « 12. Les actions privilégiées désignées comme un élément de passif et présentées au bilan par un montant égal à leur valeur de rachat seraient, pour l'application de la Partie I.3, considérées comme retenant leur caractère juridique, à savoir celles d'actions du capital-actions d'une société. Toutefois, la valeur comptable ou le montant approprié serait la valeur de rachat puisque c'est ce montant qui, conformément aux PCGR, figurerait au bilan de la société[38]. »

Toutefois, le juge Bowman conclut que le paragraphe 181(3) L.I.R. et la jurisprudence antérieure doivent mener à la conclusion que :

> « The effect of these decisions and indeed of the plain meaning of subsection 181(3) is that the accounting characterization of terms in the balance sheet is to be accepted in determining the components of a corporation's capital for the purposes of Part I.3. In specifically giving a function to accounting principles that is somewhat unique in income tax matters, Parliament intended that deference be given to the accounting characterization in the balance sheet of items that make up a corporation's capital[39]. »

L'appel du contribuable a donc été accueilli par le juge Bowman. Bien que cette conclusion puisse apparaître étonnante à première vue, on peut se consoler par le fait que le juge Bowman semble baser sa décision essentiellement sur la formulation du paragraphe 181(3) L.I.R. :

---

37 2006 D.T.C. 3424 (C.C.I.) (ci-après « *Ford Credit Canada* »).

38 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-532, « Partie I.3 – Impôt des grandes sociétés », l3 octobre 2000, par. 12.

39 *Ford Credit Canada*, précité, note 37, par. 32.

> « [19] Mr. Erlichman argues with considerable force that notwithstanding the wording of subsection 181(3) "capital stock" in paragraph 181.3(3)(a) means capital stock and the fact the share capital in the form of the redeemable retractable Class C special shares is treated for balance sheet purposes as debt is of no consequence. I would agree with Mr. Erlichman were it not for subsection 181(3). I see nothing in the cases cited by Mr. Spiro under the heading in his written submissions "The Judicial Interpretation of Provincial Capital Tax Legislation without the Equivalent of Subsection 181(3)" that would support the view that without subsection 181(3) "capital stock" should not be given its ordinary legal meaning. Without subsection 181(3) the Class C special shares would be capital stock notwithstanding the fact that as a matter of economic substance, accountants may treat them as debt[40]. »

Compte tenu de ce qui précède, nous sommes d'avis que cette décision ne devrait pas avoir d'impact en matière de taxe sur le capital au Québec.

[40] *Id*., par. 19.

LE NOUVEL ARTICLE 143.3 L.I.R.

Elaine Marchand
Associée, avocate
Osler, Hoskin & Harcourt s.e.n.c.r.l./s.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 40:3

1. L'ARTICLE 143.3 L.I.R. ET LA DÉCISION *ALCATEL* 40:4

1.1. L'ARTICLE 143.3 L.I.R. 40:4
1.1.1. Options 40:6
1.1.2. Actions 40:7
1.1.3. Autres participations 40:8
1.2. L'AFFAIRE *ALCATEL* 40:8

2. LA JURISPRUDENCE ANTÉRIEURE ET LA NOTION DE CAPITAL VERSÉ 40:10

2.1. JURISPRUDENCE ANTÉRIEURE 40:10
2.2. CAPITAL VERSÉ EN DROIT CORPORATIF ET FISCAL 40:17
2.2.1. Le capital déclaré en droit corporatif 40:17
2.2.2. Le capital versé en droit fiscal 40:19

2.3. LA PERTINENCE DU CAPITAL VERSÉ 40:20
2.3.1. Rachat d'actions 40:21
2.3.2. Réduction du capital versé 40:22
2.3.3. Distribution lors d'une liquidation 40:22
2.3.4. Règles de capitalisation restreintes 40:23

3. EXEMPLES : AU-DELÀ DU CAPITAL VERSÉ 40:23

3.1. ÉMISSION D'ACTIONS EN CONTREPARTIE D'UN BIEN – PARAGRAPHE 143.3(3) L.I.R. 40:24
3.1.1. Actions avec valeur nominale ou autres restrictions sur l'ajout d'un montant au capital déclaré 40:24
3.1.2. Dispositions qui réduisent le capital versé 40:25
3.1.3. Sociétés étrangères affiliées 40:26
3.2. LES OPTIONS – PARAGRAPHE 143.3(2) L.I.R. 40:27

4. UNE MESURE AUTRE QUE LE CAPITAL VERSÉ? 40:28

CONCLUSION 40:30

INTRODUCTION[*]

Le 17 novembre 2005, le ministre des Finances du Canada a déposé à la Chambre des communes un *Avis de motion de voies et moyens*[1] pour modifier la *Loi de l'impôt sur le revenu*[2] afin d'y intégrer le nouvel article 143.3 L.I.R. Cette nouvelle disposition proposée concerne les règles régissant la constatation des dépenses d'un contribuable lorsque celui-ci ne verse aucune contrepartie en espèces[3]. Entre autres, le nouvel article 143.3 L.I.R. prévoit le calcul du coût fiscal d'un bien acquis en contrepartie de l'émission d'actions. Plus précisément, selon cette disposition, le coût fiscal d'un tel bien serait dorénavant limité à la portion de la contrepartie reçue par la société qui est ajoutée au capital versé des actions émises.

L'introduction de cette nouvelle mesure fiscale est la réponse du ministre des Finances à la décision de la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *Alcatel Canada Inc.* c. *Canada*[4], dans laquelle la Cour juge qu'un coût ou une dépense engagé par une société n'exclut pas le versement d'éléments d'actif sans paiement en espèces ou déboursement. Le but de cet exposé est, dans un premier temps, de présenter le nouvel article 143.3 L.I.R. ainsi que la cause *Alcatel* qui a mené à son introduction. Nous résumerons ensuite la jurisprudence antérieure concernant la constatation de dépenses ainsi que la notion de capital versé qui figure au centre du nouvel article 143.3 L.I.R. Enfin, nous démontrerons par quelques exemples les difficultés soulevées par l'application de cette proposition législative.

---

[*] L'auteure tient à souligner la collaboration de Michael Sabbah, stagiaire chez Osler, Hoskin & Harcourt, dans le cadre de la rédaction de ce texte.

[1] CANADA, ministère des Finances, *Avis de motion de voies et moyens visant à modifier la* Loi de l'impôt sur le revenu, 17 novembre 2005.

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

[3] Notons que le ministère des Finances du Québec a annoncé son intention d'apporter des modifications à la législation fiscale québécoise afin de refléter les mesures fédérales. Voir QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2006-2007, Discours sur le budget et Renseignements additionnels sur les mesures du budget*, 23 mars 2006, p. 179.

[4] [2005] A.C.I. (Quicklaw) n[o] 98 (ci-après « *Alcatel* »).

1. L'ARTICLE 143.3 L.I.R. ET LA DÉCISION *ALCATEL*

1.1. L'ARTICLE 143.3 L.I.R.

L'article 143.3 L.I.R. a pour effet de réduire la « dépense » d'un contribuable aux fins du calcul de son revenu, revenu imposable, impôt à payer, ou toute somme considérée comme payée au titre de son impôt à payer. À cet égard, une dépense est définie comme « une dépense effectuée ou engagée (*expense, expenditure or outlay made or incurred*) par un contribuable, ou coût ou coût en capital d'un bien qu'il a acquis ». Puisqu'elle se limite à un nouvel article, la modification proposée est reproduite intégralement ci-après :

> « 143.3. Définitions. – (1) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.
>
> "contribuable". – "contribuable" Sont assimilées aux contribuables les sociétés de personnes.
>
> "dépense". – "dépense" Dépense effectuée ou engagée par un contribuable, ou coût ou coût en capital d'un bien qu'il a acquis.
>
> "option". – "option" Option, bon de souscription ou droit semblable, émis ou consenti par un contribuable et conférant au détenteur le droit d'acquérir une participation dans le contribuable ou dans un autre contribuable avec lequel celui-ci a un lien de dépendance au moment où l'option, le bon ou le droit est émis ou consenti.
>
> (2) Options – restriction. – Pour le calcul du revenu, du revenu imposable ou de l'impôt à payer d'un contribuable, ou d'une somme considérée comme payée au titre de son impôt à payer, la dépense du contribuable est réputée ne comprendre nulle partie de celle-ci qui, en l'absence du présent paragraphe, entrerait dans le calcul de la dépense du fait que le contribuable a émis ou consenti une option À LA DATE DE PUBLICATION ou par la suite.
>
> (3) Actions – restriction. – Pour le calcul du revenu, du revenu imposable ou de l'impôt à payer d'une société, ou d'une somme considérée comme payée au titre de son impôt à payer, la dépense de la société qui, en l'absence du présent paragraphe, comprendrait une somme du fait que la société, ou une autre société avec laquelle celle-ci a un lien de dépendance, a émis une action de son capital-actions À LA DATE DE PUBLICATION ou par la suite est réduite de la somme applicable suivante :

a) si l'émission de l'action ne fait pas suite à l'exercice d'une option, l'excédent éventuel de la somme visée au sous-alinéa (i) sur la somme visée au sous-alinéa (ii) :

(i) la juste valeur marchande de l'action au moment de son émission,

(ii) la partie de la somme que la société émettrice a reçue en contrepartie de l'émission de l'action qui est ajoutée au capital versé au titre de la catégorie d'actions qui comprend l'action en cause, et n'en est pas déduite par l'effet d'une disposition de la présente loi;

b) si l'émission de l'action fait suite à l'exercice d'une option, l'excédent éventuel de la somme visée au sous-alinéa (i) sur la somme visée au sous-alinéa (ii) :

(i) la juste valeur marchande de l'action au moment de son émission,

(ii) la partie de la somme payée par le détenteur à la société émettrice, conformément aux conditions de l'option, pour l'émission de l'action qui est ajoutée au capital versé au titre de la catégorie d'actions qui comprend l'action en cause, mais qui n'en est pas déduite par l'effet d'une disposition de la présente loi.

(4) Autres participations – restriction. – Pour le calcul du revenu, du revenu imposable ou de l'impôt à payer d'un contribuable, à l'exception d'une société, ou d'une somme considérée comme payée au titre de son impôt à payer, la dépense du contribuable qui, en l'absence du présent paragraphe, comprendrait une somme du fait que le contribuable, ou un autre contribuable avec lequel celui-ci a un lien de dépendance, a émis une de ses propres participations À LA DATE DE PUBLICATION ou par la suite est réduite de la somme applicable suivante :

a) si l'émission de la participation ne fait pas suite à l'exercice d'une option, l'excédent éventuel de la somme visée au sous-alinéa (i) sur la somme visée au sous-alinéa (ii) :

(i) la juste valeur marchande de la participation au moment de son émission,

(ii) la somme que le contribuable émetteur a reçue en contrepartie de l'émission de la participation;

b) si l'émission de la participation fait suite à l'exercice d'une option, l'excédent éventuel de la somme visée au sous-alinéa (i) sur la somme visée au sous-alinéa (ii) :

(i) la juste valeur marchande de la participation au moment de son émission,

(ii) la somme que le détenteur a versée au contribuable émetteur, conformément aux conditions de l'option, pour l'émission de la participation.

(5) Précision. – Il est entendu que les paragraphes (3) et (4) n'ont pas pour effet de réduire les dépenses qui ne comportent pas de sommes correspondant aux excédents visés à ces paragraphes. »

Selon l'*Avis de motion de voies et moyens*[5], le nouvel article 143.3 L.I.R. serait applicable à la constatation d'une « dépense » lorsque celle-ci comprend un montant du fait de l'émission, **après le 17 novembre 2005**, d'une option, d'une action ou d'une participation[6].

1.1.1. Options

Cette première limitation (par. 143.3(2) L.I.R.) prévoit que l'octroi même d'une option ne donne pas lieu à une dépense aux fins fiscales. Aux fins de l'article 143.3 L.I.R., on entend par le mot « option » les options, bons de souscription ou droits semblables conférant un droit d'acquérir une participation dans l'émetteur ou dans un contribuable avec lequel l'émetteur de l'option a un lien de dépendance au moment où l'option est consentie. Donc, à titre d'exemple, une société qui émet une option qui confère le droit d'acquérir des actions de son capital-actions en paiement d'une prestation de services acquise pour gagner un revenu d'entreprise[7] ou du prix d'acquisition d'un bien ne pourrait inclure dans la dépense ou le coût de ce bien aucun montant se rapportant à cette option, et ce, sans égard au fait que l'option puisse avoir une valeur en jeu ou une valeur financière déterminée selon d'autres paramètres financiers connus (modèle Black-Scholes).

---

5 CANADA, ministère des Finances, *op. cit.*, note 1.

6 Selon l'annonce d'harmonisation faite par le ministre des Finances du Québec, la législation fiscale québécoise serait modifiée de façon déclaratoire, de sorte qu'une modification équivalant à l'article 143.3 L.I.R. s'appliquerait à la constatation de dépenses peu importe la date à laquelle le titre en question est émis (sous réserve des causes pendantes devant les tribunaux au 23 mars 2006 ou des avis d'opposition signifiés au ministre du Revenu au plus tard le 23 mars 2006 lorsque le traitement de l'avantage imposable découlant d'une option d'achat d'actions octroyée à des employés aura fait l'objet d'une contestation au plus tard ce jour dans de telles causes ou de tels avis et que la contestation aura pour motif les éléments qui font l'objet de cette modification).

7 Présumons qu'il ne s'agit pas d'une dépense de nature capital et qu'elle serait par ailleurs raisonnable dans les circonstances.

De prime abord, cette première limitation n'est peut-être pas si surprenante lorsqu'il s'agit du calcul du revenu et du revenu imposable puisqu'elle ne fait que reprendre et étendre l'application de l'alinéa 7(3)b) L.I.R. au-delà du contexte des options consenties aux employés. Ainsi, en vertu de l'alinéa 7(3)b) L.I.R., lors de l'émission d'options d'achat d'actions à un employé, ni l'employeur ni l'émetteur de l'option ne peut déduire un montant au titre de l'option lorsque le titre sous-jacent à l'option est effectivement émis ou vendu[8]. Toutefois, le paragraphe 143.3(2) L.I.R. viendrait alors confirmer qu'aucun montant au titre d'une option ne peut être considéré comme faisant partie de la dépense de l'émetteur dans le calcul de son revenu, de son revenu imposable ou de son impôt à payer, ou **d'une somme considérée comme payée par l'émetteur au titre de son impôt à payer**; c'est précisément la prise en compte de la valeur des options consenties dans le calcul d'un crédit d'impôt qui était le nœud du litige dans l'affaire *Alcatel*.

1.1.2. Actions

De façon sommaire, la deuxième limitation (par. 143.3(3) L.I.R.) prévoit qu'une « dépense » réglée par l'émission d'actions est limitée au montant de la contrepartie qui est ajouté au capital versé de la catégorie d'actions qui comprend les actions émises. Cette limitation s'applique différemment selon que l'action est émise à la suite de l'exercice d'une option ou non. Premièrement, lorsque l'émission de l'action ne fait pas suite à l'exercice d'une option, la « dépense » est réduite par l'excédent de la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») de l'action au moment de son émission sur la somme reçue en contrepartie de cette émission par la société émettrice qui est ajoutée au capital versé de la catégorie d'actions visée sans en être déduite par l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[9]. Deuxièmement, selon l'alinéa 143.3(3)b) L.I.R., lorsque l'émission de l'action fait suite à l'exercice d'une option, la « dépense » est réduite par l'excédent de la JVM de l'action au moment de son émission sur la partie de la contrepartie payée par le détenteur de l'option pour l'émission de l'action (soit le prix d'exercice) qui est ajoutée au capital versé de la catégorie d'actions visée sans en être déduite par l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Ainsi, lors de l'émission d'actions à la suite de l'exercice d'une option, la valeur en jeu, soit la différence entre la JVM de l'action et la somme payée lors de l'exercice de l'option, n'entre pas dans le calcul de la « dépense » de

---

8 Évidemment, si l'option est réglée par un paiement en espèces de la valeur en jeu, une dépense égale à ce montant serait généralement déductible.

9 Al. 143.3(3)a) L.I.R.

la société. Ainsi, cette limitation a pour effet de renverser la décision *Alcatel* où, comme nous le verrons, le juge Bonner avait conclu que cette valeur en jeu constituait une dépense aux fins du calcul d'un crédit d'impôt.

1.1.3. Autres participations

Finalement, la troisième limitation (par. 143.3(4) L.I.R.) prévoit qu'une « dépense » qui comprendrait une somme du fait qu'un contribuable autre qu'une société émet une participation est réduite par l'excédent de la JVM de la participation au moment de son émission : i) dans le cas d'exercice d'une option sur cette participation, sur la somme versée à l'émetteur de la participation conformément aux conditions de l'option; et ii) dans les autres cas, sur la somme que l'émetteur de la participation a reçue en contrepartie de l'émission. Ainsi, cette disposition assure l'application du principe de l'article 143.3 L.I.R. à un intérêt dans une société de personnes ou à une part d'une fiducie.

On voit donc dans le paragraphe 143.3(3) L.I.R. un départ du concept de capital versé étant donné que des contribuables autres que des sociétés sont visés. Le paragraphe 143.3(4) L.I.R. est possiblement l'expression la plus simple de la politique fiscale qui sous-tend cette proposition législative. On vise à ramener la « dépense » d'un contribuable émetteur réglée par l'émission d'une participation à la « somme reçue »[10] par ce contribuable et éviter qu'une renonciation, qu'un appauvrissement ou qu'un manque à gagner quelconque (réel ou virtuel) puisse créer un attribut fiscal pour l'émetteur lors de l'émission de cette participation. Dans l'affaire *Alcatel*, le juge Bonner a effectivement conclu que la société pouvait tenir compte d'une dépense équivalant au montant qu'elle n'a **pas** reçu lors de l'émission d'actions à ses employés à la suite de la levée d'options d'achat d'actions. Voyons maintenant la décision *Alcatel* qui a donné lieu à la présentation de cette proposition législative.

1.2. L'AFFAIRE *ALCATEL*

Le jugement dans l'affaire *Alcatel* a été rendu par le juge Bonner le 24 février 2005. L'appelante exerçait des activités de recherche scientifique et de développement expérimental au Canada (ci-après « RS & DE »). Un programme d'actionnariat était offert aux employés exerçant directement des

---

[10] Selon le paragraphe 248(1) L.I.R., « somme » ou « montant » s'entend d'argent, droit ou chose exprimé sous forme d'un montant d'argent, ou valeur du droit ou de la chose exprimé en argent.

activités de RS & DE. Ce programme permettait aux employés d'acheter un nombre d'actions ordinaires de l'appelante à un prix d'exercice au moins égal au cours des actions à la Bourse de Toronto à la date où les options avaient été accordées. Un avantage égal à la valeur en jeu des options, soit la différence entre la valeur au marché des actions au moment de l'exercice de l'option et le prix d'exercice, avait donc été conféré aux employés. Cet avantage devait être inclus dans le calcul du revenu de l'employé suivant l'article 7 L.I.R. Aux fins du calcul des « dépenses admissibles » à être prises en considération pour le calcul de son crédit d'impôt à l'investissement en vertu du paragraphe 127(9) L.I.R., l'appelante a pris la position qu'elle avait engagé des frais « pour le traitement ou salaire » au sens de la sous-division 37(8)a)(ii)(B)(IV) L.I.R. lors de l'exercice de ces options par ses employés. La question en litige était donc de déterminer si la valeur en jeu des options ainsi exercées constituait une « dépense faite » (*expenditure made*) représentant des « frais engagés pour le traitement ou le salaire » (*expense incurred… for salary or wages*). L'intimée a plaidé que l'avantage aux employés avait été accordé par l'appelante sans faire de décaissement, de sorte qu'il ne pouvait y avoir une dépense. La Cour a écarté cet argument :

> « [24] […] Cet argument repose sur la prémisse selon laquelle les dispositions légales exigeant que des dépenses soient engagées ne peuvent être respectées que si un décaissement ou un paiement est fait. Comme l'Appelante n'a fait aucun décaissement, elle n'a donc engagé [sic[11]] aucune dépense, contrairement à l'exigence prévue à la subdivision 37(8)(a)(ii)(B)(IV)[12]. »

L'intimée avait cité l'affaire *Lowry* c. *Consolidated African Selection Trust*[13], une décision de la Chambre des lords, à l'appui de son argument que le terme *expenditure* (dépense) impliquait un déboursement d'argent. La Cour ne se considérait pas liée par cet arrêt, d'autant plus qu'il ne portait pas sur le sens du terme « dépense » dans le contexte d'un incitatif fiscal comme le crédit d'impôt en cause. La Cour s'est plutôt référée au *Black's Law Dictionary* qui définit le terme « dépense » par « 1. le fait de payer; sortie de fonds; 2. une somme payée »[14] et a conclu comme suit :

---

11 Dans la version originale anglaise de ses motifs, le juge Bonner utilise le mot *made* au lieu de *incurred*.

12 *Alcatel*, précité, note 4, par. 24.

13 [1940] A.C. 648.

14 *Black's Law Dictionary*, 6e éd., St-Paul, Minn., West Publishing Co., 1990.

> « [31] […] À mon avis, il s'agit du sens ordinaire du terme. Une dépense ne se limite pas à un décaissement. Rien dans la définition n'exclut le versement d'éléments d'actifs au moyen de mécanismes qui sont adoptés à cette fin et qui ne comportent aucun paiement en espèces. L'argument de l'intimée omet de reconnaître qu'une très réelle dépense est faite lorsque des actions ayant une valeur au marché établie sont vendues à un prix inférieur à cette valeur dans le contexte d'un régime de rémunération des employés qui achètent ces actions. L'avantage qu'en retirent les employés est réel. Ce n'est pas de la magie. Cet avantage passe de l'appelante aux employés par le truchement d'un mécanisme d'options d'achat d'actions. La dépense consiste en la contrepartie à laquelle l'appelante renonce lorsqu'elle émet ses actions à un prix moindre que la valeur au marché. L'encouragement à la recherche scientifique, l'objet visé par le texte légal, serait sensiblement amoindri par l'adoption de l'interprétation étroite prônée par l'intimée[15]. » (Notre soulignement)

On voit bien que la décision *Alcatel* portait sur une disposition précise de la *Loi de l'impôt sur le revenu* que le juge Bonner a interprétée en tenant compte de la politique fiscale sous-jacente, soit l'encouragement de la RS & DE. Ainsi, il aurait été très facile pour le ministre des Finances d'éviter que le même résultat se produise en modifiant la sous-division 37(8)a)(ii)(B)(IV) L.I.R. afin d'exclure certains montants. Il semble que ce soit plutôt les propos du juge Bonner selon lesquels une « très réelle dépense » puisse exister aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu* lorsque l'appelante renonce à recevoir le plein prix de ses actions qui aient suscité la réaction du ministre des Finances et donné lieu à une modification d'application beaucoup plus générale que la situation en cause dans l'affaire *Alcatel*.

2. LA JURISPRUDENCE ANTÉRIEURE ET LA NOTION DE CAPITAL VERSÉ

2.1. JURISPRUDENCE ANTÉRIEURE

Jusqu'à ce que la Cour canadienne de l'impôt se prononce dans l'affaire *Alcatel* et que le ministre des Finances y réagisse avec l'introduction de la proposition législative à l'étude, la question de la constatation de dépenses (ou plus précisément du coût d'un bien) réglées par l'émission d'actions du capital-actions du contribuable avait été considérée dans une série de décisions menant ultimement à la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Téléglobe Canada Inc.* c. *Canada*[16]. Il est donc utile de revoir la jurisprudence antérieure à l'introduction de l'article 143.3 L.I.R. afin de situer cette modification proposée en rapport avec l'état du droit préexistant.

---

15 *Alcatel*, précité, note 4, par. 31.

16 [2002] A.C.F. (Quicklaw) n° 1521 (ci-après « *Téléglobe* »).

La première décision charnière en la matière, *Tuxedo Holding Co. Ltd.* c. *MRN*[17], avait établi que le coût d'un bien acquis en contrepartie de l'émission d'actions devait être déterminé uniquement en fonction de la valeur nominale des actions émises, une notion du droit corporatif qui équivaut au montant ajouté au compte de capital versé des actions. Dans cette affaire, un groupe d'individus du Manitoba possédant des lots avait conclu une entente avec l'Université du Manitoba afin de faire un don d'un site de 160 acres dont ils étaient propriétaires. Pour ce faire, en 1914 le groupe a constitué l'appelante, Tuxedo Holding, avec un capital autorisé de 2 000 actions d'une valeur nominale de 100 $ chacune. Le site de 160 acres, d'une valeur de 355 000 $, fut transféré à la société en contrepartie de 1 000 actions de celle-ci. Certains autres lots aussi d'une valeur de 355 000 $ furent transférés à la société pour les 1 000 actions restantes. Ainsi, les transferts à la société ont donné lieu à une augmentation du capital déclaré de la société de 200 000 $, soit 2 000 actions d'une valeur de 100 $ chacune, et à la constatation d'un surplus d'apport au bilan de l'appelante pour un montant égal à la différence entre la valeur nominale des actions émises et la valeur des lots. En 1951, l'appelante a vendu une partie des lots. La question en litige devant la Cour de l'Échiquier était de savoir si la détermination du coût d'acquisition des lots vendus reposait sur la valeur nominale des actions émises ou plutôt sur la valeur stipulée à l'entente de 1914, à laquelle l'appelante était partie, qui établissait à 355 000 $ la valeur des lots cédés à l'appelante en contrepartie de l'émission d'actions. Selon la décision de la Cour, la contrepartie versée par l'appelante pour les lots était égale à la valeur nominale des actions émises, soit 100 000 $, et n'incluait aucun montant au titre du surplus d'apport constaté lors de l'émission :

> « Whatever the liability of the appellant company to its shareholders may be in respect of a "Contributed surplus", that liability, in my opinion, forms no part of the consideration paid in respect of the acquisition of the lands. That consideration, which is the cost to the appellant, was the issue of the $200,000.00 par value of the shares.
>
> […]
>
> In my opinion, the consideration paid by the appellant for the 905 lots was the par value of the shares issued and nothing more. What it gave up was the right to call upon the allottees of the shares for payment of the par value of each share. The sum of $200,000.00, therefore, correctly represents the cost of such lots to the appellant[18]. »

---

17 59 D.T.C. 1102 (C. de l'É.) (ci-après « *Tuxedo Holding* »).

18 *Id*., 1108.

Le coût d'acquisition des lots a donc été établi par la valeur nominale des actions émises en contrepartie, sans égard à l'entente des parties ou quelque montant de surplus d'apport constaté lors de l'émission des actions.

L'arrêt *Tuxedo Holding* a fait jurisprudence pendant de nombreuses années au Canada[19] pour ce qui est du principe selon lequel la valeur nominale des actions émises en contrepartie d'un bien acquis par une société établit le coût de ce bien pour la société. Dans la cause *Tuxedo Holding*, le juge Cameron avait fait l'analyse de certains arrêts britanniques traitant de questions semblables, dont *Osborne* c. *Steel Barrel Co. Ltd.*[20] et *Craddock* c. *Zevo Finance Co. Ltd.*[21] Dans ces arrêts, des actions avaient été émises en contrepartie de l'acquisition de biens qui devaient faire partie de l'inventaire de la société, et il s'agissait d'en fixer le coût. Dans les deux cas, les biens cédés avaient une valeur marchande inférieure à la valeur nominale des actions émises en contrepartie. Lesdites actions avaient été émises comme entièrement libérées. La prétention de la Couronne maintenait que le coût des biens acquis était égal à la valeur des biens, ce qui revenait à dire, selon la Cour, que les actions avaient été émises à escompte. C'est à la lumière de ces faits qu'on peut lire les propos de Lord Greene M.R. dans l'affaire *Osborne* :

> « The primary liability of an allottee of shares is to pay for them in cash ; but when shares are allotted credited as fully paid, this primary liability is satisfied by a consideration other than cash passing from the allottee. A company, therefore, when in pursuance of such a transaction it agrees to credit the shares as fully paid, is giving up what it would otherwise have had, namely, the right to call on the allottee for payment of the par value in cash. A company cannot issue £1,000 nominal worth of shares for stock of the market value of £500 since shares cannot be issued at a discount.
>
> […]
>
> It would have been illegal for the Appellant Company to issue shares at a discount and there is no ground for suggesting that this was done. Accordingly we must proceed upon the basis that the various benefits obtained by the Appellant Company under the agreement of 15th October, 1932, were together

---

19 Voir entre autres *Marina Québec Inc.* c. *MRN*, 92 D.T.C. 1337 (C.C.I.); *King Rentals Ltd.* c. *Canada*, [1995] A.C.I. (Quicklaw) n° 790 (ci-après « *King Rentals* »).

20 [1942] 1 All E.R. 634 (C.A.) (ci-après « *Osborne* »).

21 27 T.C. 267, confirmant la décision de la Cour d'appel [1994] 1 All E.R. 566 (ci-après « *Craddock* »).

> of a value at least equal to the nominal amount of the shares which it issued[22]. »
> (Notre soulignement)

De même, dans l'affaire *Craddock*, Lord Greene M.R. note que la prémisse qui s'infère de l'argument de la Couronne selon lequel le coût pour la société des biens acquis est inférieur à la valeur nominale des actions est que les actions auraient été émises à escompte (c'est-à-dire non entièrement libérées), ce qui aurait été contraire aux dispositions de l'entente des parties. Selon Lord Greene, l'entente des parties doit être respectée à moins de démontrer qu'il ne s'agisse d'un subterfuge :

> « But what is even more conclusive is that on no possible view can the shares be regarded as having been issued otherwise than as fully-paid. The agreement of 15 June 1932, in terms provides that the shares should be allotted to the shareholders of the syndicate as fully paid. It was on these terms, and these terms alone, that they were accepted by the shareholders : they clearly could not have been accepted and the reconstruction scheme could never have been carried through, if the shares had been allotted as partly paid. The terms on which the syndicate and its liquidator agreed to part with these investments were (i) that the respondents should take over the liability on the debentures; (ii) that the respondents should issue fully-paid shares to the shareholders of the syndicate. It was with these terms and none other that the respondents had to comply in order to acquire the investments.
>
> It is, I think, true as a general proposition that, where a company acquired property for fully-paid shares of its own, the price paid by the company is, *prima facie*, the nominal value of the shares. It is for those who assert the contrary to establish it, as could be done, for example, in the suggested case of a deliberately inflated valuation. In the present case, the Crown has failed to establish the contrary on the facts as found[23]. » (Notre soulignement)

Deux principes se dégagent de ces décisions : i) lorsque des actions avec valeur nominale sont émises comme entièrement libérées, le coût pour la société d'un bien acquis en contrepartie de l'émission d'actions doit être au moins égal à cette valeur nominale à moins de faire la preuve que les administrateurs ont agi illégalement; et ii) l'entente entre les parties doit être respectée à moins d'une preuve qu'elle constitue un subterfuge ou un artifice.

Le principe de la préséance de l'entente des parties dans l'établissement du coût des biens acquis par une société en contrepartie de l'émission

---

22 *Osborne*, précité, note 20, 637-638.

23 *Craddock*, précité, note 21, 569.

d'actions de son capital-actions a été repris par la Chambre des lords dans l'arrêt *Stanton* c. *Drayton Commercial Investments Co. Ltd.*[24] Dans cette affaire, la société appelante avait conclu une entente pour acheter des titres d'un tiers pour un montant de 3,9 M£. Le prix de vente devait être réglé par l'émission de 2,4 millions d'actions ordinaires à un prix d'émission de 1,60 £, soit le cours de l'action ordinaire à la cote de la Bourse. Entre le moment de la conclusion de l'entente et la clôture de la transaction, le cours des actions a chuté de sorte que chaque action ordinaire avait une valeur de 1,25 £. La société appelante a vendu une partie des titres. Il était donc nécessaire de déterminer le coût fiscal des titres vendus afin de calculer le gain imposable. La Chambre des lords a jugé que le montant convenu par les parties était concluant pour déterminer le coût fiscal des titres, en l'absence de circonstances particulières :

> « From these judgments I extract the following propositions relevant to the present appeal. (1) A company can issue their own shares "as consideration for the acquisition of property" as Lord Greene M.R. said. (2) The value of the consideration given in the form of fully paid shares allotted by a company is not the value of the shares allotted but, in the case of an honest and straightforward transaction, the price upon which the parties agreed – as Lord Simonds said. The latter point was expressed even more forcibly in the House of Lords by Lord Wright where he said, 27 T.C. 267, 290: "No authority was cited for the claim of the Revenue in a case like this to go behind the *agreed consideration* and substitute a different figure[25]." »

La jurisprudence britannique semble avoir évolué plus rapidement que la jurisprudence canadienne en la matière. Dans l'affaire *King Rentals*, rendue après l'arrêt *Stanton*, la Cour conserve comme critère de premier plan le montant ajouté au capital versé des actions émises au lieu de s'en tenir strictement à l'entente des parties.

Dans l'affaire *King Rentals*, l'appelante désirait éteindre une dette qu'elle avait envers certains de ses actionnaires ainsi qu'une autre société associée. Pour ce faire, elle a émis 7 000 actions privilégiées entièrement libérées ayant une valeur nominale de 100 $ par action. La question était de savoir si, pour déterminer le montant pour lequel la dette avait été réglée, il fallait utiliser la valeur nominale des actions émises ou la valeur marchande de ces actions (laquelle était inférieure au montant de la dette). La Cour canadienne de l'impôt a tranché en faveur du contribuable en concluant que

---

24 [1983] 1 A.C. 501 (ci-après « *Stanton* »).

25 *Id*., 511.

c'est la valeur nominale des actions qui détermine le montant pour lequel la dette a été éteinte :

> « I conclude from this jurisprudence that, provided there is no abuse, the amount agreed upon between the subscriber and the corporation and added to the paid-up capital of the shares is conclusive of the amount paid by the corporate debtor to retire its debt.
>
> […]
>
> Considering section 80 as it read in the taxation years under issue, before the amendment brought in the Act for taxation years ending after February 21 1994, and considering the doctrine and the jurisprudence cited above, I find that the corporate law should prevail in the interpretation of a taxing statute when nothing in the legislation dictates otherwise. I therefore agree with the Appellant that the fair market value of the preferred shares should not be taken into account in determining the amount that was paid by the Appellant in consideration for the settlement of the debt for the taxation years under issue. I am of the opinion that objectivity in terms of ascertaining value can be achieved in a manner which is consistent with corporate law, that is to the extent that the value is determined as being the cost for the debtor corporation of the property acquired (that is the release of indebtedness) in consideration for the issuance of the shares, that is the par value of the shares in the present instance[26]. » (Notre soulignement)

La décision *Stanton* ne semble pas avoir été considérée dans l'affaire *King Rentals*.

Dans la décision *Téléglobe*, la Cour d'appel fédérale s'est éloignée du raisonnement de la cause *Tuxedo Holding* et s'est rapprochée plutôt du raisonnement de la Chambre des lords dans l'affaire *Stanton* en déclarant que la convention des parties se doit de primer sur les comptes de capital lors de la détermination du coût de biens acquis en échange d'actions. Dans cette affaire, l'appelante (Téléglobe Inc.) a acquis les actifs d'une société d'État (Téléglobe) en contrepartie de la prise en charge de certains éléments de passif pour 155 M$, d'un billet pour un montant de 143 M$, de l'émission de 1 000 actions spéciales à un prix d'émission de 1 $ par action et de l'émission de 233 228 000 actions ordinaires à un prix d'émission de 1 $ par action. La privatisation a été complétée par la vente immédiate du billet de 143 M$ et des actions ordinaires de Téléglobe Inc. par la société d'État en faveur de Memotec Data Inc. (ci-après « Memotec ») pour 488 M$.

---

26 *King Rentals*, précité, note 19, 1137-1138.

Dans son calcul du coût des actifs acquis lors de la transaction, l'appelante a établi le coût engagé et représenté par l'émission d'actions à environ 345 M$, soit la différence entre le prix total payé par Memotec et le montant du billet de 143 M$. Essentiellement, l'appelante prétendait que le coût des actifs acquis par elle devait être déterminé en fonction de la valeur des actions ordinaires qu'elle avait émises, et l'achat immédiat de ces actions par une partie sans lien de dépendance établissait cette valeur à 345 M$. Précisons que le capital déclaré des actions ordinaires de l'appelante avait été fixé à environ 231 M$ pour respecter certaines contraintes réglementaires.

Selon la Couronne, le coût des actifs acquis par l'appelante devait être établi conformément aux termes de la convention de vente. À cet égard, la Couronne prétendait que le prix d'acquisition avait été déterminé en fonction d'un bilan d'ouverture pour l'appelante qui établissait le coût des actifs à un montant de 533 M$, de sorte que, implicitement, la partie de la contrepartie pour l'actif représenté par les actions était d'environ 230 M$ (soit 533 M$ moins l'ensemble des passifs pris en charge (155 M$) et le billet (143 M$)).

La Cour a donné raison à la Couronne et a conclu que le coût des actifs représenté par l'émission des actions ordinaires par l'appelante était plutôt de 230 M$. Ainsi, comme dans l'affaire *Stanton*, la Cour place une plus grande importance sur la convention entre les parties, même si ordinairement, le montant qui y est indiqué devrait être reflété dans l'ajout au compte de capital versé des actions émises :

> « Absent factors which would make the transaction impeachable, the agreement of the parties determines the cost to the corporation of issuing shares in exchange for property. By statute, the corporation is bound to reflect the true consideration received for the issuance of the shares in its capital accounts. As a result, while one can say that the capital accounts are an indication of the agreement between the parties, it is the agreement of the parties, not the capital accounts which is determinative of the cost. Consequently, the trial judge was correct in saying that the consideration was the amount agreed between the parties and "reflected" in the director's resolution and in the increase the stated capital of the classes of shares issued[27]. »

L'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») avait clarifié sa position en 2003[28] en annonçant qu'elle adoptait le jugement de la Cour dans l'affaire *Téléglobe* selon lequel lorsqu'un bien est acquis par une société en

---

27 *Téléglobe*, précité, note 16, par. 31.

28 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2003-0048585, 2 décembre 2003.

contrepartie de l'émission d'actions, et que les parties n'ont aucun lien de dépendance, le coût du bien sera déterminé en fonction de la convention entre les parties :

> « Where an asset is acquired by a corporation in exchange for shares of the corporation issued from the treasury as a result of a transaction between the corporation and parties acting at arm's length with the corporation and the price of the asset is stated in the agreement governing the conveyance of the asset, it is our view that the cost of the asset will, subject to section 85, generally be equal to the price agreed to by the parties[29]. »

Donc, l'état du droit (et de la position administrative de l'ARC) avant le 17 novembre 2005 était que le coût de biens acquis par une société en contrepartie de l'émission d'actions du capital-actions de la société était établi par le prix stipulé dans la convention entre les parties, sous réserve d'une disposition particulière de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (par exemple, par. 85(1), art. 85.1 L.I.R., etc.). En donnant préséance au capital versé des actions émises en contrepartie d'un bien pour établir le coût de ce bien pour la société émettrice, le nouvel article 143.3 L.I.R. semble donc être un retour à l'époque où l'affaire *Tuxedo Holding* faisait jurisprudence.

2.2. CAPITAL VERSÉ EN DROIT CORPORATIF ET FISCAL

La notion de capital versé est une notion de droit fiscal, mais qui repose largement sur la notion de capital déclaré du droit corporatif.

2.2.1. Le capital déclaré en droit corporatif

Au sens corporatif, le capital versé s'entend de la portion du capital-actions souscrite et payée à la société par les actionnaires. Les lois corporatives permettent le paiement des actions en numéraire (argent), en biens ou en services à la société. Lorsqu'il s'agit d'acquitter le prix des services par l'émission d'actions, les services doivent déjà avoir été rendus à la société au moment de l'émission selon le paragraphe 25(3) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*[30].

Certaines lois sur les sociétés permettent l'émission d'actions par la société (ou compagnie dans le cas du Québec) sans exiger que les actions soient totalement acquittées. Le capital versé sera ainsi formé de la

---

29 *Id*.

30 L.R.C. (1985), c. C-44 et mod. (ci-après « L.C.S.A. »).

proportion qui a été acquittée. Puisque les sociétés fédérales ne peuvent émettre des actions non entièrement payées selon la Loi canadienne sur les sociétés par actions, le terme « capital versé » est remplacé par celui de « capital déclaré ». La société est donc dans l'obligation de verser au compte de capital déclaré de la catégorie ou série pertinente le montant total de l'apport reçu en contrepartie des actions émises[31].

Le paragraphe 26(2) L.C.S.A. prévoit qu'une société doit verser au compte de capital déclaré d'une catégorie d'actions le montant de toute contrepartie reçue pour l'émission d'actions de cette catégorie : « La société verse au compte capital déclaré pertinent le montant total de l'apport reçu en contrepartie des actions qu'elle émet[32]. »

De plus, selon le paragraphe 26(4) L.C.S.A., il est interdit d'ajouter au capital déclaré un montant plus élevé que la contrepartie reçue et il n'est permis qu'exceptionnellement (dans les situations prévues par le paragraphe 26(3) L.C.S.A.) d'ajouter un montant moins élevé[33]. Ainsi, ces exceptions s'appliquent principalement dans trois situations. Premièrement, le sous-alinéa 26(3)a)(i) L.C.S.A. prévoit que lorsqu'une société émet à une personne avec laquelle elle a un lien de dépendance au moment de l'échange (au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu*) des actions en échange d'un bien, elle pourra ajouter la totalité ou une partie de la contrepartie qu'elle reçoit au compte de capital déclaré. En deuxième lieu, le sous-alinéa 26(3)a)(ii) L.C.S.A. prévoit le même résultat lorsqu'une société émet ses actions en échange d'actions d'une autre société avec laquelle elle avait au moment de l'échange, ou en raison de celui-ci, un lien de dépendance. Finalement, en vertu du sous-alinéa 26(3)a)(iii) L.C.S.A., une société peut choisir d'inclure dans son compte de capital déclaré une partie de la contrepartie reçue pour l'émission d'actions lors d'un échange d'un bien avec une personne avec laquelle elle n'a aucun lien de dépendance, mais seulement si cette personne, la société et tous les détenteurs des actions de la catégorie d'actions émises dans l'échange consentent à l'échange. La *Loi canadienne sur les sociétés par actions* prévoit aussi que lors d'une transaction visée au paragraphe

---

31 Raymonde CRÊTE et Stéphane ROUSSEAU, *Droit des sociétés par actions – Principes fondamentaux*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 304.

32 Une règle semblable est prévue à l'article 123.48 de la *Loi sur les compagnies*, L.R.Q., c. C-38 (ci-après « L.C. »).

33 Ronald K. DURAND et Ian M. FREEDMAN, « Dealing with Paid-Up Capital », dans *Corporate Management Tax Conference 1997*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1998, pp. 17:1-42, à la page 17:3; l'article 123.49 L.C. est aussi prévu pour de telles situations exceptionnelles.

182(1) ou à l'alinéa 192(1)b) L.C.S.A., soit une fusion de sociétés, il est permis d'ajouter au compte de capital déclaré la totalité ou une partie de la contrepartie reçue par une société pour l'émission de ses actions dans le contexte de la fusion. Dans toutes ces situations exceptionnelles, la portion de la contrepartie reçue par la société qui n'est pas ajoutée au compte de capital déclaré devra faire partie du compte de surplus d'apports. Le surplus d'apport est une notion comptable qui fait référence aux contributions par les actionnaires qui ne sont pas allouées au compte de capital déclaré[34]. Puisque le surplus d'apport n'est pas défini dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, il faut se tourner vers le sens comptable[35].

Certaines autres transactions peuvent modifier le compte de capital déclaré. Par exemple, quand les actions d'une catégorie sont converties en actions d'une autre catégorie, le capital déclaré suit les actions et donc, le capital déclaré des actions échangées deviendra celui des actions reçues dans l'échange[36]. Les réductions du compte de capital déclaré avec ou sans versement aux actionnaires et les ajouts au compte de capital déclaré sont aussi permis dans certaines circonstances[37].

Finalement, du point de vue corporatif canadien, les surplus d'apports et les bénéfices non répartis (ci-après « BNR ») ne font pas partie du compte de capital déclaré. Ceci est important puisque n'étant pas inclus aux fins corporatives, ces montants ne feront pas non plus partie du capital versé aux fins fiscales[38].

2.2.2. Le capital versé en droit fiscal

La *Loi de l'impôt sur le revenu* définit le capital versé d'une catégorie d'actions (après le 31 mars 1977) au sous-alinéa 89(1)b)(iii) L.I.R. comme suit :

---

34 Les raisons pour l'allocation d'une somme au surplus d'apport sont multiples. Par exemple, il est parfois préférable de réduire le compte de capital déclaré pour pouvoir satisfaire certains tests de solvabilité. Une telle réduction doit être accompagnée d'un ajout au surplus d'apport.

35 *Infra*, section 4. pour une discussion plus approfondie sur le surplus d'apport.

36 Par. 39(4) L.C.S.A.

37 Voir notamment les paragraphes 26(6) et 38(1) L.C.S.A.

38 R. K. DURAND et I. M. FREEDMAN, *loc. cit.*, note 33.

> « (iii) lorsque le moment donné est postérieur au 31 mars 1977, somme égale au capital versé au moment donné au titre de cette catégorie d'actions, calculée compte non tenu des dispositions de la présente loi, à l'exception des paragraphes 51(3) et 66.3(2) et (4), des articles 84.1 et 84.2, des paragraphes 85(2.1), 85.1(2.1), 86(2.1), 87(3) et (9), 128.1(2) et (3), 138(11.7), 139.1(6) et (7), 192(4.1) et 194(4.1) et de l'article 212.1; […]. »

De plus, l'alinéa 89(1)a) L.I.R. précise que le capital versé d'une action est le résultat obtenu en divisant le capital versé de la catégorie à laquelle elle appartient par le nombre d'actions émises de cette catégorie. Le capital versé n'est donc pas propre à chaque actionnaire d'une catégorie donnée, mais plutôt une moyenne de tous les montants payés à la société pour la souscription d'actions de cette catégorie. Le capital versé est un attribut fiscal de la société, mais qui a une grande pertinence pour les actionnaires.

La notion de capital versé n'est donc pas clairement définie puisque la définition fait référence au « capital versé au moment donné » sans plus de précision. En effet, la notion fiscale de capital versé repose largement sur le capital déclaré aux fins corporatives : « C'est la loi sur les sociétés applicable, et non les lois fiscales, qui règle le calcul de ce montant. Le montant ainsi calculé est souvent désigné sous le nom de "capital déclaré" de la catégorie d'actions[39]. »

Le capital versé est égal au capital déclaré, sauf pour les modifications prévues par la loi fiscale. Une discussion détaillée de tous ces ajustements déborde du cadre de cet exposé. Notamment, lors de certaines transactions de roulement, telles que les transactions visées par les articles 51, 84.1, 85, 85.1, 212.1 et les paragraphes 87(1) et 87(9) L.I.R., certains ajustements dans le calcul du capital versé fiscal seront requis.

2.3. LA PERTINENCE DU CAPITAL VERSÉ

Le capital versé représente le montant qui peut être distribué aux actionnaires comme capital et donc en franchise d'impôt pour ceux-ci. Les sommes distribuées dans les transactions détaillées ci-dessous seront d'abord considérées comme capital jusqu'à concurrence du capital versé de la catégorie d'actions qui fait l'objet de la distribution. Tout excédent sera traité comme un dividende réputé, soit une distribution imposable des bénéfices de

---

[39] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-463R2, « Capital versé », 8 septembre 1995.

la société[40]. De plus, une distribution du capital versé réduit généralement le prix de base rajusté (ci-après « PBR ») des actions pour l'actionnaire[41]. Une distribution du capital versé qui excède le PBR donnera généralement lieu à un gain en capital pour l'actionnaire qui détient ses actions en tant qu'immobilisations[42]. Les principales distributions qui peuvent résulter dans le retour aux actionnaires du capital versé sont le rachat d'actions, la réduction du capital versé et la distribution lors de la liquidation d'une société.

Le capital versé est aussi déterminant dans l'application des règles de capitalisation restreintes à une société.

2.3.1. Rachat d'actions

Le rachat d'actions par une société est traité différemment de la disposition de ces actions par un actionnaire à un tiers. Ainsi, une disposition à un tiers donne lieu à un gain (ou une perte) en capital[43]. Un paiement versé à un actionnaire lors d'un rachat d'une action est d'abord traité comme une distribution de capital, jusqu'à concurrence du capital versé. Tout excédent est traité comme un dividende aux fins fiscales[44]. La disposition de l'action à la suite de ce rachat peut quand même donner lieu à un gain ou une perte en capital; toutefois, le dividende réputé qui peut résulter du rachat ne fait pas partie du produit de disposition de l'actionnaire aux fins du calcul de son gain (ou sa perte) en capital[45]. Ce mécanisme illustre donc l'importance du capital versé, puisque c'est ce montant qui peut être payé aux actionnaires libre d'impôt. Il faut noter que l'achat par une société publique sur le marché libre de ses actions ne sera généralement pas assujetti au même traitement, mais sera assimilé à une disposition des actions par l'actionnaire à un tiers et ne donnera pas lieu à un dividende réputé[46].

---

40 Notons que le dividende réputé pourrait dans certains cas être un dividende en capital si le choix prévu au paragraphe 83(2) L.I.R. est fait.

41 S.-al. 53(2)a)(ii) L.I.R.

42 Par. 40(3) L.I.R.

43 Cela suppose que l'action est une immobilisation pour le vendeur.

44 Par. 84(3) L.I.R., sous réserve de l'application potentielle du paragraphe 55(2) L.I.R. à un actionnaire corporatif.

45 Voir « produit de disposition » à l'article 54 L.I.R.

46 Al. 84(6)b) L.I.R.

2.3.2. Réduction du capital versé

Les sommes distribuées par une société à ses actionnaires en réduction du compte de capital déclaré, par le truchement de mécanismes corporatifs, seront traitées aux fins fiscales comme une distribution de capital, jusqu'à concurrence du capital versé. Ainsi, une telle distribution n'entraîne aucun impôt pour les actionnaires, jusqu'à concurrence du capital versé des actions. Tout excédent sera traité comme un dividende[47]. Sauf pour quelques situations exceptionnelles, ce traitement ne s'applique pas aux réductions de capital versé effectuées par les sociétés publiques; le montant versé sera réputé être un dividende[48]. De plus, quand il s'agit de sociétés étrangères, ce traitement fiscal favorable ne pourrait être disponible que lorsque les lois corporatives permettent une réduction du capital déclaré[49]. Si cependant la seule réduction du compte de capital déclaré permise par la législation vise un transfert à un autre compte en capital, par exemple au compte de surplus d'apports, la distribution sera traitée comme un dividende puisqu'une distribution du compte de surplus d'apports est un dividende aux fins corporatives[50]. En somme, une réduction du capital déclaré sera traitée comme une distribution de capital (à concurrence du capital versé fiscal) aux fins fiscales seulement si la loi corporative permet véritablement une réduction du compte de capital déclaré et une distribution concomitante aux actionnaires.

2.3.3. Distribution lors d'une liquidation

Lors de la liquidation d'une société, la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit que toute distribution aux actionnaires est traitée d'abord comme un remboursement de capital, jusqu'à concurrence du capital versé. Toute

---

47 Par. 84(4) L.I.R.; pour les actionnaires corporatifs, le paragraphe 55(2) L.I.R. peut s'appliquer de sorte que l'actionnaire soit réputé avoir réalisé un gain en capital imposable.

48 Par. 84(4.1) L.I.R.

49 R. K. DURAND et I. M. FREEDMAN, *loc. cit.*, note 33, 17:13. Le paragraphe 84(4) L.I.R. est applicable uniquement aux sociétés qui résident au Canada. Toutefois, à moins qu'une distribution faite par une société sur ces actions ne soit qualifiée de dividende ou d'avantage conféré à un actionnaire selon le paragraphe 15(1) L.I.R., et sous réserve de toute autre disposition spécifique, il appert qu'une telle distribution pourrait être de nature capital.

50 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 9428025, 8 janvier 1996 et 9415515, 9 décembre 1995.

distribution qui excède ce montant est traitée comme un dividende[51]. Encore une fois, nous voyons l'importance de cette notion puisqu'elle est déterminative des sommes qui peuvent être distribuées à l'actionnaire en franchise d'impôt pour ce dernier.

2.3.4. Règles de capitalisation restreintes

À la lumière des exemples qui précèdent, la pertinence du capital versé pour les actionnaires paraît évidente. Or, la notion de capital versé est importante aussi à l'égard de la société elle-même pour l'application des règles de capitalisation restreintes. Les paragraphes 18(4) à 18(8) L.I.R. prévoient des règles pour plafonner la déduction des intérêts dans le calcul du revenu de certaines sociétés. Ainsi, lorsque la dette d'une société envers un « actionnaire non résident déterminé » excède deux fois les montants spécifiés, l'intérêt sur la portion de la dette que représente cet excédent ne sera pas déductible. Les montants qui composent les montants spécifiés pour l'application de ces règles sont le total des BNR, les surplus d'apports et le capital versé. Le capital versé est donc utilisé pour déterminer quel niveau d'endettement rend la société assujettie à ces règles.

De même, selon le nouvel article 143.3 L.I.R., le capital versé des actions émises par une société revêt une importance pour la société elle-même en ce qui concerne ses attributs fiscaux et la constatation de ses dépenses.

3. EXEMPLES : AU-DELÀ DU CAPITAL VERSÉ

Dans l'exemple le plus simple d'une émission d'actions en contrepartie d'un bien ou d'un service, il semblerait que l'application de l'article 143.3 L.I.R. n'ait aucun impact sur la « dépense ». Lors de l'acquisition d'un bien en contrepartie de l'émission d'actions sans valeur nominale, une société est obligée de verser au compte de capital déclaré le « montant total » de l'apport reçu en contrepartie des actions qu'elle émet. Ainsi, l'ajout au capital versé sera, en principe, un reflet exact de la JVM du bien acquis, et aucune réduction du coût du bien selon l'article 143.3 L.I.R. ne sera requise. Cependant, les transactions commerciales ne sont pas souvent simples. Ajoutez à cela la complexité de l'univers fiscal canadien et il devient évident que le rattachement de la « dépense » engagée au capital versé des actions émises n'est pas une solution soutenable.

---

[51] Par. 84(2) L.I.R.

De plus, si l'intention du ministre des Finances était seulement de remédier au problème soulevé dans l'affaire *Alcatel*, il aurait pu facilement apporter des modifications aux paragraphes 127(5) et 37(1) L.I.R. qui définissent les dépenses reliées à la RS & DE[52]. Il semble que l'article 143.3 L.I.R. crée une règle d'application plus générale et cette approche a été critiquée par un bon nombre d'auteurs[53].

Le comité conjoint sur la fiscalité de l'Association du Barreau canadien et de l'Institut canadien des comptables agréés a fait parvenir des représentations au ministre des Finances le 27 janvier 2006 concernant les problèmes techniques soulevés par l'article 143.3 L.I.R. proposé[54]. Nous résumons ci-après un certain nombre de ces problèmes techniques. Nous comprenons que le ministère des Finances se penche actuellement sur l'article 143.3 L.I.R. en vue d'y apporter certaines modifications. Toutefois, il est possible que la version modifiée de la mesure fiscale ne réponde pas à toutes les critiques.

3.1. ÉMISSION D'ACTIONS EN CONTREPARTIE D'UN BIEN – PARAGRAPHE 143.3(3) L.I.R.

3.1.1. Actions avec valeur nominale ou autres restrictions sur l'ajout d'un montant au capital déclaré

Tandis que le régime fédéral des sociétés par actions ne prévoit plus d'actions avec valeur nominale, certaines provinces, dont notamment le Québec, la Nouvelle-Écosse et la Colombie-Britannique, permettent toujours ce type d'actions. De plus, plusieurs juridictions étrangères permettent aussi l'émission d'actions avec valeur nominale[55]. Ainsi, l'application de l'article 143.3 L.I.R. à une transaction impliquant ce type d'actions pourrait être

---

52 Shiyamala DEVAN-RAMDAS, « The November 17, 2005 Notice of Ways and Means Motion – An Appropriate Response to Alcatel? », (2006), vol. 16, n° 2 *Taxation Law*, à la page 25; Paul STEPAK, « An Axe Instead of a Scalpel: Finance Canada's Response to the Alcatel Decision », *Tax Topics*, n° 1792, Don Mills, Ont., CCH Canadian, 13 juillet 2006.

53 *Id*.

54 Joint Committee on Taxation of The Canadian Bar Association and The Canadian Institute of Chartered Accountants, « Submission of the CICA-CBA Joint Committee on Taxation Regarding Proposed Section 143.3 », 27 janvier 2006, p. 9 (ci-après « *Rapport du comité conjoint sur la fiscalité* »).

55 Richard TREMBLAY et Bradley WARDEN, « Tuxedo Doesn't Fit – CRA Tries on *Teleglobe* for Size », (2005), vol. 16, n° 3 *Canadian Current Tax*.

problématique. Prenons par exemple une société dont les actions ont une valeur nominale de 1 $ et une valeur marchande de 10 $. Si cette société acquiert un bien d'une valeur de 100 $, elle devra émettre 10 actions. Cependant, l'ajout au capital versé ne sera que de 10 $. Selon l'article 143.3 L.I.R., le coût du bien pour la société sera de 10 $, malgré le fait que la valeur offerte en contrepartie soit de 100 $. Lors d'une disposition éventuelle du bien à sa valeur marchande (100 $), la société réalisera un gain de 90 $ sans qu'il n'y ait eu un gain économique correspondant[56].

Outre les lois corporatives, certaines autres restrictions pourraient être applicables sur le montant qui est ajouté au compte de capital déclaré. Par exemple, des contraintes réglementaires pourraient faire en sorte qu'il soit préférable d'ajouter un montant inférieur à la pleine valeur de l'apport à la société au compte de capital déclaré. C'était le cas dans l'affaire *Téléglobe*. Dans ces circonstances, il pourrait être injuste sur le plan fiscal de réduire les attributs fiscaux relatifs aux biens acquis par la société en contrepartie d'actions.

De façon plus générale, notre révision de la notion de capital versé et sa pertinence dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* (voir la section 2.3. ci-dessus) démontrent que le capital versé est une mesure incommensurable pour la constatation de dépenses et la détermination du coût aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. À l'exception de certaines transactions de roulement où la *Loi de l'impôt sur le revenu* exige la transposition des attributs fiscaux relatifs à un bien pour le cédant aux actions émises en contrepartie par le cessionnaire (par exemple, par. 85(1) et art. 85.1 L.I.R.), le capital versé ne semble pas être la base appropriée pour déterminer le coût fiscal d'un bien acquis en contrepartie de l'émission d'actions.

Nous comprenons que le ministère des Finances reconnaît ces difficultés; on peut donc s'attendre à ce que le capital versé ne soit pas le seul élément considéré dans une version révisée du paragraphe 143.3(3) L.I.R.

3.1.2. Dispositions qui réduisent le capital versé

Le mécanisme de roulement du paragraphe 85(1) L.I.R. permet à un contribuable de céder un bien ayant une plus-value à une société en échange de nouvelles actions de la société, tout en reportant l'impôt sur cette plus-value. Lors d'un tel roulement, l'actionnaire et la société peuvent convenir

---

56 P. STEPAK, *op. cit.*, note 52.

d'un montant, sous réserve de certaines limites, qui établira le coût du bien pour la société ainsi que le produit de disposition du bien pour l'actionnaire. Lors d'un tel roulement, le montant que la société peut ajouter au capital versé de la catégorie d'actions visée est limité au montant convenu[57]. Cependant, puisque l'article 143.3 L.I.R. ne fait pas que limiter le coût, mais prévoit plutôt une réduction de ce coût, chaque fois que la valeur marchande du bien acquis par voie de roulement excédera le montant ajouté au capital versé, le coût du bien pour la société sera réduit par cet excès. Il est clair qu'une telle réduction n'a aucune raison d'être, puisque le coût (sans l'application de l'article 143.3 L.I.R.) correspond au montant convenu par les parties en vertu de leur choix conjoint.

Donc, l'interaction des paragraphes 85(1) et 143.3(3) L.I.R. doit être clarifiée. Il en va de même pour les autres dispositions qui réduisent le capital versé des actions émises lors de certains roulements, notamment les articles 84.1, 85.1 et 212.1 L.I.R.

3.1.3. Sociétés étrangères affiliées

L'article 143.3 L.I.R. peut aussi avoir des conséquences en ce qui concerne les sociétés étrangères affiliées (ci-après « SÉA »). Premièrement, lorsqu'une société canadienne transfère des actions de SÉA-1 à SÉA-2 et reçoit en contrepartie des actions de SÉA-2, le paragraphe 85.1(3) L.I.R. prévoit un roulement[58]. Le PBR des actions émises sera donc identique au PBR des actions vendues. Puisque l'article 143.3 L.I.R. s'applique non seulement à une société qui émet ses propres actions, mais aussi lorsqu'une société avec laquelle celle-ci a un lien de dépendance en émet, on pourrait concevoir que l'article 143.3 L.I.R. s'applique pour réduire le PBR pour la société canadienne des actions de SÉA-2 acquises lors de l'échange. Évidemment, pour engendrer l'application de l'article 143.3 L.I.R., il faut qu'il y ait un excès entre la valeur marchande de ces actions et le montant ajouté au compte de capital déclaré de celles-ci. Ceci pourrait être le cas par exemple lorsque la loi corporative qui régit SÉA-2 ne permet pas à celle-ci d'ajouter à son compte de capital déclaré le plein montant de la valeur des actions reçues dans l'échange[59]. Dans un tel cas, le PBR de la société

---

57 Par. 85(2.1) L.I.R.

58 Paul L. BARNICKE, « Nouvelle signification de coût », dans *Faits saillants en fiscalité canadienne*, vol. 14, n° 2, Association canadienne d'études fiscales, 2 février 2006.

59 *Id.*

canadienne à l'égard des actions de SÉA-2, qui est déjà inférieur à la juste valeur en raison du roulement, sera réduit davantage[60]. Cette difficulté dans l'application de l'article 143.3 L.I.R. se présente seulement s'il est possible de considérer que le coût pour la société canadienne de ses actions de SÉA-2 « comprend une somme du fait que » SÉA-2 a émis une action. À tout le moins, il y aurait lieu de clarifier que la référence au paragraphe 143.3(3) L.I.R. à l'émission d'actions par une société avec laquelle la société, dont la « dépense » est calculée, a un lien de dépendance, ne donne pas lieu à une réduction de cette « dépense » dans la situation décrite ci-dessus.

De plus, notons que l'alinéa 95(2)f) L.I.R. prévoit que les dispositions de la Partie I L.I.R. s'appliquent au calcul du gain (ou perte) en capital et du revenu tiré de biens d'une SÉA. Ainsi, il faudrait tenir compte de l'application de l'article 143.3 L.I.R. dans le calcul du revenu étranger accumulé tiré de biens (ci-après « RÉATB ») de cette SÉA. La réduction du coût d'un bien acquis en échange d'actions ayant un faible capital versé (en raison d'une valeur nominale ou d'une autre restriction) pourrait ainsi augmenter le RÉATB de cette SÉA lorsque cette dernière dispose de ce bien dans le cadre d'une transaction imposable[61].

3.2. LES OPTIONS – PARAGRAPHE 143.3(2) L.I.R.

En vertu du paragraphe 143.3(2) L.I.R., une société n'aura aucune dépense du fait qu'elle a émis une option sur ses actions. Encore une fois, cette règle semble créer une asymétrie dans le traitement de la société et du détenteur d'options. Si l'option a été émise en contrepartie d'un bien, le contribuable qui acquiert l'option aura un produit de disposition à l'égard du bien égal à la valeur de l'option (et un PBR pour l'option du même montant). La société devrait donc avoir un coût à l'égard de ce bien égal au même montant[62].

Vu autrement, lorsque le détenteur lève l'option, la valeur de la contrepartie donnée (soit le bien) pour l'option peut être considérée comme faisant partie de la contrepartie donnée pour les actions[63]. Ainsi, la société devrait avoir un coût à l'égard du bien comme si ce bien avait fait partie de la contrepartie versée pour les actions. En revanche, si l'option vient à

---

60 *Id.* Notons que le même résultat pourrait s'appliquer dans le contexte domestique.

61 *Id.*

62 *Rapport du comité conjoint sur la fiscalité*, *op. cit.*, note 54, p. 9.

63 Voir l'alinéa 49(3)b) L.I.R.

échéance sans qu'elle ne soit exercée, la société réalisera un gain en capital[64]. Ce gain devrait générer un attribut fiscal (c'est-à-dire un coût) équivalant à l'égard du bien acquis en contrepartie de l'émission de l'option.

4. UNE MESURE AUTRE QUE LE CAPITAL VERSÉ?

Il semblerait que certaines modifications au nouvel article 143.3 L.I.R. auraient déjà été envisagées par le ministre des Finances, de sorte que la détermination du montant d'une dépense reposerait non seulement sur l'ajout au capital versé, mais plutôt sur le montant reconnu par la société dans ses comptes financiers comme étant la valeur reçue en contrepartie de l'émission d'actions[65]. Le calcul de la dépense tiendrait compte autant du capital versé que d'un surplus d'apport, le cas échéant. De plus, lorsqu'un principe comptable imposerait une restriction au montant qui peut être ajouté aux comptes financiers dans le cas de transferts de biens entre membres d'un même groupe corporatif, la réduction de l'article 143.3 L.I.R. serait calculée sans tenir compte d'une telle restriction[66].

Le surplus d'apport n'est défini ni dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* ni dans les lois corporatives. L'ARC prend la position qu'il faut se tourner vers les principes comptables généralement reconnus[67]. De plus, il semblerait que la définition comptable est aussi utilisée à des fins corporatives[68]. La notion comptable de surplus d'apports est définie dans le *Manuel de l'ICCA* comme suit :

> « Contributed surplus comprises amounts paid in by equityholders. Contributed surplus in the form of surplus paid in by equityholders includes premiums on shares issued, any portion of the proceeds of issue of shares without par value not allocated to share capital, gain on forfeited shares, proceeds arising from shares donated by equityholders, credits resulting from redemption or

---

64 Par. 49(2) L.I.R.

65 *Rapport du comité conjoint sur la fiscalité*, *op. cit.*, note 54, p. 4.

66 *Id.*

67 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2002-0146655, 30 octobre 2002.

68 Ceci est illustré par les propos suivants du précis de Bruce WELLING, *Corporate Law in Canada: The Governing Principles*, 3e éd., Sribblers Publishing, 2006 : « Accounting for share issues is governed by simplified legal rules. Take the CBCA as a typical example. The corporation need only add the dollar value of the consideration paid to the "stated capital account" [...] The law properly leaves it to accountants to work out the detailed rules. » (Notre soulignement)

> conversion of shares at less than the amount set up as share capital, and any other contribution by equityholders in excess of amounts allocated to share capital[69]. »

Cette définition de surplus d'apports est assez large et semble comprendre tout paiement reçu en contrepartie d'une émission d'actions.

Ainsi, il semble que l'application de l'article 143.3 L.I.R. dépendrait de principes comptables. Il est généralement inhabituel pour la *Loi de l'impôt sur le revenu* d'importer des notions entièrement comptables dans son application, à moins d'une disposition claire qui prévoit une telle utilisation des principes comptables[70]. La réticence envers l'utilisation de principes comptables s'explique en partie par le fait que le fondement même des principes comptables et les objectifs de ceux-ci n'ont parfois rien à voir avec la politique sous-jacente à la constatation de dépenses aux fins fiscales.

De plus, dans cette situation particulière, puisque l'article 143.3 L.I.R. s'applique aussi aux sociétés non résidentes, il serait nécessaire de tenir compte des principes corporatifs et comptables de plusieurs juridictions pour déterminer ce que constituent les comptes financiers[71].

Il est difficile de concevoir du point de vue de la politique fiscale pourquoi le calcul d'une dépense ou du coût d'un bien devrait dépendre du capital versé et du surplus d'apport même si le résultat obtenu pourrait souvent être le bon. Comme décrit ci-dessus, le capital versé représente en théorie le montant qui a été contribué à la société par ses actionnaires. De plus, selon sa définition comptable, le surplus d'apport représente aussi une contribution à la société, par exemple le prix de souscription d'une action qui

---

69 INSTITUT CANADIEN DES COMPTABLES AGRÉÉS, *Manuel de l'ICCA*, vol. I, Toronto, ICCA, chap. 3251, par. .03(b).

70 *Ford Credit Canada Ltd.* c. *La Reine*, [2006] C.C.I. 441. Il est aussi utile de noter la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Canderel ltée* c. *Canada*, [1998] 1 R.C.S. 147, dans laquelle la Cour indique que les principes comptables peuvent être utilisés à titre indicatif seulement :

> « Les principes commerciaux reconnus, notamment ceux codifiés formellement dans les principes comptables généralement reconnus (PCGR), ne sont pas des règles de droit mais des outils d'interprétation. Il s'agit d'outils non juridiques, extrinsèques à la détermination du bénéfice en droit, alors que les dispositions de la Loi et les autres règles de droit établies constituent la base même de cette notion. »

71 *Id.*

excède sa valeur nominale. La *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit ainsi la possibilité dans certaines circonstances de distribuer aux actionnaires une partie des sommes dans le surplus d'apport en franchise d'impôt[72]. Le capital versé et le surplus d'apport partagent certaines caractéristiques, c'est-à-dire qu'ils représentent une contribution d'un actionnaire à une société et se trouvent donc dans l'avoir des actionnaires[73]. Il semblerait que l'article 143.3 L.I.R. utilise la notion de capital versé, et potentiellement celle de surplus d'apport, comme une mesure équivalant à la valeur qui est contribuée à la société, valeur qui devrait normalement correspondre à la valeur des actions émises en contrepartie. Ainsi, au lieu de se fier sur des concepts comptables pour déterminer la valeur de la contrepartie reçue par une société, l'article 143.3 L.I.R. devrait se fier simplement sur la notion de juste valeur marchande[74]. Évidemment, une telle approche n'est pas une nouveauté mais plutôt un retour à l'état du droit antérieur. En effet, en l'absence de fraude, la contrepartie donnée en échange d'un bien dans une transaction entre deux parties traitant sans lien de dépendance reflétera généralement la JVM des biens. De plus, le paragraphe 69(1) L.I.R. assure ce même résultat lorsque les parties ont un lien de dépendance[75]. Ainsi, en l'absence de faits qui rendent la transaction attaquable, et dans le contexte de parties qui traitent sans lien de dépendance, la contrepartie dont fait état la convention entre les parties correspond à la JVM et devrait donc établir le coût du bien pour l'acquéreur, même si cette contrepartie est acquittée par l'émission d'actions du capital-actions de l'acquéreur. C'est l'approche qu'a d'ailleurs prise la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Téléglobe* ainsi que le ministre des Finances dans sa réponse initiale à cette décision.

CONCLUSION

Dans ce texte, nous avons résumé l'état du droit sur la détermination du coût d'un bien acquis en contrepartie de l'émission d'actions. L'affaire *Téléglobe* faisait jurisprudence en la matière. L'*Avis de motion de voies et moyens* du 17 novembre 2005[76] semble renverser l'état du droit. Nous ne

---

72 Cela est possible par exemple lorsque le surplus d'apport résulte d'une réduction antérieure du compte de capital versé et d'un transfert concomitant de cette somme au compte de surplus d'apport, selon le sous-alinéa 84(1)c.3)(iii) L.I.R.

73 Notons que cela est généralement le cas pour le surplus d'apport. Cependant, il se peut qu'une augmentation du surplus d'apport résulte de la contribution d'un tiers à la société, par exemple lors de l'annulation d'une dette de celle-ci.

74 *Rapport du comité conjoint sur la fiscalité*, *op. cit.*, note 54, p. 6.

75 *Id.*

76 CANADA, ministère des Finances, *op. cit*., note 1.

pouvons qu'abonder dans le même sens que plusieurs commentateurs selon lesquels cette mesure fiscale va au-delà de ce qui était nécessaire sur le plan législatif pour éviter le résultat dans l'affaire *Alcatel.* Il semblerait que si le ministre des Finances conserve une mesure d'application plus générale pour la constatation de dépenses, elle devra faire l'objet de plusieurs modifications pour répondre aux problèmes techniques soulevés; une plus grande complexité dans ce domaine semble donc inévitable.

RÈGLEMENT 45-106 DE LA *LOI SUR LES VALEURS MOBILIÈRES*

Pierre-Yves Leduc
Avocat
Stikeman Elliott s.e.n.c.r.l., s.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 41:3

1. *RÈGLEMENT 45-106* : DISPENSE DE PROSPECTUS LORS DE PLACEMENTS DE TITRES 41:4

1.1. ÉMETTEUR FERMÉ 41:4
1.1.1. Émetteur fermé *versus* société fermée 41:4
1.1.2. Nouveau concept de « personnes visées » 41:5
1.1.3. Rétroactivité de l'application du *Règlement 45-106* 41:5
1.2. INVESTISSEURS QUALIFIÉS 41:6
1.3. AUTRES DISPENSES 41:7

2. *RÈGLEMENT 45-102* : DISPENSE DE PROSPECTUS LORS DE LA REVENTE 41:9

2.1. REVENTE DE TITRES PLACÉS PAR LA VOIE DE DISPENSE 41:9

2.2. STATUT D'ÉMETTEUR ASSUJETTI 41:9
2.3. CONDITIONS PRÉVUES AU *RÈGLEMENT 45-102* AFIN DE REVENDRE LES TITRES SANS L'ÉTABLISSEMENT D'UN PROSPECTUS 41:10

CONCLUSION 41:11

ANNEXE 1 ..... 41:12

ANNEXE 2 ..... 41:14

INTRODUCTION

L'un des principaux objectifs de la *Loi sur les valeurs mobilières*[1] du Québec est d'assurer la protection du public lors de la recherche de capitaux par des sociétés. Cette protection est assurée par deux moyens principaux : 1) l'exigence de l'établissement d'un prospectus, soit un document d'information par lequel tous les faits importants susceptibles d'affecter la valeur ou le cours des titres d'une société faisant l'objet du placement sont révélés au public, 2) la réglementation applicable aux intermédiaires de marché exigeant l'inscription de ces derniers auprès de l'Autorité des marchés financiers (ci-après « AMF »), autrefois appelée la Commission des valeurs mobilières du Québec.

La législation en valeurs mobilières stipule, à titre de principe général, que toute personne qui entend procéder au placement d'une valeur est tenue d'établir un prospectus soumis au visa de l'AMF.

De plus, toute personne qui entend agir à titre de courtier ou de conseiller en placement doit s'inscrire à ce titre auprès de l'AMF.

L'objectif du présent texte est de traiter des dispenses de l'obligation d'établir un prospectus et des dispenses d'inscription à titre de courtier.

À ce titre, le *Règlement 45-106 sur les dispenses de prospectus et d'inscription*[2] et le *Règlement 45-102 sur la revente de titres*[3] sont entrés en vigueur le 14 septembre 2005.

Les coûts ainsi que le temps requis à la mise en place d'un prospectus ou à tout autre document d'information similaire peuvent être considérables. De ce fait, certains émetteurs préfèrent obtenir du financement sans établir un prospectus, et ce, par la voie de dispense de prospectus.

L'adoption par l'AMF du *Règlement 45-106* et du *Règlement 45-102*, le 14 septembre 2005, a permis l'harmonisation des règles relatives aux dispenses de prospectus et d'inscription à titre de courtiers, antérieurement prévues dans différentes lois et règlements provinciaux et territoriaux en la

---

1 L.R.Q., c. V-1.1.

2 R.Q. c. V-1.1, r.0.1.001 (ci-après « *Règlement 45-106* »).

3 R.Q. c. V-1.1, r.0.3.1 (ci-après « *Règlement 45-102* »).

matière, à travers le Canada. En effet, la réglementation en valeurs mobilières de juridiction provinciale contenait auparavant des règles de dispense de prospectus et d'inscription différentes dans chacune des provinces du Canada.

Le *Règlement 45-106* traite des dispenses de prospectus lors du placement des titres alors que le *Règlement 45-102* traite des dispenses de prospectus lors de la revente de titres acquis par la voie d'une dispense par le détenteur. De façon générale, la revente d'un titre acquis sans l'établissement d'un prospectus par un détenteur constitue un placement soumis à l'établissement d'un prospectus à moins de respecter les conditions mentionnées au *Règlement 45-102*. Nous traiterons du *Règlement 45-102* à la section 2. du présent texte.

Pour les émetteurs, les deux grands changements introduits par le *Règlement 45-106* sont les suivants :

1) la disparition du concept de « société fermée »;

2) la modification à la liste des investisseurs qualifiés (auparavant appelés « acquéreurs avertis » ou *sophisticated purchasers*).

Nous examinerons, dans le présent texte, plus particulièrement ces deux changements et nous terminerons par une courte description de certaines autres dispenses disponibles en vertu du *Règlement 45-106*.

1. *RÈGLEMENT 45-106* : DISPENSE DE PROSPECTUS LORS DE PLACEMENTS DE TITRES

1.1. ÉMETTEUR FERMÉ

1.1.1. Émetteur fermé *versus* société fermée

Tout d'abord, il est à noter le remplacement du concept de « société fermée » par celui d'« émetteur fermé ». La société fermée était une société dont les documents constitutifs prévoyaient des restrictions aux transferts des actions, limitaient le nombre d'actionnaires à 50 et interdisaient l'appel public à l'épargne. Le nouveau concept d'« émetteur fermé » est semblable dans les mesures suivantes :

a) une restriction sur la libre cession des titres (et non seulement des actions) doit exister dans les documents constitutifs ou dans une convention entre les porteurs des titres; et

b) le nombre de propriétaires véritables (et non seulement d'actionnaires) est fixé à 50 (sont exclues de ce nombre les personnes qui sont ou étaient salariées de l'émetteur ou d'une société du même groupe).

Auparavant, le placement de titres par une société fermée n'était pas assujetti à la *Loi sur les valeurs mobilières* du Québec. Désormais, chaque fois qu'un émetteur place des titres, il doit déterminer s'il peut se prévaloir d'une dispense de prospectus ou d'inscription à titre de courtier, notamment de la dispense à titre d'émetteur fermé.

1.1.2. Nouveau concept de « personnes visées »

Le nouveau concept d'« émetteur fermé » restreint maintenant l'émetteur à ne placer des titres qu'auprès de personnes visées. Cette restriction à l'égard des personnes visées par les placements de titres semble remplacer l'interdiction de l'appel public à l'épargne présente dans l'ancien concept de société fermée.

De ce fait, l'émetteur doit maintenant, pour conserver son statut d'émetteur fermé, s'assurer de n'avoir aucun titre placé auprès d'une personne non visée par le *Règlement 45-106*. À titre d'exemple, l'émetteur fermé peut avoir placé ou placer des titres auprès des personnes suivantes : ses dirigeants, ses salariés, des personnes participant au contrôle de la société, conjoint, père, mère, frère, sœur des administrateurs, des membres de la haute direction ou des fondateurs, les amis très proches des administrateurs, les investisseurs qualifiés[4] et une personne qui n'est pas un membre du public. La liste complète des personnes visées est reproduite à l'annexe 1.

1.1.3. Rétroactivité de l'application du *Règlement 45-106*

L'une des problématiques soulevées à la suite de l'adoption du *Règlement 45-106* est de déterminer si ces nouvelles dispositions devraient s'appliquer rétroactivement aux anciennes sociétés fermées.

---

[4] Un « investisseur qualifié » est une personne définie comme étant, notamment, une institution financière, un courtier en valeur mobilières, certaines entités gouvernementales ou une personne physique qui répond à certains critères financiers, soit en raison de son actif ou de ses revenus. Cet élément sera traité à la section 1.2. du présent texte.

La position de plusieurs praticiens est que cette disposition s'applique rétroactivement aux anciennes sociétés fermées et que, par conséquent, si une ancienne société fermée a placé des titres à une personne ne figurant pas sur la liste prévue dans le *Règlement 45-106*, l'émetteur ne peut se prévaloir de la dispense d'émetteur fermé. D'après cette interprétation, une société fermée ne devra, pour se qualifier sous la nouvelle définition d'émetteur fermé, avoir émis des titres qu'auprès de personnes énumérées sur la liste prévue dans le *Règlement 45-106*.

Certains auteurs préfèrent lire l'application du statut d'émetteur fermé comme ne visant que les placements de titres survenus à compter de l'entrée en vigueur du *Règlement 45-106*.

L'ancienne société fermée ne pouvant pas faire d'appel public à l'épargne, nous sommes d'avis qu'une société fermée qui s'est conformée à une telle interdiction n'a pas émis de titre à des personnes qui ne sont pas sur la liste de personnes visées du *Règlement 45-106*. En effet, nous croyons que cette liste représente en soi la notion de « personne n'étant pas du public ». Par conséquent, la problématique relative à la rétroactivité du *Règlement 45-106* nous apparaît théorique.

Une société qui répond aux critères d'émetteur fermé peut émettre des titres aux personnes énumérées dans le *Règlement 45-106* sans avoir à préparer de prospectus et à s'inscrire à titre de courtier. Elle n'aura pas non plus à déposer d'avis auprès de l'AMF ni à y payer de droits.

À certains égards, le concept d'« émetteur fermé » est venu clarifier l'identité des personnes auprès de qui un émetteur fermé peut placer ses titres.

Il est conseillé ceci aux émetteurs fermés : ceux-ci devraient toujours obtenir une représentation écrite des souscripteurs de titres quant à leur statut de personne listée (par exemple : investisseur qualifié) et éviter de se rabattre sur le critère de « personne qui n'est pas un membre du public » puisque ce concept est beaucoup trop général et pourrait donc créer des problèmes d'interprétation.

1.2. INVESTISSEURS QUALIFIÉS

Pour un émetteur fermé ou un émetteur assujetti dont les titres sont inscrits en Bourse voulant lever des capitaux dans un délai restreint, la dispense d'investisseurs qualifiés auparavant appelés « acquéreurs avertis » peut s'avérer très intéressante. Contrairement à la dispense pour émetteur

fermé, cette dispense n'est pas basée sur le statut de l'émetteur mais plutôt sur le type d'investisseurs qui souscrivent des titres de l'émetteur. L'ancienne notion d'« acquéreurs avertis » incluait déjà le gouvernement du Canada, les institutions financières canadiennes et les professionnels dans le domaine des valeurs mobilières. Le *Règlement 45-106* innove en introduisant des catégories d'investisseurs telles qu'une personne physique qui, seule ou avec son conjoint, est propriétaire véritable d'actifs financiers d'une valeur de réalisation globale avant impôts, mais déduction faite des dettes correspondantes, de plus de 1 M$. D'autres catégories de personnes dispensées incluent également une personne physique qui a eu un revenu net avant impôts de plus de 200 000 $ pour chacune des deux dernières années ou qui a eu, avec son conjoint, un revenu net avant impôts de plus de 300 000 $.

La liste complète des investisseurs qualifiés est reproduite à l'annexe 2.

La dispense d'investisseurs qualifiés permet donc à l'émetteur de placer des titres auprès de personnes physiques énumérées dans la définition d'investisseurs qualifiés sans que ces dernières n'aient à souscrire pour un montant minimum de 150 000 $, tel qu'il était prévu auparavant.

1.3. AUTRES DISPENSES

Il existe de nombreuses autres dispenses de prospectus et d'inscription à titre de courtier dont les suivantes :

a) Regroupement et réorganisation d'entreprises[5]

Cette dispense s'applique à l'occasion d'une fusion, d'un regroupement, d'une réorganisation ou d'un arrangement conformément à une procédure légale. Une procédure légale est une procédure conforme à la loi d'un territoire du Canada ou d'un territoire étranger en vertu de laquelle les entités intéressées ont été constituées ou créées et existent ou en vertu de laquelle l'opération est effectuée, par exemple un arrangement conçu conformément à la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*[6].

L'instruction générale relative au *Règlement 45-106* stipule que les autorités en valeurs mobilières donnent une interprétation large du terme

---

5 Art. 2.11 du *Règlement 45-106.*

6 L.R.C. (1985), c. C-36.

« procédure légale » et sont d'avis qu'on peut se prévaloir de la dispense pour toutes les opérations visées effectuées sur les titres d'un émetteur qui font partie de la procédure et sont nécessaires pour réaliser l'opération, sans tenir compte du moment où elles sont effectuées.

La dispense s'applique aussi à l'occasion d'une fusion, d'un regroupement, d'une réorganisation ou d'un arrangement si l'opération est décrite dans une circulaire de sollicitation de procurations établie conformément au *Règlement 51-102 sur les obligations d'information continue*[7] ou dans un document d'information similaire transmis à chacun des porteurs.

La dispense s'applique également dans les cas de liquidation ou de dissolution de l'émetteur.

L'instruction générale du *Règlement 45-106* précise aussi que :

> « Certaines lois sur les sociétés permettent ce qu'on appelle une « fusion ou regroupement triangulaire », opération dans laquelle deux sociétés fusionnent ou se regroupent et leurs porteurs reçoivent les titres d'une société faisant partie du groupe de l'une des sociétés qui fusionnent ou se regroupent. L'article 2.11 du règlement dispense ces opérations visées puisque la dispense couvre toutes les opérations visées effectuées à l'occasion de la fusion selon une procédure légale. »

b) Dispenses relatives aux salariés, aux membres de la haute direction, aux administrateurs et aux consultants

Une dispense existe au bénéfice des salariés, des membres de la haute direction, des administrateurs et des consultants. Ainsi, l'obligation de prospectus et d'inscription ne s'applique pas dans le cadre d'une opération effectuée par l'émetteur sur des titres de l'émetteur ou émis par lui, une personne participant au contrôle de l'émetteur sur des titres de l'émetteur ou sur une option permettant d'acquérir des titres de l'émetteur avec une des personnes suivantes : un salarié, un membre de la haute direction, un administrateur ou un consultant de l'émetteur ou d'une entité apparentée à l'émetteur ou un cessionnaire admissible de ces personnes.

---

7 R.Q. c. V-1.1., r.0.1.03.

2. *RÈGLEMENT 45-102* : DISPENSE DE PROSPECTUS LORS DE LA REVENTE

2.1. REVENTE DE TITRES PLACÉS PAR LA VOIE DE DISPENSE

Le vendeur de titres, lesquels ayant été placés sans l'établissement d'un prospectus, doit se fonder sur une dispense de prospectus s'il veut échapper à son obligation de déposer un prospectus.

Par cette mesure, le législateur entend protéger le public autant sur le marché primaire, lors de l'émission de titres par la société, que sur le marché secondaire, lors de la revente des titres par un investisseur.

Tel qu'il a déjà été mentionné ci-dessus, dans les deux cas, une des façons de protéger le public réside dans l'obligation d'établir un prospectus et donc de divulguer l'ensemble des faits importants concernant un émetteur et l'obligation d'inscription, soit à titre de courtier ou de conseiller, des personnes impliquées dans les transactions sur des valeurs mobilières.

Donc, conformément au *Règlement 45-102*, la revente de titres ayant été placés par la voie de dispense de prospectus constitue un placement soumis à l'obligation d'établir un prospectus, à moins que l'émetteur ne soit un émetteur assujetti. Évidemment, si le titre a été placé par la voie d'un dépôt de prospectus soumis au visa de l'AMF, le titre est librement négociable et le *Règlement 45-102* ne s'applique pas.

2.2. STATUT D'ÉMETTEUR ASSUJETTI

La *Loi sur les valeurs mobilières* du Québec définit un émetteur assujetti comme étant celui qui a fait appel publiquement à l'épargne; elle prévoit qu'un émetteur est réputé avoir fait appel publiquement à l'épargne s'il a une valeur ayant fait l'objet d'un prospectus visé ou dont les titres ont fait l'objet d'une note d'information ou encore dont une valeur a été cotée en Bourse au Québec, à un moment quelconque depuis le 6 avril 1983.

Un émetteur qui se qualifie à titre d'émetteur assujetti est tenu de respecter des obligations d'information continue. Ces obligations résident principalement dans le dépôt d'états financiers annuels vérifiés ainsi que dans le dépôt d'états financiers trimestriels non vérifiés. De plus, la direction doit préparer un avis annuel et une circulaire de sollicitation de procurations pour ses actionnaires ou détenteurs de titres. Les obligations d'information continue exigent également que tout changement important, susceptible d'exercer une influence appréciable sur la valeur ou le cours des titres, soit

divulgué dès que survient le changement, par voie d'un communiqué de presse. Une déclaration de changement important doit aussi être déposée.

Par conséquent, l'objectif de ces règles d'information continue est de tenir le marché informé de tout changement important à l'égard de l'émetteur de même que de conserver et maintenir à jour le dossier d'information continue de ce dernier.

Dans la plupart des cas, les émetteurs faisant un appel public à l'épargne déposent un prospectus auprès des commissions des valeurs mobilières de toutes les provinces du Canada. Après le dépôt du prospectus, l'émetteur informe le marché de tout changement survenu depuis le prospectus par les divulgations faites dans son avis annuel, sa circulaire de sollicitation de procurations, ses états financiers annuels et trimestriels, ainsi que dans le rapport de la direction.

2.3. CONDITIONS PRÉVUES AU *RÈGLEMENT 45-102* AFIN DE REVENDRE LES TITRES SANS L'ÉTABLISSEMENT D'UN PROSPECTUS

Le *Règlement 45-102* prévoit les conditions en vertu desquelles une personne qui a acquis des titres sous une dispense de prospectus peut les revendre ou les transférer sans l'établissement d'un prospectus. La principale condition que doit remplir l'émetteur afin de pouvoir librement revendre ses titres est d'avoir été un émetteur assujetti depuis un certain temps. Les autres conditions applicables à la revente sont différentes tout dépendant de la nature de la dispense de prospectus qui a été utilisée lors de l'émission de titres. Certains titres placés en vertu de certaines dispenses de prospectus sont soumis à une période de restriction alors que d'autres titres sont plutôt soumis à une période d'acclimatation. À titre d'exemple, lors d'un placement de titre en vertu d'une dispense de prospectus relative aux investisseurs qualifiés, les conditions permettant au vendeur de revendre ses titres et de ce fait, de permettre à ces derniers de devenir librement négociables, sont les suivantes : i) l'émetteur doit être un émetteur assujetti dans un des territoires du Canada et doit l'avoir été au cours des quatre mois précédant l'opération; ii) le vendeur doit avoir détenu les titres pendant une période d'au moins quatre mois; iii) l'opération visée ne constitue pas le placement d'un bloc de contrôle; iv) aucun effort inhabituel ne doit être fait ou avoir été fait en vue de préparer le marché ou de stimuler la vente; v) aucune commission ni autre contrepartie extraordinaire ne doivent avoir été versées à l'égard de la revente; et vi) le vendeur ne doit pas avoir de motif raisonnable de croire que l'émetteur contrevient à la législation en valeurs mobilières.

À titre d'exemple également, si les titres ont été placés au moment où l'émetteur était encore un émetteur fermé et que celui-ci, ayant fait un appel public à l'épargne, devient un émetteur assujetti et le reste pour une période de plus de quatre mois, l'obligation pour la personne ayant souscrit aux titres de les maintenir pendant quatre mois ne tient plus, la personne ayant souscrit aux titres obtient des titres librement négociables.

CONCLUSION

Le texte qui précède ne constitue qu'un sommaire des règles applicables aux dispenses de prospectus et d'inscription à titre de courtier au Canada. Chacune des transactions en vertu desquelles des valeurs d'un émetteur sont émises, échangées, vendues, transférées devrait être revue par un avocat spécialisé en valeurs mobilières.

ANNEXE 1

Liste des personnes auprès desquelles l'émetteur fermé peut avoir placé des titres[8]

« […]

a) les dirigeants, salariés ou fondateurs de l'émetteur ou les personnes participant au contrôle de celui-ci;

b) les conjoint, père et mère, grands-parents, frères, sœurs ou enfants des administrateurs, membres de la haute direction ou fondateurs de l'émetteur ou des personnes participant au contrôle de celui-ci;

c) les père et mère, grands-parents, frères, sœurs ou enfants du conjoint des administrateurs, membres de la haute direction ou fondateurs de l'émetteur ou des personnes participant au contrôle de celui-ci;

d) les amis très proches des administrateurs, membres de la haute direction ou fondateurs de l'émetteur ou des personnes participant au contrôle de celui-ci;

e) les proches partenaires des administrateurs, membres de la haute direction ou fondateurs de l'émetteur, ou des personnes participant au contrôle de celui-ci;

f) les conjoint, père et mère, grands-parents, frères, sœurs ou enfants du porteur vendeur ou du conjoint de ce dernier;

g) les porteurs de l'émetteur;

h) les investisseurs qualifiés;

i) une personne dont les titres comportant droit de vote sont en majorité la propriété véritable de personnes visées aux sous-paragraphes a à h ou dont les administrateurs sont en majorité des personnes visées aux sous-paragraphes a à h;

---

8 Art. 2.4. du *Règlement 45-106*.

j) une fiducie ou une succession dont tous les bénéficiaires ou une majorité des fiduciaires ou des liquidateurs sont des personnes visées aux sous-paragraphes a à h;

k) une personne qui n'est pas du public. »

ANNEXE 2

Liste des investisseurs qualifiés[9]

« […]

"investisseur qualifié" : les personnes et entités suivantes :

a) une institution financière canadienne ou une banque de l'annexe III;

b) la Banque de développement du Canada constituée en vertu de la Loi sur la Banque de développement du Canada (Lois du Canada, 1995, ch. 28);

c) une filiale d'une personne visée aux paragraphes a ou b, dans la mesure où celle-ci détient la totalité des actions comportant droit de vote de la filiale, à l'exception de celles que détiennent les administrateurs de la filiale en vertu de la loi;

d) une personne inscrite, en vertu de la législation en valeurs mobilières d'un territoire du Canada, à titre de conseiller ou de courtier, à l'exception d'une personne inscrite seulement à titre de limited market dealer en vertu de la Loi sur les valeurs mobilières (L.R.O., 1990, c. S.5) de l'Ontario ou du Securities Act (R.S.N.L. 1990, c. S-13) de Terre-Neuve-et-Labrador;

e) une personne physique inscrite ou antérieurement inscrite en vertu de la législation en valeurs mobilières d'un territoire du Canada à titre de représentant d'une personne visée au paragraphe d;

f) le gouvernement du Canada ou d'un territoire du Canada, ou une société d'État, un organisme public ou une entité en propriété exclusive du gouvernement du Canada ou d'un territoire du Canada;

g) une municipalité, un office ou une commission publics au Canada et une communauté métropolitaine, une commission scolaire, le Comité de gestion de la taxe scolaire de l'île de Montréal ou une régie intermunicipale au Québec;

h) tout gouvernement national, fédéral, d'un État, d'une province, d'un territoire ou toute administration municipale d'un pays étranger ou dans

---

[9] Art. 1.1. du *Règlement 45-106*.

un pays étranger, ou tout organisme d'un tel gouvernement ou d'une telle administration;

i) une caisse de retraite réglementée soit par le Bureau du surintendant des institutions financières du Canada, soit par une commission des régimes de retraite ou une autorité de réglementation similaire d'un territoire du Canada;

j) une personne physique qui, à elle seule ou avec son conjoint, a la propriété véritable, directement ou indirectement, d'actifs financiers ayant une valeur de réalisation globale avant impôt de plus de 1 000 000 $, déduction faites des dettes correspondantes;

k) une personne physique qui a eu un revenu net avant impôt de plus de 200 000 $ dans chacune des deux dernières années civiles ou qui a eu, avec son conjoint, un revenu net avant impôt de plus de 300 000 $ dans chacune des deux dernières années civiles et qui, dans un cas ou l'autre, s'attend raisonnablement à excéder ce revenu net dans l'année civile en cours;

l) une personne physique qui, à elle seule ou avec son conjoint, a un actif net d'au moins 5 000 000 $.

m) une personne, à l'exception d'une personne physique ou d'un fonds d'investissement, qui possède un actif net d'au moins 5 000 000 $ selon ses derniers états financiers;

n) un fonds d'investissement qui place ou a placé ses titres exclusivement auprès des personnes suivantes :

i. une personne qui est ou était un investisseur qualifié au moment du placement;

ii. une personne qui souscrit ou a souscrit des titres conformément aux conditions prévues aux articles 2.10 et 2.19;

iii. une personne visée au sous-paragraphe i ou ii qui souscrit ou a souscrit des titres en vertu de l'article 2.18;

o) un fonds d'investissement qui place ou a placé ses titres au moyen d'un prospectus visé par un agent responsable dans un territoire du Canada ou, au Québec, par l'autorité en valeurs mobilières;

p) une société de fiducie inscrite ou autorisée à exercer son activité, en vertu de la Loi sur les sociétés de fiducie et de prêt (Lois du Canada, 1991, ch. 45) ou d'une loi équivalente dans un territoire du Canada ou dans un territoire étranger, et agissant pour un compte entièrement géré par elle;

q) une personne agissant pour un compte entièrement géré par elle si elle remplit les conditions suivantes :

i. elle est inscrite ou autorisée à exercer l'activité de conseiller ou l'équivalent en vertu de la législation en valeurs mobilières d'un territoire du Canada ou en vertu de la législation en valeurs mobilières d'un territoire étranger;

ii. en Ontario, elle acquiert ou souscrit des titres qui ne sont pas des titres d'un fonds d'investissement;

r) un organisme de bienfaisance enregistré en vertu de la Loi de l'impôt sur le revenu qui, à l'égard de l'opération visée, a obtenu les conseils d'un conseiller en matière d'admissibilité ou d'un conseiller inscrit en vertu de la législation du territoire de l'acquéreur pour donner des conseils sur les titres faisant l'objet de l'opération visée;

s) une entité constituée dans un territoire étranger dont la forme et la fonction sont analogues à l'une des entités visées aux paragraphes a à d ou i;

t) une personne à l'égard de laquelle tous ceux qui ont la propriété de droits, directe, indirecte ou véritable, à l'exception des titres comportant droit de vote que les administrateurs sont tenus de détenir en vertu de la loi, sont des investisseurs qualifiés;

u) un fonds d'investissement qui est conseillé par un conseiller inscrit ou une personne dispensée d'inscription à titre de conseiller;

v) une personne reconnue ou désignée par l'autorité en valeurs mobilières ou, sauf en Ontario et au Québec, par l'agent responsable comme, selon le cas :

i. investisseur qualifié;

ii. exempt purchaser en Alberta ou en Colombie-Britannique après l'entrée en vigueur du présent règlement; […]. »

TAXES FONCIÈRES : CONTESTATION DU RÔLE D'ÉVALUATION ET AVIS D'ÉVALUATION

François Barette
Associé, avocat
Davies Ward Phillips & Vineberg
s.e.n.c.r.l., s.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 42:3

1. LA MISE AU RÔLE D'ÉVALUATION FONCIÈRE 42:4

1.1. LA CONFECTION, LE DÉPÔT ET L'ENTRÉE EN VIGUEUR DU RÔLE D'ÉVALUATION 42:5
1.2. LE CONTENU ET LA VALEUR DU RÔLE D'ÉVALUATION 42:6
1.3. LA PROPORTION MÉDIANE ET LE FACTEUR COMPARATIF 42:10
1.4. L'AVIS D'ÉVALUATION ET LE COMPTE DE TAXES 42:11

2. L'IMPOSITION DE TAXES FONCIÈRES 42:11

3. LA CONTESTATION DU RÔLE D'ÉVALUATION FONCIÈRE 42:12

3.1. LE PROCESSUS DE RÉVISION ADMINISTRATIVE 42:12
3.2. LE RECOURS DEVANT LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF DU QUÉBEC 42:13

CONCLUSION 42:15

INTRODUCTION*

La fiscalité municipale et particulièrement l'évaluation foncière sont des domaines parfois un peu méconnus des fiscalistes œuvrant en matière de fiscalité provinciale, fédérale ou internationale. Pourtant, les enjeux financiers y sont considérables et les questions juridiques s'y rattachant sont souvent complexes et font l'objet d'une abondante jurisprudence. De plus, alors que les vérifications fiscales constituent généralement des événements ponctuels et isolés pour les contribuables autres que les grandes sociétés, les questions relatives à l'évaluation foncière reviennent régulièrement se poser tous les trois ans. Une gestion inadéquate de ces questions ou pire encore, le fait de ne pas en tenir compte, peut donc entraîner des coûts considérables à moyen et long terme.

Tous les trois ans, la préparation et le dépôt des nouveaux rôles d'évaluation foncière suscitent un intérêt renouvelé pour ces questions puisque s'offre alors, pendant une brève période, la possibilité de contester les valeurs inscrites à ces rôles qui, à défaut, constitueront l'assiette de la taxe foncière pour les trois années suivantes.

Une revue, même partielle, des principales composantes du régime de taxation foncière, dépasserait de très loin le cadre du présent texte. Nous nous contenterons ici d'effectuer un survol des principales étapes de la mise au rôle d'un immeuble et de la contestation de son évaluation.

Pour l'île de Montréal, selon la *Loi sur l'exercice de certaines compétences municipales dans certaines agglomérations*[1], l'évaluation municipale est une compétence d'agglomération assumée par la municipalité centrale, soit la Ville de Montréal.

---

* L'auteur tient à remercier M. Nikolas Blanchette, stagiaire chez Davies Ward Philips & Vineberg s.e.n.c.r.l., s.r.l., de sa collaboration à la rédaction de ce texte.

1 L.R.Q., c. E -20.001 (ci-après « L.E.C.C.M.C.A. »), art. 21.

Conformément à l'article 4 L.E.C.C.M.C.A., l'agglomération de Montréal est formée par les territoires de la Ville de Montréal[2], de la Ville de Baie-D'Urfé, de la Ville de Beaconsfield, de la Ville de Côte-Saint-Luc, de la Ville de Dollard-des-Ormeaux, de la Ville de Dorval, de la Ville de Hampstead, de la Ville de Kirkland, de la Ville de l'Île-Dorval, de la Ville de Montréal-Est, de la Ville de Montréal-Ouest, de la Ville de Mont-Royal, de la Ville de Point-Claire, de la Ville de Sainte-Anne-de-Bellevue, du Village de Senneville, et de la Ville de Westmount.

La Ville de Montréal constitue la municipalité centrale de l'agglomération de Montréal aux termes de la *Loi sur l'exercice de certaines compétences municipales dans certaines agglomérations*[3]. La Direction de l'Évaluation foncière de la Ville de Montréal (ci-après « DÉFVM ») a été mise en place par la municipalité centrale, et constitue l'organisme municipal responsable des rôles d'évaluation des 16 municipalités de l'agglomération de Montréal.

Le nouveau rôle d'évaluation foncière des municipalités de l'agglomération de Montréal fut déposé par la DÉFVM le 13 septembre 2006, et sera applicable du 1er janvier 2007 au 31 décembre 2009.

1. LA MISE AU RÔLE D'ÉVALUATION FONCIÈRE

De façon générale, les municipalités locales imposent une taxe sur une proportion de la valeur réelle des immeubles situés sur leurs territoires. Les municipalités locales dressent un rôle d'évaluation foncière sur lequel les immeubles assujettis sont inscrits et établissent la valeur de ces immeubles, qui est utilisée dans le calcul de la taxe municipale payable, selon le taux de taxe applicable.

---

2 La Ville de Montréal est constituée de 19 arrondissements, soit Ahuntsic-Cartierville; Anjou, Côte-des-Neiges – Notre-Dame-de-Grâce; Lachine; Lasalle; Le Plateau-Mont-Royal; Le Sud-Ouest; L'île-Bizard – Sainte-Geneviève; Mercier-Hochelaga-Maisonneuve; Montréal-Nord; Outremont; Pierrefonds-Roxboro; Rivière-des-Prairies – Pointe-aux-Trembles; Rosemont – La Petite-Patrie; Saint-Laurent; Saint-Léonard; Verdun; et Ville-Marie; Villeray – Saint-Michel – Parc Extension.

3 Art. 15 L.E.C.C.M.C.A.

1.1. LA CONFECTION, LE DÉPÔT ET L'ENTRÉE EN VIGUEUR DU RÔLE D'ÉVALUATION

Le rôle d'évaluation d'une municipalité locale est déposé tous les trois ans par un évaluateur désigné aux termes de la *Loi sur la fiscalité municipale*[4], et s'applique pour trois exercices financiers municipaux consécutifs[5]. Ce rôle doit normalement être déposé entre le 15 août et le 15 septembre de l'année qui précède la période triennale pendant laquelle il sera applicable[6]. Il entre en vigueur au début du premier des trois exercices financiers pour lequel il est constitué[7].

Dans les 15 jours suivant le dépôt du rôle, le greffier de la municipalité locale doit donner avis selon lequel le rôle d'évaluation est déposé à son bureau et que toute personne peut en prendre connaissance à cet endroit[8]. Il doit en outre publier cet avis dans un journal diffusé dans le territoire de la municipalité[9]. L'avis mentionne le délai dans lequel peut être déposée une demande de révision, le lieu où doit être effectué ce dépôt et la façon de l'effectuer[10].

---

4 L.R.Q., c. F-2.1, telle qu'amendée, (ci-après « L.F.M. »), art. 5 à 8 L.F.M.

5 Art. 14 L.F.M.

6 Art. 70 à 72.1 L.F.M. Dans le contexte précis de l'agglomération de Montréal, conformément au deuxième alinéa de l'article 81 L.E.C.C.M.C.A. les rôles d'évaluation de toutes les municipalités liées doivent être déposés le même jour, à défaut de quoi ils sont réputés ne pas avoir été déposés dans le délai prévu par la *Loi sur l'exercice de certaines compétences municipales dans certaines agglomérations*. Pour respecter cette obligation, l'organisme municipal responsable pourra se prévaloir de la possibilité de reporter le dépôt du rôle d'évaluation en vertu de l'article 71 L.F.M., et ce, même s'il n'est pas impossible de déposer celui-ci avant le 16 septembre qui précède le premier des exercices financiers pour lesquels il a été dressé (art. 81 (3e al.) L.E.C.C.M.C.A.).

7 Art. 76 L.F.M. Le rôle d'évaluation demeure en vigueur même s'il fait l'objet de contestations, à moins d'être cassé ou déclaré nul. Dans le contexte précis de l'agglomération de Montréal, conformément au premier alinéa de l'article 81 L.E.C.C.M.C.A., les rôles d'évaluation de toutes les municipalités liées doivent être dressés et déposés de façon à entrer en vigueur simultanément et à s'appliquer pour les mêmes exercices financiers.

8 Art. 73 L.F.M.

9 Art. 75 L.F.M.

10 Art. 74 L.F.M. Voir également l'article 74.1 L.F.M. eu égard au délai et autres modalités en matière de demandes de révision concernant les modifications au rôle d'évaluation effectuées par l'évaluateur en vertu des art. 174 et 174.2 L.F.M.

Le ministre des Affaires municipales et des Régions prescrit, par règlement, les règles de forme et de contenu afférentes au rôle d'évaluation[11].

1.2. LE CONTENU ET LA VALEUR DU RÔLE D'ÉVALUATION

En principe, tous les immeubles doivent être inscrits au rôle d'évaluation, sauf disposition contraire de la loi[12]. Aux fins de la *Loi sur la fiscalité municipale,* les immeubles assujettis à l'impôt foncier incluent les fonds de terre, les constructions et les ouvrages à caractère permanent, tout ce qui en fait partie intégrante, et tous les meubles attachés aux constructions ou aux ouvrages et qui en assurent l'utilité[13].

En revanche, les meubles attachés qui servent à l'exploitation d'une entreprise ou à la poursuite d'activités ne sont pas considérés comme immeubles[14]. Cette exception vise essentiellement les machines, les appareils et leurs accessoires, incluant les systèmes mécaniques et électriques, qui sont utilisés ou destinés à un rôle actif dans la production industrielle[15] ou la lutte contre la pollution.

---

11 Par. 263(1) L.F.M. Voir, à cet égard, le *Règlement sur le rôle d'évaluation foncière*, c. F-2.1, r.13.4.

12 Art. 31 L.F.M.

13 Art. 1 (1er al.) L.F.M. : la définition « immeuble » renvoie à l'article 900 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, qui se présente comme suit :

> « Sont immeubles les fonds de terre, les constructions et ouvrages à caractère permanent qui s'y trouvent et tout ce qui en fait partie intégrante.
>
> Le sont aussi les végétaux et les minéraux, tant qu'ils ne sont pas séparés ou extraits du fonds. Toutefois, les fruits et les autres produits du sol peuvent être considérés comme des meubles dans les actes de disposition dont ils sont l'objet. »

14 Art. 1 (3e al.) L.F.M.

15 La production industrielle est généralement définie comme l'ensemble des opérations qui permettent d'obtenir, par la combinaison et la transformation de biens existants mais imparfaitement utilisables, des biens nouveaux et mieux adaptés à la satisfaction d'un besoin. Les machines, les appareils et leurs accessoires qui sont à l'extérieur de l'aire de production industrielle ne peuvent pas bénéficier de l'exception et seront imposables, à moins qu'ils ne constituent pas des immeubles, entre autres, au motif qu'ils servent à l'exploitation de l'entreprise et non à assurer l'utilité du bâtiment.

De façon précise, la *Loi sur la fiscalité municipale* distingue les bâtiments des fonds de terre sur lesquels ils sont érigés. Ainsi, le mot « bâtiment » est défini comme tout immeuble au sens de la *Loi sur la fiscalité municipale,* à l'exception des fonds de terre[16].

Les bâtiments sont portés au rôle d'évaluation lorsqu'ils sont :

a) substantiellement terminés;

b) substantiellement occupés aux fins de leurs destinations initiales ou d'une nouvelle destination; ou

c) lorsque deux ans se sont écoulés depuis le début des ouvrages, à moins d'une force majeure[17].

Tous les immeubles situés sur le territoire d'une municipalité locale sont regroupés par unités d'évaluation[18], soit le plus grand ensemble d'immeubles situés sur des terrains voisins appartenant au même propriétaire et utilisés à des mêmes fins prédominantes[19]. Ces unités d'évaluation sont inscrites au rôle d'évaluation de la municipalité locale, généralement au nom du propriétaire du terrain[20].

Les unités d'évaluation sont inscrites au rôle d'évaluation de la municipalité locale selon une proportion de leur valeur réelle, qui doit être uniforme pour toutes les unités d'évaluation inscrites par la municipalité locale[21].

Le rôle d'évaluation est présumé immuable. Néanmoins, l'évaluateur retenu par la municipalité locale peut le modifier par le biais de certificats acheminés aux propriétaires lors de la réalisation de certains événements, notamment lorsqu'il s'agit de donner suite au changement de propriétaire d'un immeuble; de refléter la diminution de valeur d'une unité d'évaluation après un incendie, une destruction ou une démolition; de procéder à certaines

---

16 Art. 1 (1er al.) L.F.M.

17 Art. 32 L.F.M.

18 Art. 33 L.F.M.

19 Art. 34 L.F.M.

20 Art. 35 et 36 L.F.M.

21 Art. 42 L.F.M.

opérations cadastrales ou changements de zonage; de refléter l'augmentation de valeur d'une unité d'évaluation à la suite de la construction de nouveaux bâtiments ou à des ouvrages effectués sur des bâtiments existants, etc. Ces certificats visent uniquement les changements apportés à l'unité d'évaluation. Ils n'autorisent pas une nouvelle évaluation de toute l'unité d'évaluation, chacun d'eux entraîne un assujettissement à la taxe municipale sur une proportion uniforme de la valeur réelle des immeubles visés.

De façon générale, les valeurs inscrites au rôle d'évaluation doivent tendre à représenter les valeurs réelles des unités d'évaluation[22]. Aux fins d'établir la valeur réelle, l'évaluation doit refléter les conditions du marché immobilier du 1er juillet de deux ans antérieur à la première année du rôle d'évaluation triennal pertinent. Ainsi, la date de référence aux fins du rôle d'évaluation de 2007 à 2009 pour l'ensemble des municipalités de l'agglomération de Montréal est le 1er juillet 2005. Les variations de valeurs représentent l'évolution du marché immobilier entre le 1er juillet 2002 et le 1er juillet 2005.

La valeur réelle d'une unité d'évaluation est définie comme étant sa valeur d'échange sur un marché libre et ouvert à la concurrence, soit le prix le plus probable pouvant être payé lors d'une vente de gré à gré, dans un contexte où le vendeur et l'acheteur sont raisonnablement informés de l'immeuble et du marché, et où ils désirent compléter la transaction sans toutefois y être obligés[23].

La valeur réelle d'un immeuble doit tenir compte de l'utilisation optimale qui peut en être fait, et du marché immobilier dans lequel s'inscrit cet immeuble. Il s'agit d'une valeur objective qui ne tient pas compte de la valeur subjective pour le propriétaire. Conformément à l'article 45 L.F.M., la valeur réelle doit tenir compte « de l'incidence que peuvent avoir sur son prix de vente la considération des avantages ou désavantages qu'elle peut apporter, en les considérant de façon objective ».

De façon générale, la jurisprudence reconnaît trois méthodes permettant de déterminer la valeur réelle d'un immeuble :

1) la méthode de parité qui consiste à considérer le prix payé pour l'immeuble évalué lors de ventes antérieures récentes, ou encore le prix

---

22 *Id*.

23 Art. 43 L.F.M.

payé lors de ventes d'immeubles semblables sur le marché à l'époque de l'évaluation[24];

2) en l'absence de transactions comparables, la valeur de remplacement de l'immeuble qui consiste à déterminer le prix qu'il coûterait aujourd'hui pour construire le même immeuble, en soustrayant à ce prix la dépréciation physique de l'immeuble à cause de l'usure et sa dépréciation fonctionnelle; ou

3) la valeur économique de l'immeuble qui consiste à déterminer la valeur de l'immeuble à titre de source de revenus et de convenance à l'usage auquel il est destiné[25].

Lorsqu'une unité d'évaluation n'est pas susceptible de faire l'objet d'une vente de gré à gré, sa valeur réelle est établie, en partie, en tenant compte du prix que son propriétaire actuel serait justifié de payer et d'exiger s'il était à la fois l'acheteur et le vendeur.

Enfin, la valeur réelle de certains immeubles doit tenir compte de facteurs spécifiques. Par exemple, en matière d'immeubles à vocation unique industrielle, la valeur réelle est établie par la méthode du coût neuf de construction déprécié. Essentiellement, il s'agit pour les experts en évaluation retenus par la municipalité locale ou par le contribuable d'appliquer la méthode suivante :

a) de déterminer la valeur réelle du terrain comme s'il était vacant mais prêt à construire, sans toutefois disposer d'aménagements spécifiques;

b) de déterminer le coût neuf des constructions et des ouvrages existants selon un guide d'évaluation prescrit. Cette étape implique l'établissement du contenu de l'unité d'évaluation et repose, en grande partie, sur l'application des exclusions visant :

   i) les meubles qui n'assurent pas l'utilité de l'immeuble, et

---

[24] Méthode prépondérante dans la mesure où elle s'avère peu coûteuse et produit de bons résultats au sein de milieux homogènes où les ventes sont nombreuses.

[25] Les deuxième et troisième méthodes énumérées ci-dessus sont parfois combinées dans des proportions variables.

ii) les machines, les appareils et leurs accessoires utilisés ou destinés à un rôle actif dans la production industrielle ou à la lutte contre la pollution;

c) d'actualiser la valeur normalisée obtenue par l'utilisation du guide prescrit par des facteurs qui se multiplient afin de refléter les conditions et les caractéristiques spécifiques des constructions et des ouvrages à la lumière, entre autres, des coûts de construction engagés par le propriétaire; plus particulièrement lorsque le projet est de réalisation récente; et

d) de réduire la valeur réelle obtenue en application des étapes b) et c) ci-dessus afin de refléter toutes les désuétudes réduisant la valeur réelle des constructions et des ouvrages[26].

L'application de méthodes aussi complexes à des projets industriels impose le recours à des experts en évaluation et à des avocats spécialisés, lesquels disposent d'une expertise pertinente au secteur économique visé.

1.3. LA PROPORTION MÉDIANE ET LE FACTEUR COMPARATIF

L'évaluateur doit établir, pour chaque exercice financier auquel s'applique le rôle d'évaluation foncière, à quelle proportion médiane de la valeur foncière réelle des unités d'évaluation correspondent les valeurs inscrites au rôle d'évaluation[27]. Cet indice permet de considérer la dispersion des valeurs autour de la tendance générale déterminée par la proportion médiane.

La proportion médiane s'établit selon une étude comparative entre les valeurs d'un certain nombre d'unités d'évaluation ayant fait l'objet de

---

[26] D'une part, les désuétudes internes (fonctionnelles) réduisent la valeur des constructions ou des ouvrages afin de refléter l'écart entre le projet évalué et un projet d'efficacité optimale, le cas échéant. D'autre part, les désuétudes externes réduisent la valeur des constructions et des ouvrages afin de refléter les contraintes imposées par l'environnement physique, juridique et économique de l'unité d'évaluation. Par exemple, une désuétude externe économique réduit la valeur de constructions ou des ouvrages lorsque l'actualisation des flux financiers générés par un projet ne permet pas de justifier le coût neuf de construction ajusté.

[27] Art. 264 L.F.M.

transactions et leur prix de vente. L'on obtient ensuite le facteur comparatif en inversant cette proportion[28].

La valeur uniformisée est le produit que l'on obtient en multipliant la valeur inscrite au rôle d'évaluation par le facteur comparatif.

Dans le cadre de la *Loi sur l'exercice de certaines compétences municipales dans certaines agglomérations*, les rôles d'évaluation de toutes les municipalités liées ont la même proportion médiane et le même facteur comparatif établis en vertu de l'article 264 L.F.M.[29]

1.4. L'AVIS D'ÉVALUATION ET LE COMPTE DE TAXES

Toute personne inscrite au rôle d'évaluation reçoit un avis d'évaluation indiquant la proportion médiane de la valeur réelle, le facteur comparatif du rôle, ainsi que sa valeur uniformisée. Cet avis doit être expédié avant le 1er mars du premier des exercices financiers, à l'exception des unités d'évaluation dont la valeur inscrite est égale ou supérieure à 1 M$, auquel cas l'avis doit être expédié dans les 60 jours qui suivent le dépôt du rôle[30].

Les comptes de taxes doivent être expédiés aux personnes inscrites au rôle d'évaluation avant le 1er mars de chaque année[31].

2. L'IMPOSITION DE TAXES FONCIÈRES

Pour chaque exercice financier auquel s'applique le rôle d'évaluation foncière, toute municipalité locale peut fixer plusieurs taux de taxe foncière en fonction des catégories auxquelles appartiennent les unités d'évaluation[32]. La *Loi sur la fiscalité municipale* reconnaît principalement les six catégories suivantes :

1) les immeubles non résidentiels;

2) les immeubles industriels;

---

28 Art. 264 L.F.M.

29 Art. 81.1 et 84 L.E.C.C.M.C.A.

30 Art. 81 L.F.M.

31 *Id.*

32 Art.244.29 L.F.M.

3) les immeubles de six logements ou plus;

4) les terrains vagues desservis;

5) les immeubles agricoles; et

6) les immeubles résiduels[33].

Le taux de base constitue le taux particulier de la catégorie des immeubles résiduels[34]. Les autres taux particuliers doivent être égaux ou supérieurs au taux de base, tout en respectant les limites prévues dans la *Loi sur la fiscalité municipale* pour chacun d'eux[35].

3. LA CONTESTATION DU RÔLE D'ÉVALUATION FONCIÈRE

3.1. LE PROCESSUS DE RÉVISION ADMINISTRATIVE

Les propriétaires, ou les autres personnes y ayant un intérêt, peuvent contester la validité de l'inscription au rôle d'évaluation, la composition d'une unité d'évaluation ou encore sa valeur inscrite au rôle d'évaluation[36]. La contestation prend forme par le dépôt d'une demande de révision administrative soumise à l'évaluateur retenu par la municipalité locale.

La demande de révision doit exposer succinctement les motifs invoqués à son soutien et les conclusions recherchées selon la formule prescrite par le règlement du ministre des Affaires municipales et des Régions[37].

Cette demande de révision doit être déposée avant le 1er mai qui suit l'entrée en vigueur du rôle d'évaluation pour une inscription existante[38], et

---

33 Art. 244.30 L.F.M.

34 Art. 244.38 L.F.M.

35 Art. 244.39 à 244.49 L.F.M. Voir enfin les règles applicables aux agglomérations en matière de taux de taxe foncière, qui sont énoncées aux articles 89 et suivants L.E.C.C.M.C.A.

36 Art. 124 L.F.M.

37 Art. 128 et 129 L.F.M.

38 Art. 130 L.F.M.

dans les 60 jours qui suivent une nouvelle inscription ou une inscription modifiée par certificat[39].

L'évaluateur retenu par la municipalité locale dispose généralement d'une période de quatre mois pour vérifier le bien-fondé de la contestation et soumettre une proposition écrite de modification ou convenir qu'il n'a aucune modification à proposer[40].

Le demandeur et l'évaluateur peuvent conclure une entente écrite sur une modification du rôle d'évaluation au plus tard 30 jours suivant l'expédition de la proposition initiale de modification[41].

Enfin, l'évaluateur peut toujours rejeter la contestation et proposer une augmentation de la valeur de l'unité d'évaluation.

3.2. LE RECOURS DEVANT LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF DU QUÉBEC

À défaut d'entente avec la municipalité locale, la personne qui a fait la demande de révision administrative peut former un recours judiciaire devant le Tribunal administratif du Québec (ci-après « TAQ ») ayant le même objet que la demande dans les 60 jours qui suivent l'expédition de la proposition écrite par l'évaluateur retenu par la municipalité[42].

De plus, il est possible pour certaines personnes autres que celle qui a fait la demande de révision, selon certaines circonstances, de former un recours devant le TAQ pour contester la modification découlant d'une entente entre le demandeur initial et l'évaluateur retenu par la municipalité[43].

Le recours au TAQ s'exerce par le dépôt d'une requête introductive d'instance. La *Loi sur la justice administrative* prévoit une série de règles procédurales spécifiques au recours judiciaire en matière d'évaluation foncière[44]. Les parties sont représentées par des avocats et présentent leurs

---

39 Art. 131 L.F.M.

40 Art. 138.3 L.F.M.

41 *Id*.

42 Art. 138.4 et 138.5 L.F.M.; art. 32 de la *Loi sur la justice administrative*, L.R.Q., c. J-3 (ci-après « L.J.A. »).

43 Voir les circonstances particulières prévues à l'article 138.5 L.F.M.

44 Art. 110 à 114 L.F.M.; art. 140 à 142.1 L.F.M.

évaluateurs respectifs comme témoins-experts, qui préparent et déposent des rapports détaillés préalablement à l'audition. Toutefois, contrairement aux règles habituelles en litige fiscal, il n'y a normalement ni défense écrite, ni liste de pièces, ni interrogatoires au préalable dans le cadre d'un recours au TAQ. Des requêtes préliminaires et des conférences préparatoires demeurent, bien sûr, possibles, sinon nécessaires, afin de permettre aux parties de déterminer les questions en litige et de connaître leurs positions et arguments respectifs.

La valeur inscrite au rôle d'évaluation bénéficie devant le TAQ d'une présomption réfragable d'exactitude. La municipalité locale peut toutefois soutenir devant le TAQ une valeur réelle plus élevée que la valeur inscrite au rôle, mais elle perd alors le bénéfice de cette présomption d'exactitude.

Les auditions devant le TAQ se déroulent de façon formelle, devant deux décideurs, le plus souvent un(e) avocat(e) et un(e) évaluateur(e)[45]. Les questions en litige étant souvent de nature technique, il est fréquent que chacune des parties fasse entendre plusieurs experts lors de ces auditions. Il n'est donc pas inhabituel que ces auditions durent plusieurs semaines, souvent consécutives, se transformant pour les parties en véritables marathons. La préparation préalable de l'audition revêt alors toute son importance.

À la suite de l'audition, le TAQ rend un jugement final liant les parties. Le TAQ peut alors conclure que la valeur de l'unité d'évaluation inscrite au rôle d'évaluation doit être diminuée, mais aussi, à l'inverse, qu'elle doit être augmentée. Il peut également refuser d'intervenir si la valeur réelle de l'unité d'évaluation n'est pas suffisamment moindre que la valeur inscrite au rôle.

Par ailleurs, le TAQ offre aussi aux parties un processus de conciliation très efficace, les questions d'évaluation s'y prêtant en principe généralement assez bien.

Le jugement du TAQ peut être porté en appel devant la Cour du Québec uniquement sur permission, qui pourra être accordée si la question soumise à la Cour est sérieuse, controversée, nouvelle ou d'intérêt général. Le jugement de la Cour du Québec est, en principe, final et sans appel. Dans certains cas, une demande de révision judiciaire du jugement de la Cour du Québec pourra cependant être envisagée.

---

45 Art. 33 L.J.A.

CONCLUSION

La question de la mise au rôle d'évaluation foncière et de l'évaluation foncière des immeubles, tant industriels que commerciaux, voire résidentiels, vaut très certainement la peine qu'on s'y attarde, particulièrement à l'occasion du dépôt des nouveaux rôles d'évaluation. L'analyse des nouvelles valeurs inscrites à ces rôles et l'examen de ces immeubles par des équipes d'évaluateurs et de procureurs chevronnés en vue de déterminer s'il y a matière à contestation sont des démarches qui doivent être envisagées sérieusement en cette période, et peuvent s'avérer essentielles au maintien d'un fardeau fiscal municipal raisonnable.

TAXES À LA CONSOMMATION : PIÈGES ET NOUVEAUTÉS

Maryse Janelle
Avocate, M. Fisc.
Raymond Chabot Grant Thornton
s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 43:3

1. INSCRIPTION 43:4

1.1. EFFET DE L'INSCRIPTION 43:4
1.2. INSCRIPTION OBLIGATOIRE 43:5
1.2.1. Exceptions 43:6
1.3. INSCRIPTION FACULTATIVE ET ACTIVITÉ COMMERCIALE 43:8

2. ACHAT ET VENTE D'ACTIFS 43:12

2.1. RÈGLES SPÉCIFIQUES SELON LA NATURE DES BIENS VENDUS 43:12
2.1.1. Immeubles 43:12
2.1.2. Comptes clients 43:12
2.1.3. Liste de clients 43:13

2.2. PARTICULARITÉS LIÉES À LA TVQ 43:14

3. ALLÈGEMENTS 43:16

3.1. VENTE D'UNE ENTREPRISE OU D'UNE PARTIE D'ENTREPRISE 43:16
3.1.1. Production du choix 43:16
3.1.2. Effet du choix 43:20
3.2. TRANSACTIONS ENTRE PARTIES ÉTROITEMENT LIÉES 43:22

4. PARTICULARITÉS LIÉES À LA FORME JURIDIQUE 43:24

4.1. SOCIÉTÉ 43:24
4.1.1. Achat et vente d'actions 43:24
4.1.2. Fusion 43:27
4.1.3. Liquidation 43:28
4.2. SOCIÉTÉ DE PERSONNES 43:28
4.2.1. Apport des associés 43:32
4.2.2. Dissolution de la société ou départ d'un associé 43:34
4.2.3. Transfert d'une participation 43:35
4.3. COENTREPRISE 43:35

CONCLUSION 43:36

INTRODUCTION

L'un des premiers éléments considérés lors d'une réorganisation consiste en l'impôt sur le revenu. Par contre, il arrive très souvent que des réorganisations entraînent aussi des impacts importants en raison de l'application des règles prévues à la *Loi sur la taxe d'accise*[1] et à la *Loi sur la taxe de vente du Québec*[2].

Ces législations contiennent toutes deux leurs propres définitions et, quoiqu'elles réfèrent parfois aux dispositions générales applicables en impôt sur le revenu, elles méritent une attention toute particulière dans le contexte de la mise en place d'une planification ou d'une réorganisation.

À l'instar du régime de l'impôt sur le revenu, la notion de personne est définie à l'article 123 L.T.A. et comprend « un particulier, une société de personnes, une personne morale, fiducie ou succession, ainsi que l'organisme qui est un syndicat, un club, une association, une commission ou autre organisation ». Il est à noter qu'une coentreprise n'est pas une personne au sens de ces lois et qu'en conséquence, une coentreprise ne peut pas être un inscrit. Cette différence, combinée avec la notion d'activité commerciale, peut faire en sorte de créer des incidences importantes de taxe sur les produits et services (ci-après « TPS ») et de taxe de vente du Québec (ci-après « TVQ ») à des transactions survenues dans le cadre de réorganisations.

Quinze ans après la mise en vigueur de ces deux taxes, il arrive encore que les impacts en matière de TPS et de TVQ soient identifiés dans les dernières heures avant la signature d'ententes liées à des transactions, lesquelles peuvent pourtant avoir entraîné des heures de travail en vue d'une planification stratégique en matière d'impôt sur le revenu. Le présent texte constitue donc une réflexion quant à l'existence de certains éléments particuliers de la *Loi sur la taxe d'accise* et de la *Loi sur la taxe de vente du Québec* qui méritent certaines considérations lors d'une réorganisation. Bien que nous n'élaborions pas plus au sujet d'autres lois pouvant entraîner des impacts dans de telles situations, il convient de garder à l'esprit le fait que d'autres lois spécifiques dont notamment la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*[3] et la *Loi concernant les droits sur les*

---

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

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

3 L.R.Q., c. A-3.001.

mutations immobilières[4] peuvent aussi avoir des incidences, en plus des lois concernant les taxes de vente des autres provinces.

Le présent texte traite, en premier lieu, des règles concernant l'inscription d'une personne aux fins de la *Loi sur la taxe d'accise* et de la *Loi sur la taxe de vente du Québec* ainsi que des conséquences d'une telle inscription. Nous analyserons ensuite les concepts applicables dans le contexte d'une vente/d'un achat d'actifs. Et finalement, nous étudierons plus spécifiquement certains allégements possibles et ferons un survol des particularités liées à la forme juridique retenue, soit la société, la société de personnes et la coentreprise.

Par souci d'allégement, et étant donné le principe général d'harmonisation de la TVQ à la TPS, nos commentaires traitent de la TPS et doivent également être considérés comme applicables dans le régime de la TVQ, à moins d'indications contraires.

1. INSCRIPTION

En vertu de la *Loi sur la taxe d'accise*, un inscrit représente toute personne effectivement inscrite au registre de la TPS, ainsi que toute personne qui est tenue de l'être selon la loi.

1.1. EFFET DE L'INSCRIPTION

L'inscription fait en sorte d'obliger le fournisseur à percevoir la TPS lorsqu'il effectue des fournitures taxables en plus de lui permettre de récupérer la TPS payable à l'égard des fournitures qu'il acquiert dans le cadre de ses activités commerciales. Une personne qui est un « inscrit » est généralement responsable de la perception et de la remise de la taxe peu importe si cette personne a ou non obtenu un numéro d'inscription au fichier de la *Loi sur la taxe d'accise*. Par contre, la récupération de la taxe payable au moyen de crédits de taxe sur les intrants (ci-après « CTI ») ne peut être faite que lors d'une cotisation de la taxe nette d'un inscrit, ou lors de la production d'une déclaration.

L'inscription de l'acquéreur peut lui permettre d'effectuer certains choix dont notamment le choix de vente d'une entreprise ou d'une partie d'entreprise, ainsi que le choix pour les transactions entre les membres

[4] L.R.Q., c. D-15.1.

déterminés d'un groupe étroitement lié[5]. L'inscription est également importante afin de permettre à la personne de récupérer la TPS sur les coûts engagés dans le cadre de la réorganisation.

De plus, l'inscription oblige la personne à tenir des livres et des registres conformes aux exigences du gouvernement et lorsqu'il s'agit d'un non-résident, à rendre disponibles des registres au Canada dans le but d'une éventuelle vérification, ou de payer les frais de déplacement du vérificateur. Le non-résident qui s'inscrit doit aussi donner et maintenir un montant afin de garantir qu'il paiera les montants dont il est redevable en vertu de la *Loi sur la taxe d'accise*. Cette garantie peut prendre la forme d'une lettre de garantie bancaire ou d'un dépôt en argent. Le montant de la garantie varie en fonction du montant de taxe nette estimé de la personne. Ainsi, la garantie doit généralement représenter 50 % du montant de la taxe nette de la personne pour une année, que ce montant soit positif ou négatif. Le montant de la garantie maximum est de 1 M$ et le minimum est de 5 000 $ avec une exception lorsque le total des fournitures taxables annuelles ne dépasse pas 100 000 $ et que la taxe nette varie entre un remboursement de 3 000 $ et un paiement de 3 000 $, auquel cas le non-résident n'a pas à verser de garantie.

Du fait de la structure de la *Loi sur la taxe d'accise*, la détermination du statut d'un inscrit est généralement identique aux fins de la TPS et de la taxe de vente harmonisée (ci-après « TVH »). Ainsi, un fournisseur qui est un inscrit aux fins de la TPS est automatiquement inscrit aux fins de la TVH et conséquemment, il est tenu de percevoir la TVH à 14 % lorsqu'il effectue des fournitures taxables dans les provinces participantes dont le Nouveau-Brunswick et Terre-Neuve-et-Labrador.

Étant donné la définition de personne, il est important de garder à l'esprit que sous réserve de dispositions contraires, c'est la personne qui est un inscrit, et ce, pour l'ensemble de ses activités commerciales. En effet, une personne, un individu par exemple, pourrait avoir différentes activités exploitées sous différentes raisons sociales. Dans un tel cas, l'individu devient inscrit pour l'ensemble de ses activités, et ce, peu importe les montants relatifs à chaque activité.

1.2. INSCRIPTION OBLIGATOIRE

Une personne qui effectue une fourniture taxable au Canada dans le cadre d'une activité commerciale qu'elle y exerce est généralement tenue de

---

[5] Voir nos commentaires ci-après concernant ces choix à la section 3.

s'inscrire. Bien que cette personne ne soit pas obligée de s'inscrire avant d'avoir effectué une fourniture, elle pourra, par contre, choisir de s'inscrire si elle respecte les critères concernant l'inscription facultative.

1.2.1. Exceptions

Certaines catégories de personnes sont exclues de l'obligation d'inscription même si elles effectuent une fourniture taxable au Canada dans le contexte d'une activité commerciale qu'elles y exploitent. En effet, les petits fournisseurs, les personnes qui effectuent des fournitures d'immeubles par vente en dehors du cadre d'une entreprise et les non-résidents qui n'exploitent pas d'entreprises au Canada n'ont pas l'obligation de s'inscrire.

1) Petit fournisseur

Un petit fournisseur n'est généralement pas tenu de s'inscrire aux fins de la *Loi sur la taxe d'accise*. Celui-ci n'a pas à percevoir la TPS à l'égard de ses fournitures taxables. De plus, la contrepartie d'une fourniture taxable effectuée par un petit fournisseur, qui devient due ou est payée à un moment où le petit fournisseur n'est pas un inscrit, n'est généralement pas à inclure dans le calcul de la taxe payable par l'acquéreur relativement à la fourniture.

Une personne est un petit fournisseur tout au long d'un trimestre civil et du mois suivant si le total des contreparties imputables à ses fournitures taxables et à celles des personnes qui y sont associées, pour les quatre trimestres précédents, excède 30 000 $ (50 000 $ pour les entreprises de services publics). Les montants considérés excluent les ventes d'immobilisations, les fournitures de services financiers et les contreparties imputables à l'achalandage d'une entreprise mais ils incluent les fournitures taxables et détaxées, de même que les fournitures exportées. Ce montant est appelé « montant déterminant ».

Par dérogation à la règle générale mentionnée précédemment, une personne cesse d'être un petit fournisseur immédiatement avant le moment où lui ou une personne qui lui est associée effectue une fourniture dont la valeur de contrepartie fait en sorte que le montant déterminant au cours d'un seul trimestre excède le seuil de 30 000 $. Celui-ci est tenu de s'inscrire aux fins de cette fourniture qui fait en sorte qu'il excède le seuil de 30 000 $. À partir du moment où il se doit d'être un inscrit, il ne peut récupérer son statut de petit fournisseur qu'après avoir eu quatre trimestres consécutifs dont le total ne dépasse pas 30 000 $.

2) Fourniture d'immeuble par vente hors du cadre d'une entreprise

Étant donné que la vente d'immeuble représente une activité commerciale en soi, il a été nécessaire d'ajouter cette exception afin de s'assurer qu'une personne qui effectue occasionnellement la fourniture d'immeuble n'ait pas à s'inscrire uniquement en raison de cette transaction. En ce qui concerne la perception et le paiement des taxes à l'égard d'une telle transaction, le statut de l'inscription n'influence pas les règles.

3) Non-résident qui exploite une entreprise au Canada

Lorsqu'une personne qui ne réside pas au Canada y effectue une fourniture taxable de biens ou de services, elle n'est pas tenue d'être inscrite si cette fourniture n'est pas faite dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise au Canada. La définition d'une « entreprise » selon l'article 123 L.T.A. se lit comme suit :

> « […] les commerces, les industries, les professions et toutes les affaires quelconques avec ou sans but lucratif, ainsi que les activités exercées de façon régulière et continue qui comporte la fourniture de biens par bail, licence ou accord semblable. En sont exclus les charges et les emplois. »

La nécessité d'augmenter les recettes fiscales a conduit le ministère des Finances du Canada et l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») à réviser, en 2004, la position qu'ils prenaient jusqu'alors sur le concept « d'exploiter une entreprise au Canada » pour remplacer les critères prédominants du lieu de génération du profit et du lieu de conclusion du contrat par un ensemble de critères dont l'importance relative varie selon les situations spécifiques. Les critères mentionnés comprennent notamment l'endroit où sont situés les mandataires ou les employés, la livraison, le paiement, les achats, la sollicitation, les inventaires etc.[6] Une analyse détaillée de ces critères doit être effectuée lorsque des non-résidents effectuent des transactions ayant un lien avec le Canada, afin de déterminer leurs obligations face aux régimes de la *Loi sur la taxe d'accise* et de la *Loi sur la taxe de vente du Québec*.

---

[6] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'information technique* P-051R2, « Exploitation d'une entreprise au Canada », révisé le 28 avril 2005, p. 4.

1.3. INSCRIPTION FACULTATIVE ET ACTIVITÉ COMMERCIALE

Il est possible pour une personne qui n'est pas tenue d'être inscrite, de choisir de s'inscrire volontairement si elle exerce une activité commerciale au Canada.

L'existence d'une activité commerciale est donc déterminante aux fins de définir si une personne est dans l'obligation ou non de procéder à son inscription aux fichiers de la *Loi sur la taxe d'accise*. De plus, seule la taxe payable pour des fournitures acquises dans le cadre d'une activité commerciale peut être récupérée au moyen de CTI.

La notion d'activité commerciale est définie dans la *Loi sur la taxe d'accise* et se lit comme suit :

> « […] l'exploitation d'une entreprise, à l'exception d'une entreprise exploitée sans attente raisonnable de profit par un particulier, une fiducie personnelle ou une société de personnes dont l'ensemble des associés sont des particuliers, sauf dans la mesure où l'entreprise comporte la réalisation de fournitures exonérées; […][7]. »

La lecture de cette définition nous permet de conclure que si le critère d'« expectative de profit » est déterminant aux fins de l'impôt sur le revenu, son utilité aux fins de la *Loi sur la taxe d'accise* est limitée aux cas impliquant des particuliers, des fiducies personnelles ainsi que certaines sociétés de personnes.

Constituent également des activités commerciales aux fins de la *Loi sur la taxe d'accise*, les activités liées à :

> « un projet à risque et les affaires de caractère commercial (à l'exception de quelque projet ou affaire qu'entreprend, sans attente raisonnable de profit, un particulier, une fiducie personnelle ou une société de personnes dont l'ensemble des associés sont des particuliers), sauf dans la mesure où le projet ou l'affaire comporte la réalisation par la personne de fournitures exonérées[8]. »

Tel qu'il est établi en matière d'impôt, la principale différence entre les notions d'entreprise et de « projet à risque » relève du caractère habituel des activités en comparaison avec une transaction isolée.

---

7 Art. 123 « activité commerciale » L.T.A.

8 *Id.*

Il faudrait aussi garder à l'esprit une autre distinction majeure entre la notion d'« activité commerciale » utilisée en vertu de la *Loi sur la taxe d'accise* et le critère d'« expectative de profit » aux fins de l'impôt sur le revenu. En effet, les activités exonérées, soit généralement les fournitures d'immeubles usagés, les services de santé et d'enseignement, les services de garde d'enfants et de soins personnels, l'aide juridique, certaines fournitures par les organismes de bienfaisance ou les organismes du secteur public, les services financiers (aux fins de la TPS seulement), les traversiers, les routes et les ponts à péage ne constituent pas des activités commerciales aux fins de la *Loi sur la taxe d'accise* et de la *Loi sur la taxe de vente du Québec*. Toutefois, la réalisation de fournitures, sauf les fournitures exonérées, d'immeubles appartenant à la personne, y compris les actes qu'elle accomplit dans le cadre ou à l'occasion des fournitures, constituent aussi des activités commerciales.

Outre ces définitions, la *Loi sur la taxe d'accise* prévoit aussi différentes présomptions qui font en sorte de réputer qu'une personne exerce ou non une activité commerciale ainsi que, dans certains cas, le pourcentage que représente cette activité commerciale sur les activités générales de la personne. L'alinéa 141.1(3)a) L.T.A. prévoit qu'une personne est réputée avoir accompli un acte dans le cadre de ses activités commerciales dans la mesure où elle a accompli l'acte à l'occasion de l'acquisition, de l'établissement, de l'aliénation ou de la cessation d'une de ses activités commerciales. Cette présomption concernant l'existence d'une activité commerciale permet donc à une personne de s'inscrire volontairement avant le moment où les activités commerciales débutent.

Dans l'affaire *Two Carlton Financing Ltd*. c. *Canada*[9], une société faisait affaire dans le secteur de la mise en place de sociétés à responsabilité limitée. La société a acquis les activités d'une société liée qui rendait des services administratifs aux sociétés de personnes. Les états financiers de l'année en question démontraient des revenus de placement et aucun revenu de fourniture taxable. La Cour a décidé que la société n'était pas dans le processus de démarrage puisque l'entreprise avait été acquise « *as a going concern* ». Malgré le fait que l'intention d'effectuer des fournitures taxables peut avoir existé au moment de l'acquisition, le contribuable n'a pas su convaincre la Cour de l'existence de cette intention au moment de la réclamation des CTI et le tribunal a refusé le droit à la société de s'inscrire et de réclamer ses CTI.

---

9 [1998] G.S.T.C. 59 (C.C.I.).

Également, dans l'affaire *London Life Insurance Company* c. *La Reine*[10], la société London Life avait principalement des activités exonérées d'assurance qui ne lui permettaient pas de réclamer des CTI. Elle effectue des améliorations locatives en vertu de son bail et reçoit des allocations du bailleur à cet effet. London Life perçoit et remet la TPS payable sur l'allocation, et réclame des CTI sur les coûts liés à ces améliorations. La Cour d'appel fédérale a décidé que London Life était en droit de demander des CTI en considérant que les coûts de construction étaient liés à une activité commerciale consistant à fournir les améliorations au propriétaire. On a attribué directement l'intrant à la fourniture à laquelle il est lié plutôt qu'aux activités globales ou générales de la personne.

La Cour canadienne de l'impôt a aussi reconnu dans la cause *BJ Services Company Canada, The successor to Nowsco Well services Ltd.* c. *La Reine*[11], que les frais engagés par une société commerciale afin d'évaluer la valeur d'une offre de prise de contrôle et de maximiser l'avoir des actionnaires l'ont été dans le contexte d'activités commerciales de la société. Bien que les services aient été liés à la fourniture exonérée des actions par les actionnaires, l'intention de Nowsco lors de l'acquisition des services de ses consultants était de se défendre à la prise de contrôle. Le tribunal a considéré que les services avaient pour but de maximiser la valeur de la société et d'assurer sa viabilité et sa santé financière, ce qui constitue une activité commerciale[12].

Selon l'ARC, une société constituée aux seules fins de permettre le transfert de bien entre deux sociétés, comme c'est le cas dans les transactions papillon, peut aussi s'inscrire volontairement même si elle est liquidée immédiatement après la vente[13]. Cette position est d'ailleurs conforme avec les amendements proposés à l'article 156 L.T.A. le 17 novembre 2005 concernant les membres temporaires d'un groupe admissible et les transactions entre personnes liées où l'on considère désormais les membres temporaires, soit les sociétés conçues uniquement dans le but d'effectuer une

---

10 [2000] G.S.T.C. 111.

11 [2003] G.S.T.C. 513 (ci-après « *BJ Services* »).

12 Cette position a été confirmée par l'Agence du revenu du Canada lors de la Table ronde de la réunion annuelle de l'ARC et de l'Association du Barreau canadien (section nationale des taxes de vente et d'accise – Comité sur la fiscalité), 27 février 2003.

13 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Mémorandum sur la TPS/TVH, section 2.3*, « Inscription au choix », 31 mai 1999 et AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Énoncé de politique* P-045, « Les transactions papillons », 9 novembre 1992.

réorganisation dite « papillon »[14]. Par contre, il est important de mentionner certaines positions de l'ARC à cet égard où elle a indiqué :

> « qu'elle ne permettrait pas à une nouvelle société de s'inscrire volontairement si elle est fusionnée immédiatement après la vente. […] De même, l'ARC a aussi conclu qu'une nouvelle société n'a pas le droit de s'inscrire au registre de la TPS quand elle est constituée aux fins d'acheter des actifs de la société même et que celle-ci vend immédiatement les actions de la nouvelle société à un tiers qui liquide ou fusionne immédiatement la nouvelle société[15]. »

Dans la même veine, la Cour canadienne de l'impôt a récemment conclu dans l'affaire *Aviva Canada Inc.* c. *La Reine*[16] que les activités liées à des transactions d'achat et de vente de marques de commerce d'une société liée, intervenues le même jour, ne constituaient pas, en soi, des activités commerciales au sens de la *Loi sur la taxe d'accise*. Après avoir revu les définitions de différents termes de cette loi, le tribunal a conclu que le vendeur n'avait pas eu d'activités commerciales, soit l'exploitation d'une entreprise, un projet à risque ou une affaire à caractère commercial. En effet, les transactions effectuées ne comprenaient aucun élément de nature commerciale ou spéculative et, outre la transaction isolée d'achat/de vente de marques de commerce, le fournisseur n'avait aucune autre activité commerciale.

Discutant des impacts liés à la décision rendue dans l'affaire *Aviva*, l'ARC a indiqué :

> « In the case of items not used but solely acquired for re-sale, the sale must be demonstrated to relate to either a "business" or "adventure or concern", in order for the transaction to be subject to GST. With respect to registrants engaged in exempt activities, evidence would be required that relates the sale to non-exempt activities.
>
> In particular, isolated disposition of capital property within an income tax planning context by persons engaged in exempt activities may be difficult to characterize as an "adventure or concern" based on income tax jurisprudence [...].

---

14 Voir à cet égard nos commentaires à la section 3.2.

15 Brent F. MURRAY, « Nouvelle société et registre de la TPS », dans *Faits saillants en fiscalité canadienne*, vol. 12, n° 12, Association canadienne d'études fiscales, décembre 2004.

16 [2006] G.T.C. 115 (C.C.I.) (ci-après « *Aviva* »).

> The question raises concerns about the possible application of this decision in circumstances of reorganizations involving transfers of assets used exclusively in commercial activities. This matter is under review in light of this court decision, which is very recent[17]. »

En prenant cette tendance en considération et dans l'attente d'une position claire des autorités fiscales, il est important de s'assurer que les sociétés sont exploitées activement et qu'elles exercent une activité commerciale, afin de justifier leur inscription et la perception des taxes, le cas échéant.

2. ACHAT ET VENTE D'ACTIFS

À défaut de pouvoir profiter des allégements prévus aux articles 167 et 156 L.T.A., les participants à une réorganisation devront analyser la nature des fournitures effectuées afin de déterminer les impacts en matière de TPS et de TVQ.

2.1. RÈGLES SPÉCIFIQUES SELON LA NATURE DES BIENS VENDUS

2.1.1. Immeubles

Sont considérées comme des activités commerciales la réalisation de fournitures d'immeubles, sauf les fournitures exonérées. Exceptionnellement, le fournisseur d'un immeuble taxable par vente n'est pas tenu de percevoir la TPS relativement à la vente d'un immeuble à une personne qui est inscrite dans le régime de la TPS. Dans un tel cas, la responsabilité de la taxe est dévolue à l'acquéreur qui devra s'autocotiser et déclarer la taxe payable à l'égard de l'immeuble en utilisant le formulaire prescrit[18].

2.1.2. Comptes clients

La cession de comptes clients constitue la vente d'un effet financier qui est une fourniture exonérée dans le régime de la TPS et détaxée dans le régime de la TVQ. Du fait qu'aucune taxe n'est percevable à l'égard de cette transaction, bien des professionnels arrêteront leur analyse à cette étape. Toutefois, il est à remarquer qu'en vertu de l'article 231 L.T.A., seul le fournisseur original d'une fourniture est apte à effectuer un ajustement des

---

[17] « Table ronde sur la TPS », Agence du revenu du Canada et Association du Barreau canadien, 9 mars 2006, question 29.

[18] Par. 221(2) et 228(4) L.T.A.

taxes si la créance est radiée de ses livres comme une mauvaise créance. Bien que l'acquéreur de comptes clients ait acquis un droit d'intenter une action en recouvrement pour le montant de la créance incluant la taxe[19], il n'a cependant plus la possibilité qu'avait le fournisseur original, s'il doit radier la créance de ses livres comme une mauvaise créance, de déduire de sa taxe nette le montant de taxe qui demeure impayé et qui doit être radié. Il y a donc lieu de s'assurer que le vendeur a radié de ses livres comptables toutes les mauvaises créances avant d'effectuer la cession de ses comptes clients, ou de prévoir un droit de retour des créances cédées advenant que celles-ci deviennent irrécouvrables.

2.1.3. Liste de clients

À la suite d'une controverse, les autorités fiscales ont reconnu qu'une liste de clients est un bien meuble intangible qui peut être « produit »[20], ce qui permet l'application du paragraphe 141.1(1) L.T.A., qui répute que la fourniture d'un bien est faite dans le cadre des activités commerciales du fournisseur si le bien a été produit, utilisé ou consommé dans ce contexte :

> « 141.1(1) Pour l'application de la présente partie :
>
> a) la fourniture d'un bien meuble, sauf une fourniture exonérée, est réputée effectuée dans le cadre des activités commerciales du fournisseur si, selon le cas :
>
> (i) il a acquis ou importé le bien la dernière fois, ou l'a transféré dans une province participante après l'avoir acquis ou importé la dernière fois, en vue de le consommer ou de l'utiliser dans le cadre de ses activités commerciales, ou il l'a consommé ou utilisé dans ce cadre après l'avoir acquis ou importé la dernière fois,
>
> (ii) il a fabriqué ou produit le bien dans le cadre de ses activités commerciales ou en vue de le consommer ou de l'utiliser dans ce cadre, ou il l'a fabriqué ou produit et consommé ou utilisé dans ce cadre, et le bien n'est pas réputé par la présente partie avoir été acquis par lui;

---

19 Art. 224 L.T.A.

20 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Énoncé de politique* P-242, « La question est de savoir si une liste de clients est un bien meuble qui peut être produit par une personne pour l'application des alinéas 141.1(1)a) et 141.1(1)b) de la *Loi sur la taxe d'accise* », 15 juillet 2003.

b) la fourniture d'un bien meuble, sauf une fourniture effectuée par bail, licence ou accord semblable dans le cadre d'une entreprise du fournisseur, est réputée effectuée en dehors du cadre des activités commerciales du fournisseur si, selon le cas :

(i) il a acquis ou importé le bien la dernière fois exclusivement en vue de le consommer ou de l'utiliser en dehors du cadre de ses activités commerciales, il ne l'a pas transféré dans une province participante pour le consommer ou l'utiliser dans le cadre de ses activités commerciales après l'avoir acquis ou importé la dernière fois et il ne l'a pas consommé ou utilisé dans le cadre de ses activités commerciales après l'avoir acquis ou importé la dernière fois,

(ii) il a fabriqué ou produit le bien en dehors du cadre de ses activités commerciales exclusivement en vue de le consommer ou de l'utiliser en dehors de ce cadre, il ne l'a pas transféré dans une province participante pour le consommer ou l'utiliser dans le cadre de ses activités commerciales et il ne l'a pas consommé ou utilisé dans le cadre de ses activités commerciales, et le bien n'est pas réputé par la présente partie avoir été acquis par lui. » (Notre soulignement)

La TPS devra donc être perçue sur la vente d'une liste de clients si cette liste a été produite et utilisée pour une activité commerciale. Par contre, si la liste a été « produite » exclusivement dans les limites d'activités exonérées, alors la fourniture de la liste serait également réputée effectuée dans le cadre d'activités exonérées. En vertu de la définition d'« exclusivement » prévue à l'article 123 L.T.A., la fourniture d'une liste de clients par une institution financière sera exonérée sauf si cette liste n'a pas été produite en totalité dans le cadre des activités exonérées de l'institution[21].

Il est à souligner que la position de l'ARC selon laquelle une liste de clients est différente d'un achalandage et que la position mentionnée à l'*Énoncé de politique* P-242[22] ne s'applique pas à un achalandage qui n'est pas un bien pouvant être produit au sens de l'article 141.1 L.T.A. Selon l'interprétation restrictive de l'ARC, un achalandage ne pourrait être vendu qu'à l'occasion de la vente d'une entreprise.

2.2. PARTICULARITÉS LIÉES À LA TVQ

Les distinctions de fond entre le régime de la TPS et celui de la TVQ dont, entre autres, le fait que les services financiers soient détaxés dans le

---

21 *Loc. cit*., note 12, question 9.

22 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 20.

régime de la TVQ et exonérés dans le régime de la TPS, crée certaines disparités dans l'application des règles.

À cet égard, l'article 42.7 L.T.V.Q. fait en sorte qu'aux fins du calcul du remboursement de taxe sur les intrants (ci-après « RTI ») et de l'inscription, la fourniture d'un service financier par une personne est réputée être exécutée autrement que lors de ses activités commerciales, sauf si une telle fourniture est effectuée dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise de cette personne. Or, aux fins de cette disposition, Revenu Québec considère qu'une société exerce une entreprise et peut s'inscrire et récupérer des RTI dans la mesure où elle respecte les autres exigences prévues par la *Loi sur la taxe de vente du Québec*[23].

Aux fins de la *Loi sur la taxe de vente du Québec* seulement, toute personne, qu'elle soit un petit fournisseur ou non, doit généralement s'inscrire à d'autres lois fiscales à l'égard des activités visées dont, entres autres, la vente de tabac au détail, la vente de boissons alcooliques, la vente de carburant et la vente de pneus neufs et de véhicules routiers qui ne sont pas ses immobilisations. De plus, une personne qui est un petit fournisseur et qui choisit de s'inscrire à la TPS est également obligée de s'inscrire à la TVQ.

Étant donné que les contreparties de fournitures taxables des personnes associées à une autre ont un impact sur le calcul du montant déterminant aux fins de la qualification de petit fournisseur, les fournitures de toutes les personnes associées doivent être considérées aux fins de déterminer si une personne est tenue d'être inscrite et quelle devrait être sa période de déclaration, laquelle est applicable à chacune des personnes du groupe.

Les grandes entreprises, soit les personnes dont les contreparties de leurs fournitures taxables et celles de leurs associés, au Canada et à l'étranger, dépassent 10 M$ sont soumises à des restrictions aux fins du calcul de leurs RTI[24]. La qualification des personnes doit donc être révisée attentivement lors d'une réorganisation puisque selon le total des fournitures taxables de l'ensemble du groupe, certaines personnes pourront devenir des grandes

---

23 Art. 42.7-1 « Fourniture d'un service financier » L.T.V.Q.

24 Les grandes entreprises ne peuvent récupérer la TVQ payable sur les frais de repas et de représentation dont la déductibilité est limitée à 50 % aux fins de la *Loi sur les impôts* du Québec, L.R.Q., c. I-3 et mod., les frais liés aux services de télécommunication, les acquisitions de véhicules routiers de moins de 3 000 kg ainsi que le carburant pour alimenter de tels véhicules.

entreprises le premier jour de leur année financière qui débutera après le moment de la réorganisation, et donc ne pourront plus avoir droit de récupérer la TVQ sur les dépenses visées par les restrictions.

De même, à cause des restrictions aux RTI pour les grandes entreprises, Revenu Québec s'assurera qu'un choix de vente d'entreprise ou d'une partie d'entreprise[25] respecte bien les critères prévus par la loi et qu'il ne s'agit pas d'une vente d'actifs qui serait visée par les restrictions aux RTI pour les grandes entreprises. Par ailleurs, le paragraphe 75.1d) L.T.V.Q. qui avait été abrogé en 1995 continue à être en vigueur pour les grandes entreprises et prévoit que, malgré la production du choix, la TVQ demeure payable à l'égard des biens qui seraient soumis aux RTI restreints si l'acquéreur n'exploite pas l'entreprise acquise.

3. ALLÈGEMENTS

3.1. VENTE D'UNE ENTREPRISE OU D'UNE PARTIE D'ENTREPRISE

L'implantation de la TPS depuis plus de 15 ans fait en sorte que les praticiens connaissent généralement l'application de l'article 167 L.T.A. concernant la vente d'entreprise ou d'une partie d'entreprise. Le but de l'article 167 L.T.A. consiste précisément à permettre aux parties de faire un choix conjoint afin qu'aucune taxe ne soit payable relativement à la fourniture des biens aux termes de la convention, sauf la fourniture de biens par location ou la fourniture d'immeubles par vente à un acquéreur qui n'est pas inscrit.

L'erreur la plus fréquente en pratique consiste dans une application trop généralisée de cette disposition d'allégement que les autorités fiscales interprètent restrictivement.

3.1.1. Production du choix

L'article 167 L.T.A. précise ce qui suit :

> « (1) Actif d'une entreprise – Lorsqu'une personne fournit tout ou partie d'une entreprise qu'elle a établie ou exploitée, ou qu'elle a acquise après qu'une autre personne l'a établie ou exploitée, et que la convention portant sur la fourniture prévoit que l'acquéreur acquiert la propriété, la possession ou l'utilisation de la totalité, ou presque, des biens qu'il est raisonnable de considérer comme

[25] Voir nos commentaires sur le choix de vente d'entreprise à la section 3.1.

nécessaires à l'exploitation par lui de l'entreprise ou de la partie d'entreprise, les règles suivantes s'appliquent :

a) pour l'application de la présente partie, le fournisseur est réputé avoir fourni séparément chacun des biens et services fournis aux termes de la convention pour une contrepartie égale à la partie de la contrepartie de la fourniture de l'entreprise ou de la partie d'entreprise imputable au bien ou au service;

b) sauf si le fournisseur est un inscrit alors que l'acquéreur ne l'est pas, le fournisseur et l'acquéreur peuvent faire un choix conjoint, en la forme déterminée par le ministre et contenant les renseignements requis, pour que le paragraphe (1.1) s'applique à ces fournitures.

(1.1) Effet du choix – Lorsqu'un acquéreur qui est un inscrit et une partie au choix visé au paragraphe (1) présente le choix au ministre au plus tard le jour où il est tenu de produire aux termes de la section V la déclaration visant sa première période de déclaration au cours de laquelle une taxe serait, sans le présent paragraphe, devenue payable relativement à la fourniture d'un bien ou d'un service effectuée aux termes de la convention portant sur la fourniture de l'entreprise ou de la partie d'entreprise visée par le choix, ou à la date ultérieure fixée par le ministre sur demande de l'acquéreur, les règles suivantes s'appliquent :

a) nulle taxe n'est payable relativement à la fourniture d'un bien ou d'un service effectuée aux termes de la convention, sauf s'il s'agit :

   (i) de la fourniture taxable d'un service à rendre par le fournisseur,

   (ii) de la fourniture taxable d'un bien par bail, licence ou accord semblable,

   (iii) si l'acquéreur n'est pas un inscrit, de la fourniture taxable d'un immeuble par vente;

b) pour l'application de la présente partie :

   (i) dans le cas où une taxe serait payable par l'acquéreur, sans le présent paragraphe, relativement à une fourniture, effectuée aux termes de la convention, d'une immobilisation du fournisseur que l'acquéreur acquiert pour l'utiliser comme immobilisation, l'acquéreur est réputé avoir ainsi acquis l'immobilisation pour utilisation exclusive dans le cadre de ses activités commerciales,

   (ii) dans le cas où, malgré le présent paragraphe, une taxe ne serait pas payable par l'acquéreur relativement à une fourniture, effectuée aux termes de la convention, d'une immobilisation du fournisseur que l'acquéreur acquiert pour l'utiliser comme immobilisation, l'acquéreur est réputé avoir ainsi acquis l'immobilisation pour utilisation exclusive dans le cadre de ses activités non commerciales. »

Il existe différents tests afin qu'une transaction se qualifie au choix de l'article 167 L.T.A. Ainsi, sauf lorsque l'acquéreur n'est pas un inscrit, il sera généralement possible de faire le choix dans la mesure où la transaction répond aux autres critères. Par ailleurs, il doit s'agir effectivement, du point de vue du vendeur, d'une entreprise ou partie d'entreprise. Finalement, les actifs acquis aux termes de la convention doivent représenter plus de 90 % des actifs nécessaires pour l'exploitation par l'acquéreur du même genre d'entreprise qui était établie ou exploitée par le vendeur.

Lorsque deux sociétés fusionnent immédiatement avant de procéder à la vente, les autorités fiscales considèrent que l'entreprise n'a pas été établie par la société résultante, ni qu'elle a été acquise par elle, ce qui empêche l'application de l'article 167 L.T.A.[26]

On considérera généralement que le vendeur qui vend une entreprise cesse effectivement de l'exploiter. En effet, dans un cas où un vendeur conserverait suffisamment d'actifs pour continuer l'exploitation de l'entreprise ou de la partie d'entreprise, la transaction devrait plutôt être analysée comme une vente d'actifs plutôt qu'une vente d'entreprise.

Il importe de savoir que la *Loi sur la taxe d'accise* comporte une définition de la notion d'« entreprise » qui inclut toute affaire, avec ou sans but lucratif, ainsi que les activités exercées de façon régulière et continue, sauf les charges ou les emplois. L'article 167 L.T.A. peut donc trouver application sans égard au fait que les objectifs de l'entreprise constituent en des fournitures taxables ou exonérées. L'article 167 L.T.A. ne s'applique que lors de la vente d'une « entreprise » ou « partie d'entreprise », il ne vise pas les ventes d'actifs. Or, c'est spécifiquement la nature de l'entreprise qui détermine quels sont les actifs nécessaires à son exploitation[27].

La notion de « partie d'entreprise » est moins claire. En effet, les autorités fiscales s'entendent généralement sur le fait qu'une partie d'entreprise « peut être une unité administrative distincte sur les plans fonctionnel et matériel ou une activité qui soutient l'entreprise générale ou qui y est liée, mais qui est organisée comme une activité distincte et

---

[26] *Loc. cit.*, note 12, question 11.

[27] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Énoncé de politique* P-167, « Signification de la première partie de la définition du terme "entreprise" », 16 janvier 1995, révisé le 29 mars 2000.

autonome »[28]. Afin de différencier une vente de partie d'entreprise et une vente d'actifs, on applique généralement le test selon lequel les activités accessoires vendues doivent, pour le vendeur, être capables de fonctionner de façon autonome, sans l'apport de l'entreprise principale. Certains des critères utilisés ont trait à la localisation physique de l'entreprise, les livres et les registres propres à l'entreprise, l'achalandage distinct et le traitement de l'entreprise comme une activité en soi à d'autres fins que les taxes à la consommation. C'est précisément dans ce contexte que l'on s'étonne face à de telles interprétations si strictes au sujet d'une disposition qui visait à alléger l'administration des taxes.

Un autre test est celui du « test des actifs » qui sert à se demander si, en vertu de la convention, l'acheteur acquiert la propriété, la possession ou l'utilisation de la totalité ou de la presque totalité des actifs nécessaires à l'exploitation par lui de l'entreprise cédée par le vendeur. À cette fin, il est nécessaire de considérer, dans le dénominateur, la valeur des actifs nécessaires à l'exploitation qui ne sont pas acquis par l'acquéreur aux termes de la convention. Par exemple, si l'immeuble n'est pas vendu, alors la valeur d'un loyer doit généralement être considérée afin d'évaluer si la transaction respecte le test puisqu'il est raisonnable de considérer qu'un loyer est nécessaire dans l'exploitation d'une entreprise.

Une attention particulière est à prêter lorsqu'une transaction implique plus de deux parties, soit plus d'un vendeur ou plus d'un acquéreur. En effet, bien que l'article 167 L.T.A. ne fasse pas une condition du fait qu'il n'y ait qu'un seul vendeur et un seul acquéreur, vu l'interprétation restrictive des autorités fiscales, les tests du vendeur (entreprise ou partie d'entreprise) et de l'acquéreur (qui acquiert plus de 90 % des actifs) doivent être respectés pour chacune des transactions, afin de permettre la production du choix[29]. Dans certain cas, il peut donc y avoir lieu de planifier une série de transactions afin de s'assurer du respect des critères établis à l'article 167 L.T.A.

Si la transaction répond à tous les critères mentionnés, alors les parties peuvent faire un choix conjoint sur le formulaire prescrit et l'acquéreur doit

---

[28] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Énoncé de politique* P-188, « Fourniture de tout ou partie d'une entreprise pour l'application du choix prévu au paragraphe 167(1) », 25 octobre 1995.

[29] Serge BOUCHARD, Pierre E. RODRIGUE et Jacques BOISVERT, « Les sujets techniques de l'heure », dans *Colloque – Symposium sur les taxes à la consommation*, 143, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2004, pp. 6:1-75, à la page 6:19.

produire le choix avec sa déclaration de TPS pour la période qui comprend le moment de la transaction. Il convient de noter que Revenu Québec acceptera généralement de recevoir un choix produit en retard.

Il est à remarquer que certaines présomptions sont prévues au paragraphe 167(1) et à l'article 167.1 L.T.A. Ces présomptions s'appliquent en présence d'une vente d'entreprise ou de partie d'entreprise et lorsque les actifs acquis aux termes de la convention représentent plus de 90 % des actifs nécessaires pour l'exploitation par l'acquéreur du même genre d'entreprise qui était établie ou exploitée par le vendeur, et ce, même si les parties n'ont pas produit le choix. Ainsi, le vendeur est réputé avoir fourni chacun des biens et services séparément pour une contrepartie égale à la portion du prix représentant la valeur du bien ou du service. De plus, la partie de contrepartie attribuable à l'achalandage n'est pas incluse dans le calcul de la taxe payable relativement à la fourniture.

3.1.2. Effet du choix

La production du choix permet à l'acquéreur d'éviter le financement de la TPS entre le moment où celui-ci devrait payer la TPS au fournisseur et le moment où Revenu Québec rembourserait effectivement la TPS à l'acquéreur lors de la compensation de la TPS payable avec le CTI accordé relativement à la transaction. L'article 167 L.T.A. prévoit que lorsque le choix est effectué, aucune taxe n'est payable relativement à la transaction, sauf à l'égard d'un service taxable à rendre par le fournisseur d'un bien meuble fourni par location ou par vente à un non-inscrit.

Bien qu'aucune taxe ne soit payable au moment de la transaction lorsque le choix est effectué, le paragraphe 167(1.1) L.T.A. crée une présomption prévoyant que si, n'eût été le choix de l'article 167 L.T.A., une taxe aurait été payable à l'égard de biens en immobilisation, alors ces biens sont réputés avoir été acquis par l'acquéreur pour utilisation exclusive dans le cadre de ses activités commerciales. Cette présomption a pour conséquence que l'acquéreur, ayant produit le choix de l'article 167 L.T.A. à l'égard de biens en immobilisation acquis par lui pour être utilisés principalement dans le cadre d'activités exonérées, devrait quand même s'autocotiser en vertu des règles de changement d'usage prévues à l'article 200 L.T.A.

L'économie de financement liée à la production du choix de l'article 167 L.T.A. varie selon la situation particulière de l'acquéreur quant à sa déclaration de TPS pour la période qui comprend le moment de la transaction. Car si l'acquéreur est généralement en situation de

remboursement en raison de la nature de ses activités, alors l'acquisition de l'entreprise aura pour résultat d'augmenter le remboursement auquel il a droit. Dans un tel cas, il est certain que celui-ci gagne à produire le choix de l'article 167 L.T.A. afin d'éviter l'écoulement d'un délai entre le moment du paiement de la TPS au fournisseur et le moment de l'émission du remboursement par les autorités fiscales.

Dans le cas où un acquéreur est en situation de paiement aux fins de sa déclaration de TPS pour la période concernée, le montant auquel celui-ci aurait droit à titre de CTI sur la transaction d'acquisition lui est déjà « acquis » dans la mesure où celui-ci n'excède pas le montant de TPS qu'il détient relativement à la TPS perçue sur ses fournitures taxables. Par contre, alors que la TPS payable sur une fourniture taxable doit normalement être déboursée et payée au fournisseur, la production du choix de l'article 167 L.T.A. permet à l'acquéreur d'éviter ce déboursé, de même que le CTI qui s'y rapporterait, et de conserver les sommes d'argent qu'il a perçues à titre de TPS dans ses coffres jusqu'au moment de sa remise.

Les impacts liés au refus de reconnaître la validité d'un choix de l'article 167 L.T.A. par les autorités fiscales lors d'une vérification consistent généralement à une cotisation du vendeur[30] pour la TPS percevable sur la transaction en plus d'intérêts et de pénalités applicables. Ces intérêts et ces pénalités varient selon la situation particulière et seront notamment limités à 4 % de la TPS et de la TVQ dans le cas d'une transaction sans effet fiscal.

Les autorités fiscales n'imposent aucune pénalité ni intérêts lorsqu'un mandataire effectue une divulgation volontaire concernant une transaction sans effet fiscal mais dans un tel cas, le Ministère exigera généralement la perception/remise de la TPS par le fournisseur et la réclamation de la TPS par l'acquéreur au moyen d'un CTI, ce qui laisse toujours le coût de financement de la TPS lié à la transaction.

---

[30] Selon la politique administrative de l'ARC, l'acquéreur pourrait aussi être cotisé pour la TPS payable sur la transaction en plus des intérêts et des pénalités si, pour une raison ou une autre, l'ARC ne peut récupérer la TPS auprès du vendeur et qu'elle est en situation de perte de recette fiscale. AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Énoncé de politique* P-112R, « Établissement d'une cotisation à l'égard de la taxe à payer si l'acheteur n'est pas solvable », 8 mars 2000. Advenant que l'acquéreur d'actifs pour lesquels un choix de l'article 167 L.T.A. a été refusé par les autorités fiscales soit cotisé pour la taxe payable, nous nous interrogeons sur la possibilité pour lui que cette TPS soit immédiatement compensée avec les CTI auxquels il a droit, ce qui éviterait l'imposition de pénalités et d'intérêts sur la transaction.

Revenu Québec accepte également, dans le contexte particulier d'une transaction entraînant le paiement combiné de TPS et de TVQ pour un montant supérieur à 500 000 $, de mettre en œuvre une procédure administrative dans le but de limiter les incidences sur l'encaisse du débiteur qui a droit à des CTI pour une transaction donnée. Cette procédure d'accélération du traitement des déclarations de TPS et de TVQ du fournisseur et de l'acquéreur est connue sous le nom de *fast track* et réussit généralement à éviter à l'acquéreur le financement des taxes liées à la transaction, tout en limitant les risques quant à l'imposition de pénalités ou d'intérêts.

3.2. TRANSACTIONS ENTRE PARTIES ÉTROITEMENT LIÉES

Les réorganisations proposées impliquent très souvent des transactions entre personnes liées. L'article 156 L.T.A. permet à des personnes qui sont des membres déterminés d'un groupe étroitement lié de faire un choix afin que les transactions entre elles soient réputées effectuées à titre gratuit.

Les conditions générales permettant le choix sont prévues aux articles 128 et 156 L.T.A. De façon générale, les parties au choix doivent être résidentes du Canada et être inscrites dans le régime de la TPS[31]. Les parties doivent aussi être étroitement liées en ce qu'elles doivent respecter un critère de détention directe ou indirecte de 90 % ou plus de la valeur et du nombre des actions émises et en circulation et comportant plein droit de vote en toutes circonstances du capital-actions d'une personne. Il est possible de faire le choix prévu à l'article 156 L.T.A. dans un groupe comprenant des sociétés de personnes si les membres de ce groupe ont droit de recevoir au moins 90 % du total des revenus à partager entre les associés[32].

De plus, la modification en vigueur le 17 novembre 2005 permet que des membres temporaires soient admissibles au choix. Également, en vertu des modifications du 17 novembre 2005, un membre temporaire est une personne inscrite qui réside au Canada et qui est membre d'un groupe admissible sans être considéré comme membre admissible de celui-ci. Un

---

[31] Selon CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives et notes explicatives concernant la* Loi sur la taxe d'accise, et *Avis de motion de voies et moyens visant à modifier la* Loi sur la taxe d'accise, 17 novembre 2005; les parties au choix doivent être inscrites et résider au Canada alors que cette exigence n'est plus requise pour chacune des personnes impliquées dans la structure de propriété du groupe admissible.

[32] Par. 156(1.3) L.T.A.

membre temporaire « reçoit une fourniture d'un bien effectuée en prévision d'une attribution faite dans le cadre d'une réorganisation visée au sous-alinéa 55(3)b)(i) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[33] de la société cédante visée à ce sous-alinéa qui est un membre admissible du groupe ». En outre, le membre temporaire n'exploite pas d'entreprise ni ne détient de biens autres que des effets financiers avant de recevoir la fourniture.

En ce sens, voici un extrait des notes explicatives concernant la possibilité qu'un membre temporaire soit considéré comme un « membre déterminé » admissible selon l'article 156 L.T.A. :

> « […] Ainsi, la personne morale qui existe en vue de recevoir une fourniture effectuée en prévision d'une attribution faite dans le cadre d'une réorganisation visée au sous-alinéa 55(3)b)(i) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et qui, avant cette fourniture, n'avait jamais exploité d'entreprise ni possédé de biens peut être considérée comme un membre déterminé et faire le choix prévu au paragraphe 156(2). Toutefois, un membre temporaire n'est considéré comme un membre déterminé que pendant une réorganisation. Une fois celle-ci achevée, le membre temporaire doit remplir les exigences de la définition de "membre admissible". Sinon, il cessera d'être un membre déterminé et tout choix fait en application du paragraphe 156(2) cessera d'être en vigueur[34]. »

Le deuxième critère à remplir afin d'être en mesure d'effectuer le choix de l'article 156 L.T.A. (sauf dans le cas d'un membre temporaire en contexte de réorganisation tel qu'il est stipulé au sous-alinéa 55(3)b)(j) L.I.R.) consiste en le fait que la personne doit avoir produit, acquis ou importé la totalité ou presque de ses biens pour utilisation dans le cadre de ses activités commerciales mais si elle n'a pas de biens, la totalité ou presque de ses fournitures sont taxables. En général, le choix de l'article 156 L.T.A. est applicable aux personnes qui ont eu certaines activités considérées taxables aux fins de la *Loi sur la taxe d'accise.*

Le choix prévu à l'article 156 L.T.A. n'a pas à être produit aux autorités fiscales mais il doit être conservé dans les dossiers des parties. Les autorités fiscales permettent généralement de donner un effet rétroactif au choix pourvu que les mandataires aient agi comme si le choix était en vigueur.

Ce choix fait en sorte que les transactions entre les parties impliquées sont réputées effectuées pour une contrepartie nulle. Le choix ne s'applique toutefois pas aux biens ou aux services acquis autrement qu'uniquement

---

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

[34] CANADA, ministère des Finances, *op. cit*., note 31.

pour fourniture ou consommation par l'acquéreur dans le cadre de ses activités commerciales, ni aux fournitures d'immeubles par vente, ni aux fournitures acquises par un membre temporaire qui ne sont pas des fournitures de biens effectuées en prévision d'une attribution faite dans le cadre d'une réorganisation visée au sous-alinéa 55(3)b)(j) L.I.R.

4. PARTICULARITÉS LIÉES À LA FORME JURIDIQUE

4.1. SOCIÉTÉ

4.1.1. Achat et vente d'actions

La vente et l'achat d'actions d'une société constituent des transactions qui n'ont que très peu ou pas d'impact en TPS, les actions étant des effets financiers exonérés dans le régime de la TPS. La vente d'actions n'est pas une activité commerciale au sens de la *Loi sur la taxe d'accise* et aucune TPS ne doit être perçue par le vendeur sur cette transaction. De plus, la vente est détaxée dans le régime de la *Loi sur la taxe de vente du Québec* et aucune TVQ ne doit être perçue par le vendeur à cet égard.

Les transactions d'achat et de vente d'actions dans un contexte de réorganisation corporative entraînent souvent des coûts importants en termes d'honoraires professionnels ou autres. En conséquence de ce qui précède et selon la règle générale concernant l'attribution directe des intrants, un inscrit peut récupérer la TVQ qui peut devenir payable sur des dépenses liées à la transaction détaxée d'achat et de vente d'actions, mais il ne peut récupérer aucune TPS payable relativement aux dépenses liées à cette acquisition d'effets financiers exonérés. Cette règle généralement admise, selon laquelle les intrants doivent être attribués aux fournitures pour lesquelles ils ont été directement consommés ou utilisés, peut toutefois être mise de côté dans certaines situations précises.

Le concept d'« activités commerciales » tel qu'il est défini par la *Loi sur la taxe d'accise* est très large et inclut toutes les dépenses qui constituent des pratiques d'affaires normalement liées à l'activité commerciale. Le critère reconnu en impôt sur le revenu concernant une dépense « en vue de gagner du revenu » n'est pas applicable aux fins des CTI.

D'autre part, les décisions rendues par les tribunaux tendent à confirmer que la règle de l'attribution directe ne peut être utilisée que si une entreprise effectue à la fois des fournitures taxables et des fournitures exonérées.

Effectivement, la décision rendue dans l'affaire *BJ Services*[35] confirme le fait que l'utilisation de ces règles ou des dispositions des articles 141.1 et suivants L.T.A. afin de refuser un CTI à une personne dont l'unique activité est une activité commerciale constitue une interprétation trop restrictive de la notion d'intrant direct.

Exceptionnellement, le paragraphe 186(2) L.T.A. fait en sorte de réputer qu'un bien ou un service soit acquis dans le cadre d'activités commerciales si ce bien ou ce service est lié à l'acquisition réelle ou projetée de plus de 90 % des actions d'une société ayant une activité commerciale.

Voici le texte de l'article 186 L.T.A. :

> « 186 (1) Personnes morales liées – Sous réserve du paragraphe (2) et pour le calcul de son crédit de taxe sur les intrants, une personne morale mère qui acquiert, importe ou transfère dans une province participante, à un moment donné, un bien ou un service est réputée l'avoir acquis, importé ou transféré dans la province pour utilisation dans le cadre de ses activités commerciales dans la mesure où il est raisonnable de considérer qu'elle l'a ainsi acquis, importé ou transféré dans la province pour consommation ou utilisation relativement à des actions du capital-actions d'une autre personne morale qui lui est liée à ce moment, ou à des créances contre cette autre personne, si les conditions suivantes sont réunies :
>
> a) la personne morale mère est un inscrit qui réside au Canada;
>
> b) au moment où la taxe relative à l'acquisition, à l'importation ou au transfert devient payable, ou est payée sans être devenue payable, par la personne morale mère, la totalité, ou presque, des biens de l'autre personne morale sont des biens qu'elle a acquis ou importés la dernière fois pour consommation, utilisation ou fourniture par celle-ci exclusivement dans le cadre de ses activités commerciales.
>
> (2) Frais de prise de contrôle – Pour l'application de la présente partie, le bien ou le service qu'un inscrit – personne morale résidant au Canada – (appelé "acheteur" au présent paragraphe) acquiert, importe, ou transfère dans une province participante est réputé avoir été acquis, importé, ou transféré dans la province participante, selon le cas, pour utilisation exclusive dans le cadre de ses activités commerciales, si les conditions suivantes sont réunies :
>
> a) le bien ou le service est lié à l'acquisition réelle ou projetée par l'acheteur de la totalité ou de la presque totalité des actions, émises et en circulation et comportant plein droit de vote en toutes circonstances, du capital-actions d'une autre personne morale;

---

[35] Précité, note 11.

b) tout au long de la période commençant soit au début de l'exécution du service, soit au moment où l'acheteur, selon le cas, a acquis ou importé le bien, ou l'a transféré dans la province participante, et se terminant au dernier en date des jours visés à l'alinéa c), la totalité ou la presque totalité des biens de l'autre personne morale sont des biens acquis ou importés pour consommation, utilisation ou fourniture exclusive dans le cadre d'activités commerciales.

Aux fins du crédit de taxe sur les intrants, la taxe relative à la fourniture du bien ou du service à l'acheteur, ou à l'importation ou au transfert du bien par lui, est réputée être devenue payable et avoir été payée par lui au dernier en date des jours suivants :

c) le jour où l'acheteur a acquis la totalité ou la presque totalité des actions ou, s'il est postérieur, le jour où il a renoncé à les acquérir;

d) le jour où la taxe est devenue payable ou a été payée par lui. »

L'ARC indique que pour permettre l'application de l'article 186 L.T.A., « l'offre publique d'achat doit avoir pour résultat, ou aurait dû avoir pour résultat si elle avait réussi, que l'acquéreur détienne la totalité ou presque des actions »[36]. Le paragraphe 186(3) L.T.A. prévoit, quant à lui, de tenir compte de la détention indirecte d'actions par l'entremise des filiales et des filiales de ces filiales.

Le paragraphe 186(2) L.T.A. a pour effet, lorsqu'il s'applique, de créer une présomption qui permet à l'acquéreur de récupérer des CTI sur les dépenses relatives à un achat d'actions réel ou projeté. Aux fins des CTI permis lors des acquisitions de contrôle, la taxe est réputée être payable à la plus tardive des dates suivantes :

- l'acheteur a acquis les actions;
- l'acheteur a renoncé à les acquérir;
- la taxe est devenue payable par ailleurs;
- la taxe a été payée par l'acquéreur.

---

[36] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Mémorandum* 700-5-6, « Crédit de taxe sur les intrants et sociétés de portefeuille, prises de contrôle et personnes morales à paliers multiples », 9 décembre 1991, par. 31.

Il y a lieu de noter que le paragraphe 186(3) L.T.A. est mis en parallèle avec l'alinéa 240(3)d) L.T.A. pour les besoins de l'inscription. Ainsi, une société qui acquiert ou qui projette d'acquérir la totalité ou presque des actions d'une société qui détient ses biens exclusivement dans le cadre de ses activités commerciales, peut choisir de s'inscrire au régime de la TPS.

Le paragraphe 186(1) L.T.A. prévoit, quant à lui, qu'un bien ou un service est acquis dans le cadre des activités commerciales d'une personne si ce bien ou ce service est lié aux actions ou aux créances détenues dans une filiale liée qui exerce une activité commerciale. Ainsi, la société mère peut récupérer des CTI à l'égard des biens et services acquis relativement à ces actions ou à ces créances.

4.1.2. Fusion

L'article 271 L.T.A. vise spécifiquement les fusions entre personnes morales et prévoit ce qui suit :

- la personne morale issue de la fusion est réputée distincte de chacune des personnes morales fusionnantes;

- en ce qui a trait à l'application des règles concernant les mauvaises créances et les périodes de déclaration, les règles applicables relativement aux biens et aux services acquis ou transportés dans une province participante par une personne morale fusionnante ainsi que les diverses autres dispositions spécifiées dans le Règlement[37], la personne morale issue de la fusion est réputée être la même que chacune des personnes morales fusionnantes et en être la continuation;

- le transfert d'un bien par une personne morale fusionnante à la personne morale issue de la fusion est réputé ne pas être une fourniture.

Pour être plus pratique, la résultante de la fusion devra s'assurer que les factures de ses fournisseurs soient dorénavant acheminées au bon nom afin qu'elle soit en mesure de récupérer la TPS payable à l'égard des transactions postérieures à la transaction. Quant à la TPS payable ou payée par les personnes morales remplacées relativement à des achats antérieurs à la fusion, elle est réputée payable ou payée par la résultante, faisant en sorte que celle-ci peut demander des CTI à cet égard.

---

[37] *Règlement sur la continuation des personnes morales fusionnantes ou liquidées (TPS/TVH)*, DORS/91-33.

Les choix devraient aussi être mis à jour pour que ceux-ci reflètent la situation réelle des parties. La fusion peut aussi entraîner des modifications aux périodes de déclaration et au statut des personnes associées. Une révision de l'organigramme devrait être faite systématiquement afin d'identifier les modifications requises. Les sociétés devraient aussi s'assurer de vérifier si des règles de changement d'usage s'appliquent en raison de la nature spécifique des activités de chacune des sociétés avant la fusion, ce qui pourrait entraîner des coûts pour la société résultante. La fusion peut aussi entraîner des conséquences monétaires spécifiques au régime de la TVQ si des biens transférés constituent des véhicules routiers et que la résultante est une grande entreprise.

Nous référons le lecteur aux commentaires précédents émis à la section 1.3. concernant l'impact d'une fusion immédiate sur l'inscription.

4.1.3. Liquidation

L'article 272 L.T.A. traite des liquidations et s'applique uniquement lorsqu'une personne morale est liquidée dans une autre personne morale qui détenait plus de 90 % des actions émises de chaque catégorie. De même que pour les fusions, la résultante est généralement réputée être la continuation de la personne liquidée. Également, les transferts de biens d'une personne à l'autre sont réputés ne pas être des fournitures. Si le critère de détention de 90 % des actions n'est pas respecté et si le choix concernant la vente d'une entreprise ou d'une partie d'entreprise n'est pas possible, la fourniture de chaque élément d'actif devra être analysée afin de déterminer le traitement applicable.

Ainsi que lors d'une fusion, la résultante devra s'assurer que les factures de ses fournisseurs soient dorénavant acheminées au bon nom. Cependant, selon le droit corporatif, la dissolution d'une société se fait conformément à ses statuts et la TPS payable par la société liquidée ne peut être réclamée par la résultante qu'une fois la dissolution légalement complétée.

Finalement, les choix et l'organigramme du groupe devraient être mis à jour pour que ceux-ci reflètent la situation réelle des parties; de même une vérification doit être faite si la nature spécifique des activités de chacune des sociétés avant la fusion risque d'entraîner un changement d'usage.

4.2. SOCIÉTÉ DE PERSONNES

La société de personnes est un véhicule de plus en plus utilisé lors des réorganisations d'un groupe ou lors de nouveaux investissements. Une

différence notable entre les règles d'impôt sur le revenu, le droit civil et la *Loi sur la taxe d'accise* est le fait que pour les besoins de la TPS, une société de personnes est une personne distincte qui peut ou doit s'inscrire et produire des déclarations, le cas échéant. La société de personnes peut effectuer des fournitures de biens ou de services et peut être tenue de percevoir la TPS. Elle peut aussi acquérir différents biens ou services et avoir droit à des CTI pour les acquisitions qui sont faites dans le cadre de son activité commerciale.

Nous analyserons donc brièvement quelques impacts en matière de taxes à la consommation, liés à l'utilisation de ce véhicule d'investissement. L'article 271.1 L.T.A. prévoit un code en soi, en ce qui a trait à l'application de la TPS aux transactions impliquant une société de personnes.

Voici donc le libellé de l'article 272.1 L.T.A. :

« 272.1 (1) Sociétés de personnes – Pour l'application de la présente partie, tout acte accompli par une personne à titre d'associé d'une société de personnes est réputé **avoir** été accompli par celle-ci dans le cadre de ses activités et non par la personne.

(2) Acquisitions par un associé – Malgré le paragraphe (1), dans le cas où l'associé d'une société de personnes acquiert ou importe un bien ou un service pour consommation, utilisation ou fourniture dans le cadre d'activités de la société, mais non pour le compte de celle-ci, les règles suivantes s'appliquent :

a) sauf disposition contraire énoncée au paragraphe 175(1), la société est réputée :

   (i) ne pas avoir acquis ou importé le bien ou le service,

   (ii) si le bien a été transféré par l'associé d'une province non participante dans une province participante, ne pas l'avoir ainsi transféré dans cette dernière;

b) si l'associé n'est pas un particulier, aux fins de calculer son crédit de taxe sur les intrants ou son remboursement relativement au bien ou au service et, dans le cas d'un bien qui est acquis ou importé pour être utilisé comme immobilisation de l'associé, d'appliquer la sous-section d de la section II au bien :

   (i) la présomption énoncée au paragraphe (1) ne s'applique pas à l'associé,

   (ii) l'associé est réputé exercer ces activités de la société;

c) si l'associé n'est pas un particulier et que la société lui rembourse un montant et a droit à un crédit de taxe sur les intrants relativement au bien ou au service dans les circonstances visées au paragraphe 175(1), le crédit de taxe sur les intrants relatif au bien ou au service que l'associé pourrait demander, sans le présent alinéa, dans la déclaration qu'il présente au ministre après le moment du remboursement est réduit du montant du crédit de taxe sur les intrants que la société peut demander.

(3) Fourniture au profit d'une société de personnes – Dans le cas où une personne qui est un associé d'une société de personnes, ou convient de le devenir, fournit un bien ou un service à celle-ci en dehors du cadre des activités de la société, les présomptions suivantes s'appliquent :

a) si la société acquiert le bien ou le service pour le consommer, l'utiliser ou le fournir exclusivement dans le cadre de ses activités commerciales, le montant qu'elle convient de payer à la personne, ou de porter à son crédit, relativement au bien ou au service est réputé être la contrepartie de la fourniture qui devient due au moment où le montant est payé à la personne ou porté à son crédit;

b) dans les autres cas, la fourniture est réputée avoir été effectuée pour une contrepartie, qui devient due au moment de la fourniture, égale à la juste valeur marchande, à ce moment, du bien ou du service acquis par la société, déterminée comme si la personne n'était pas un associé de celle-ci et n'avait avec elle aucun lien de dépendance.

(4) Présomption de fourniture au profit de l'associé – Dans le cas où une société de personnes aliène un de ses biens en faveur d'une personne du fait que celle-ci a cessé d'être son associé ou en faveur d'une personne qui, au moment où l'aliénation est arrêtée, est son associé, ou convient de le devenir, les règles suivantes s'appliquent :

a) la société est réputée avoir effectué au profit de la personne, et celle-ci, avoir reçu de la société, une fourniture du bien pour une contrepartie, devenue due au moment de l'aliénation, égale à la juste valeur marchande du bien (y compris la juste valeur marchande du droit de la personne sur le bien) immédiatement avant l'aliénation;

b) le paragraphe 172(2) ne s'applique pas à la fourniture.

(5) Responsabilité solidaire – Une société de personnes et chacun de ses associés ou anciens associés (chacun étant appelé "associé" au présent paragraphe), à l'exception d'un associé qui en est un commanditaire et non un commandité, sont solidairement responsables de ce qui suit :

a) le paiement ou le versement des montants devenus à payer ou à verser par la société en vertu de la présente partie avant ou pendant la période au cours de laquelle l'associé en est un associé ou, si l'associé était un associé de la

société au moment de la dissolution de celle-ci, après cette dissolution; toutefois :

(i) l'associé n'est tenu au paiement ou au versement des montants devenus à payer ou à verser avant la période que jusqu'à concurrence des biens et de l'argent qui sont considérés comme étant ceux de la société selon les lois pertinentes d'application générale concernant les sociétés de personnes qui sont en vigueur dans une province,

(ii) le paiement ou le versement par la société ou par un de ses associés d'un montant au titre de l'obligation réduit d'autant l'obligation;

b) les autres obligations de la société aux termes de la présente partie survenues avant ou pendant la période visée à l'alinéa a) ou, si l'associé est un associé de la société au moment de la dissolution de celle-ci, les obligations qui découlent de cette dissolution.

(6) Continuation – La société de personnes qui, sans le présent paragraphe, serait considérée comme ayant cessé d'exister est réputée, pour l'application de la présente partie, ne pas cesser d'exister tant que son inscription n'est pas annulée.

(7) Société de personnes remplaçante – Une société de personnes (appelée "société remplaçante" au présent paragraphe) est réputée être la même personne que la société de personnes qu'elle remplace (appelée "société remplacée" au présent paragraphe) et en être la continuation, sauf si elle est inscrite ou présente une demande d'inscription en vertu de l'article 240, dans le cas où les conditions suivantes sont réunies :

a) la société remplacée serait considérée, sans le présent article, comme ayant cessé d'exister à un moment donné;

b) la majorité des associés de la société remplacée qui, ensemble, détenaient, au moment donné ou immédiatement avant ce moment, plus de 50 % de la participation dans cette société deviennent les associés de la société remplaçante et en constituent plus de la moitié des associés;

c) les associés de la société remplacée qui deviennent les associés de la société remplaçante transfèrent à celle-ci la totalité, ou presque, des biens qu'ils ont reçus en règlement de leur participation au capital de la société remplacée. »

Certaines dispositions de cet article sont des miroirs d'autres règles prévues dans la *Loi sur la taxe d'accise*. Par ailleurs, comme nous le constaterons ci-après, d'autres dispositions semblent manquer à l'appel.

4.2.1. Apport des associés

Il est de l'essence d'une société de personnes qu'il y ait un apport des associés, en argent, en actifs ou en travail, de même qu'un partage des profits[38]. Dès lors, considérant que la société de personnes a une existence propre aux fins de la *Loi sur la taxe d'accise*, l'apport d'un associé en biens constitue une disposition des biens en question à un acquéreur, la société de personnes, en échange d'une participation à cette société. La participation à une société de personnes est un effet financier, au même titre qu'une action d'une société. Par conséquent, le fait de fournir des titres de participation constitue pour la société de personnes la fourniture de services financiers exonérés aux fins de la TPS et détaxés aux fins de la *Loi sur la taxe de vente du Québec*. Par contre, l'échange de biens contre des effets financiers est considéré comme étant une fourniture dont la contrepartie est réputée égale à la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») des participations acquises[39].

Lorsque des biens sont transférés à une société de personnes, les dispositions de l'article 167 L.T.A. concernant la vente d'une entreprise ou d'une partie d'entreprise peuvent s'appliquer, de même que le choix pour les transactions entre les membres déterminés d'un groupe étroitement lié. Nous référons donc le lecteur aux commentaires qui précèdent concernant ces choix, avec les adaptations requises en ce qui concerne l'utilisation d'une société de personnes. Les règles générales concernant le seuil de petit fournisseur peuvent aussi s'appliquer.

Le paragraphe 272.1(3) L.T.A. prévoit que lorsque des biens ou des services sont transférés à la société de personnes par un associé ou un futur associé, hors du cadre des activités de la société, certaines présomptions s'appliquent afin de donner une valeur réputée à la contrepartie payée par la société[40]. Ainsi, il est prévu que si la société a droit à un CTI pour TPS payée

---

38 *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, art. 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. Le contrat d'association est celui par lequel les parties conviennent de poursuivre un but commun autre que la réalisation de bénéfices pécuniaires à partager entre les membres de l'association. »

39 Art. 153 L.T.A.

40 Voir à cet effet *loc. cit.*, note 12, questions 13 et 21, où l'ARC réitère sa position selon laquelle les rémunérations à un associé qui sont en sus de sa participation aux pertes

(à suivre…)

à l'égard de ces fournitures, la contrepartie est égale au montant que la société convient de payer et elle est réputée devenir due au moment où elle est payée. Par contre, si les fournitures sont acquises par la société en dehors du cadre de ses activités commerciales, alors, la contrepartie est réputée égale à la JVM des biens ou services fournis à la société et elle est réputée devenir due au moment de la fourniture.

Lorsqu'un associé fournit des biens ou des services à la société de personnes dont il est un associé, dans le cadre des activités de la société, celui-ci est alors réputé avoir agi en vertu de l'application du paragraphe 272.1(1) L.T.A. pour et au nom de la société dans les limites de ses activités. Dans un tel cas, on ne considère pas que l'associé a effectué une fourniture et il n'a donc pas à s'inscrire en raison de ce fait; il faut néanmoins tenir compte de la fourniture à un tiers dans la déclaration de TPS de la société[41].

Il est à souligner que lorsqu'un associé, autre qu'un particulier, acquiert des biens dans le cadre des activités de la société, mais pas au nom de celle-ci, l'associé aurait exceptionnellement droit à des CTI en vertu des alinéas 272.1(2)b) et c) L.T.A.[42]

Si l'associé est un particulier qui engage des dépenses dans le cadre des activités de la société et non pour son propre compte, alors il ne pourrait s'inscrire, la *Loi sur la taxe d'accise* n'ayant pas créé de présomption selon laquelle il exerce les activités de la société. Le particulier aurait toutefois droit à un remboursement de TPS en vertu de l'article 253 L.T.A. si la société ne lui rembourse pas le montant de la dépense. Si le particulier est remboursé par la société pour des biens qu'il a acquis dans le cadre des activités de celle-ci mais pas pour son compte, alors la société a droit à un CTI en vertu des articles 175 et 272.1 L.T.A. et le remboursement de la TPS n'est pas disponible pour l'associé.

(…suite)

ou aux profits de la société constituent généralement une indication à savoir que le montant est une rémunération pour des services rendus par l'associé en son propre nom, dans le cadre de son activité et non à titre de membre de la société. L'ARC prend cette position même si les services sont prévus par la convention de société ou qu'ils sont rendus par le commandité, seul habilité à administrer les affaires d'une société en commandite.

41 Sous réserve des choix possibles afin que la taxe perçue soit remise par le mandataire en vertu de l'article 177 L.T.A.

42 Le CTI de l'associé qui n'est pas un particulier est toutefois réduit du CTI auquel la société de personnes a droit si elle a remboursé à son associé. Par. 175(1) L.T.A.

4.2.2. Dissolution de la société ou départ d'un associé

Lors de la dissolution d'une société de personnes, les biens sont normalement dévolus à chacun des associés en fonction de leur participation dans la société de personnes. Par ailleurs, il est à noter que le paragraphe 272.1(6) L.T.A. crée une présomption selon laquelle la société de personne est continuée jusqu'à ce que son numéro d'inscription soit annulé. Par ailleurs, une société remplaçante est réputée être la continuation de la société de personnes remplacée en vertu du paragraphe 272.1(7) L.T.A. si les conditions suivantes sont réunies :

- la société remplaçante n'a pas demandé un nouveau numéro d'inscription au registre de la TPS;

- la majorité des associés de la société de personnes remplacée deviennent des associés de la société de personnes remplaçante et ils constituent plus de la moitié des associés;

- ces associés transfèrent à la société remplaçante la totalité ou presque des biens qu'ils ont reçus en règlement de leur participation au capital de la société remplacée.

Bien que la société remplaçante soit réputée être la continuation de celle qui a été remplacée, la remise des biens aux associés par la société de personnes dissoute, en règlement de leur participation à celle-ci, constitue des fournitures qui ne sont pas faites « dans le cadre des activités de la société de personnes », cette dernière n'ayant plus d'activités. Par conséquent, la remise des biens aux associés, de même que leur apport dans la nouvelle société de personnes peuvent constituer des fournitures assujetties à la TPS si elles sont effectuées dans le cadre d'une activité commerciale. La remise des participations de la société aux associés constitue, quant à elle, la fourniture d'effets financiers.

À cette étape-ci, il est important de vérifier si les associés exercent une activité commerciale, ce qui leur permettrait de s'inscrire aux registres de la TPS et de la TVQ et ainsi, de récupérer la TPS et la TVQ qui peuvent devenir payables sur les biens qu'ils reçoivent en règlement de la cessation de leur participation. En ce sens, il est à remarquer la différence de structure entre l'article 272.1 L.T.A. qui s'applique aux sociétés de personnes et l'article 186 L.T.A. qui s'applique plutôt aux entreprises. En effet, l'article 186 L.T.A. a généralement pour conséquence de permettre à un actionnaire, dont la seule activité consiste en la détention d'actions d'une société qui détient la totalité ou presque de ses biens dans le cadre d'une activité

commerciale, de réputer que cette détention d'actions est elle-même faite dans le cadre d'une activité commerciale[43]. L'article 272.1 L.T.A. a sensiblement la même résultante. Par contre, alors que le paragraphe 240(3) L.T.A. a été modifié pour permettre l'inscription facultative d'une personne visée à l'article 186 L.T.A., aucune disposition ne permet l'inscription facultative d'un associé dont la seule activité consiste en sa participation dans une société de personnes, soit un service financier. Les autorités fiscales ont donc émis des politiques administratives concernant l'inscription des associés autres que des particuliers, qui n'exercent pas d'autres activités commerciales au Canada que celles qu'ils exercent à titre d'associés de la société de personnes[44].

4.2.3. Transfert d'une participation

Sous réserve des commentaires qui précèdent à l'égard de la cessation et continuation d'une société de personnes, le transfert d'une participation à une société de personnes constitue la vente d'un effet financier qui est une fourniture exonérée dans le régime de la TPS et détaxée dans le régime de la TVQ.

4.3. COENTREPRISE

Alors que la société de personnes est reconnue comme une personne aux fins de la *Loi sur la taxe d'accise*, la coentreprise n'est pas considérée en tant que telle. Chaque entrepreneur est tenu de percevoir et de remettre la TPS et la TVQ applicables sur les fournitures effectuées par la coentreprise en fonction de sa participation. De même, chacun d'entre eux a droit aux CTI/RTI en fonction de cette participation.

Le choix de l'article 273 L.T.A. permet exceptionnellement aux coentrepreneurs exerçant des activités visées par règlement, de nommer un administrateur qui sera responsable des déclarations de TPS du groupe.

---

[43] La réception d'intérêts ou de dividendes constitue normalement un service financier exonéré dans le cadre de la TPS. Voir nos commentaires concernant l'article 186 L.T.A. à la section 4.1.1.

[44] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Énoncé de politique* P-216, « Inscription d'un associé », 8 avril 1998; art. 42.7-1 « Fourniture d'un service financier » L.T.V.Q.

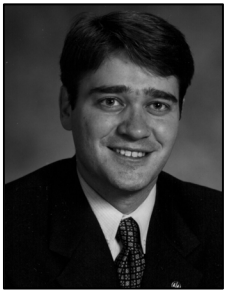
CONCLUSION

Tel qu'il est mentionné antérieurement, le présent texte ne se veut pas une analyse exhaustive des différentes problématiques qui surviennent dans un contexte de réorganisation mais plutôt un survol des règles applicables en matière de TPS et de TVQ et plus précisément des incidences liées à l'utilisation d'une entité corporative plutôt qu'une autre dans certaines situations.

Comme on peut le constater, certaines incidences et particularités font encore l'objet d'interprétation plus de 15 années après l'implantation de la *Loi sur la taxe d'accise* et de la *Loi sur la taxe de vente du Québec*. Du fait des incidences liées à la détermination de l'existence d'une activité commerciale qui permet ou non de récupérer la TPS et la TVQ, les coûts possibles de TPS et de TVQ et les pénalités et intérêts applicables ne doivent pas être sous-évalués, et ce, même dans le contexte de transactions entre inscrits.

Il demeure donc essentiel de consulter un spécialiste en taxes à la consommation dans le but de s'assurer que toutes les incidences liées aux taxes sont considérées pour permettre d'éviter des coûts imprévus lors de réorganisations.

PANEL SUR LES VÉRIFICATIONS ET APPELS EN MATIÈRE DE PRIX DE TRANSFERT



Coordonnateur
Sébastien Rheault
Associé, avocat, MBA
Barsalou Lawson s.e.n.c.

Bernard Barsalo
Conseil senior, CA
Samson Bélair/Deloitte & Touche
s.e.n.c.r.l.

Charles Thériault
Associé
PricewaterhouseCoopers s.r.l./s.e.n.c.r.l.

André Lamarche
Agence du revenu du Canada

TABLE DES MATIÈRES

1. **STRUCTURE DE L'AGENCE DU REVENU DU CANADA** 44:3

2. **PROCESSUS DE VÉRIFICATION DES PRIX DE TRANSFERT** 44:7

3. **FONCTIONNEMENT DE L'ARC** 44:12

4. **COMITÉ DE REVUE DES PRIX DE TRANSFERT** 44:14

5. **INTERPRÉTATION DE LA *LOI DE L'IMPÔT SUR LE REVENU* EN MATIÈRE DE PRIX DE TRANSFERT** 44:24

6. **QUESTIONS TECHNIQUES** 44:27

1. STRUCTURE DE L'AGENCE DU REVENU DU CANADA

Question 1

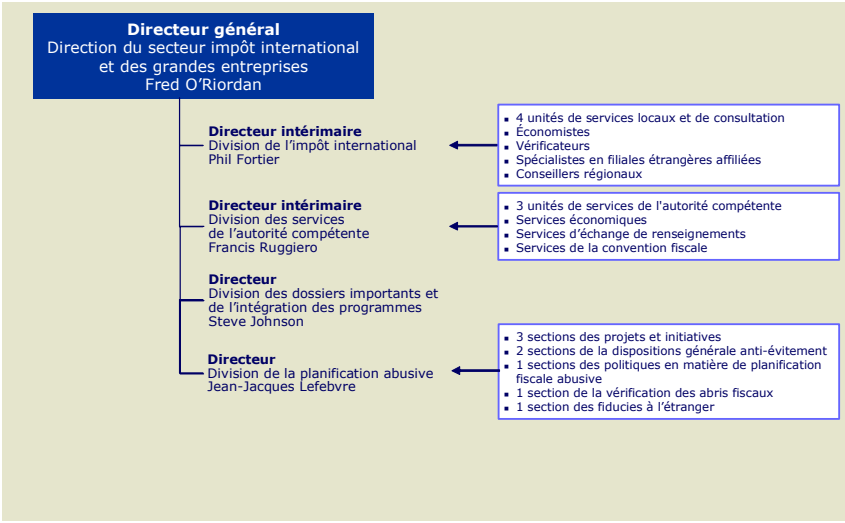
L'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») a récemment connu une réorganisation interne, entre autres, au niveau de la Direction du secteur international et des grandes entreprises. Pouvez-vous nous parler de l'impact de cette réorganisation sur les vérifications en prix de transfert? Quel est l'impact pour les PME?

Pourrait-on obtenir la structure organisationnelle concernant les prix de transfert des principaux Bureau des services fiscaux (ci-après « BSF ») du Québec et de la Division des opérations de l'impôt international (ci-après « DII ») et de l'Unité III responsable du Québec et de l'est du Canada? Qu'en est-il de la Division du service des autorités compétentes responsables du Québec?

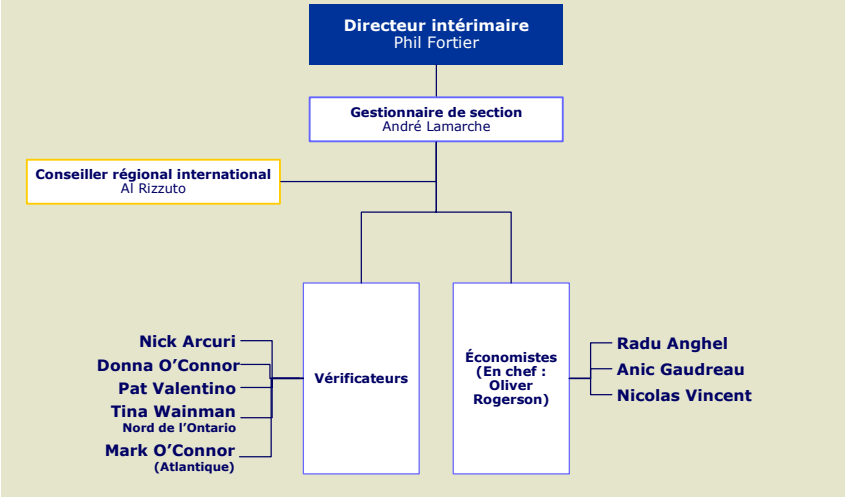
Réponse

Voir les organigrammes ci-dessous.

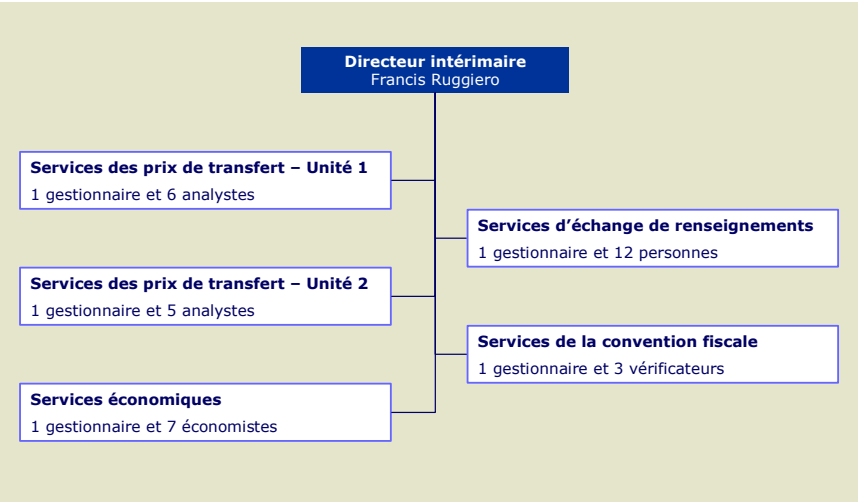
Direction de l'impôt international de l'ARC



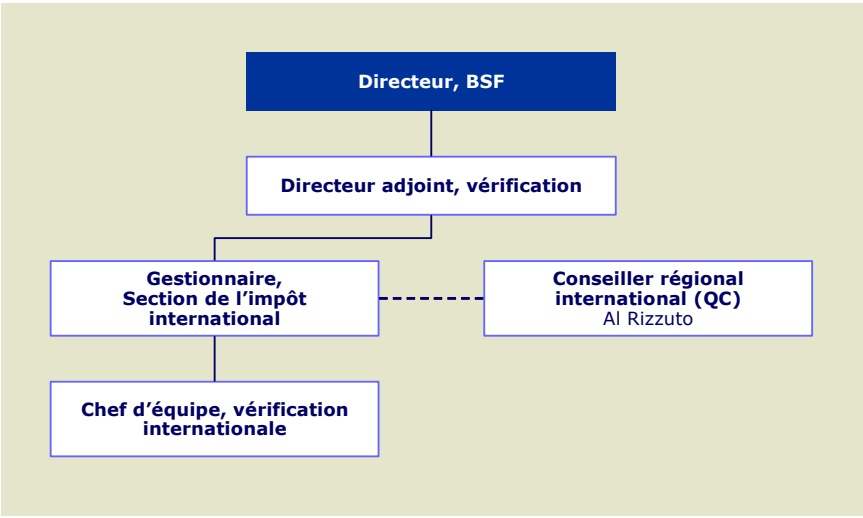
Section des services de conseils internationaux
Est du Canada



Division des services de l'autorité compétente



Bureau des services fiscaux au Québec



Question 2

L'an dernier, l'ARC a annoncé la création de 11 centres d'excellence à travers le Canada pour renforcer les programmes de vérifications internationales. Un budget de 30 M$ avait été annoncé. Pouvez-vous nous parler de l'évolution de ces centres d'excellence depuis leur création? Comment fonctionne ce programme sur le plan des échanges d'informations avec d'autres pays à l'égard de la détection de types de situations ou de contribuables à vérifier? Y a-t-il une collaboration avec les autorités fiscales d'autres pays à l'égard de la vérification de contribuables spécifiques, en prix de transfert (autres que les cas de paradis fiscaux ou de détection d'évasion fiscale)?

Réponse

Pour se replacer dans le contexte, l'ARC a alloué, dans son budget de 2005, 30 M$ annuellement pour lutter contre les planifications fiscales abusives au niveau international et particulièrement dans l'utilisation des paradis fiscaux.

La stratégie globale de l'initiative de planification fiscale internationale abusive (ci-après « PFIA ») comprend ce qui suit :

- reconnaître et comprendre les arrangements abusifs dès que possible;
- employer cette approche pour identifier d'autres contribuables ayant des arrangements semblables;
- prendre des mesures pour assurer le respect de la conformité dans les plus brefs délais;
- décourager les autres contribuables en énonçant publiquement notre position quant à ces arrangements pour empêcher d'autres abus.

Les objectifs de l'initiative de PFIA sont, entres autres :

- éduquer et informer le public;
- collaborer avec nos partenaires internationaux;
- recommander des modifications législatives et des changements aux conventions fiscales.

Comme vous l'avez mentionné dans la question, l'ARC a créé 11 centres d'expertise à travers le Canada.

Le mandat de ces centres est de renforcer et d'améliorer les programmes en matière d'évaluation de risque dans le but de faire échec à l'évitement fiscal international et à la planification fiscale internationale abusive. L'investissement annuel de 30 M$ mentionné précédemment est divisé entre diverses entités de l'ARC, notamment la Direction du secteur international et des grandes entreprises, qui comprend maintenant l'évitement fiscal et l'international, ainsi qu'avec les recouvrements, les appels, la justice et l'évaluation du risque.

Dans sa première année, les centres d'expertise de concert avec les bureaux des services fiscaux ont eu pour mission de soumettre des projets potentiels à examiner dans le cadre de cette initiative. À la suite de cet exercice, plus de 50 projets ont été retenus pour une étude en profondeur. L'un des buts éventuels est d'améliorer notre capacité à identifier les contribuables qui utilisent des stratagèmes internationaux pour éluder l'impôt canadien ainsi que ceux qui en sont les promoteurs.

Les stratagèmes d'évitement fiscal au moyen des paradis fiscaux, par exemple, sont un sujet préoccupant, non seulement pour le Canada mais aussi pour tous les pays qui participent à l'économie mondiale. Le Canada a signé à ce jour 86 conventions fiscales et la plupart possèdent une clause d'échange de renseignements. Cette clause permet d'échanger des renseignements de façon spontanée, sur demande ou automatiquement.

L'initiative de PFIA n'est pas différente de ces autres programmes qui ont trait à l'échange de renseignements avec d'autres pays. Dans certains cas, des vérifications simultanées peuvent aussi être entreprises entre le Canada et un autre pays conventionné afin de vérifier une entreprise impliquée dans une planification fiscale abusive au niveau international.

2. PROCESSUS DE VÉRIFICATION DES PRIX DE TRANSFERT

Question 1

Pouvez-vous nous expliquer l'importance que l'ARC porte à la documentation ponctuelle (études de prix de transfert) dans le cadre des vérifications de prix de transfert. Certains contribuables ont quelquefois l'impression que l'information contenue dans ces études semble être rapidement mise sur les tablettes par le vérificateur et ils se trouvent alors inondés de demandes de renseignements additionnels, ce qui engendre des

coûts supplémentaires significatifs pour eux. Que peuvent faire les contribuables pour se protéger contre des pénalités éventuelles tout en évitant une multiplication des coûts reliés à la gestion des vérifications? D'une part, est-il possible pour les contribuables de mieux anticiper le type d'approche qui sera éventuellement prise en vérification? D'autre part, y aurait-il lieu pour les vérificateurs des BSF de prendre davantage le temps de discuter avec le contribuable des fonctions, des risques et des méthodes présentés dans la documentation ponctuelle, avant de se lancer dans d'autres méthodes ou approches?

Réponse

L'ARC accorde une très grande importance à la documentation ponctuelle. D'ailleurs, la pénalité prévue au paragraphe 247(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[1] est directement liée à son absence ou à sa qualité. Ceci étant dit, tout comme n'importe quelle déclaration fiscale (T1, T2, etc.), elle n'est pas une fin en soi. Le vérificateur des prix de transfert doit pouvoir en vérifier la teneur et c'est pourquoi celui-ci demandera inévitablement des documents et explications supplémentaires. La documentation est la documentation de base que le contribuable prépare lorsqu'il établit ses prix de transfert pour toute transaction effectuée entre parties liées. Elle devrait expliquer les étapes suivies par le contribuable pour s'assurer que ses prix de transfert respectent le principe de pleine concurrence. Les vérifications des prix de transfert impliquent donc une analyse et une vérification de la documentation ponctuelle et ce ne sera qu'après avoir effectué cette analyse que le vérificateur pourrait proposer une autre méthode si celui-ci est d'avis que la méthode proposée dans la documentation ne donne pas des résultats qui respectent le principe de pleine concurrence.

Question 2

Nos clients sont bien conscients des risques et enjeux en prix de transfert. Ils préparent de la documentation et essaient tant bien que mal d'établir des prix qui respectent l'intention de la législation canadienne concernant les principes de pleine concurrence. L'établissement d'un prix de transfert adéquat est un art et en l'occurrence, à moins d'être favorable au Canada, il y a souvent un rajustement de prix de transfert lors d'une vérification fiscale.

---

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

a) Pourrait-on obtenir des statistiques distinctes quand à l'utilisation par les contribuables canadiens du nouveau système de décision anticipée en prix de transfert pour les PME?

b) À l'exception d'une décision anticipée en matière de prix de transfert pour les PME, est-ce qu'une PME peut obtenir d'un BSF une analyse des méthodes de prix de transfert et du quantum en temps réel afin de réduire le plus possible le rajustement, les impôts et intérêts qui résulteraient d'une vérification qui aura lieu cinq à sept années après la transaction?

c) Comment doit réagir une société lorsqu'un prix sur une transaction d'achat de biens d'un filiale américaine, établi au début de l'année dans l'objectif d'avoir une marge brute comparable, donne des résultats inférieurs aux prévisions? En l'occurrence, la marge brute est inférieure aux frais d'exploitation à cause d'une baisse de volume de la société distributrice. Peut-elle rétroagir et corriger son prix à partir du premier jour de l'année fiscale?

Réponse

a) Le communiqué spécial[2] donne les grandes lignes du programme et explique comment une petite entreprise peut obtenir une certaine assurance concernant ses prix de transfert sans engager des frais astronomiques. Les frais d'entrée sont de 5 000 $ et la documentation exigée se limite à l'analyse fonctionnelle. Le communiqué spécial a été émis en mars 2005 et à ce jour deux arrangements préalables en matière de prix de transfert ont été complétés et deux autres sont à l'étude par la Division de l'autorité compétente. Pour plus de renseignements, veuillez consulter la *Circulaire d'information* 94-4RSR.

b) Outre les arrangements préalables en matière de prix de transfert pour les petites entreprises, il n'y pas de possibilité d'obtenir d'un BSF une analyse des méthodes de prix de transfert et du quantum en temps réel afin de réduire le plus possible le rajustement, les impôts et intérêts qui résulteraient d'une vérification qui aura lieu cinq à sept années après la transaction.

---

[2] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 94-4RCS (Communiqué spécial), « Arrangements préalables en matière de prix de transfert pour les petites entreprises », 18 mars 2005.

c) À notre avis, si les marges réelles sont inférieures aux prévisions et qu'il y a lieu de corriger les prix de transfert, le contribuable devrait corriger les marges bénéficiaires par écriture de journal à la fin de l'exercice problématique.

Question 3

Lors d'un panel semblable tenu au Congrès 2003 de l'Association de planification fiscale et financière[3], l'ARC a indiqué qu'elle recommandait fortement aux vérificateurs d'utiliser les demandes péremptoires en vertu des articles 231.2 et 231.6 L.I.R. lorsque l'information demandée au moyen des autres méthodes n'avait pas été obtenue. Depuis ce temps, il semble que ces demandes péremptoires soient utilisées malgré la coopération du contribuable au cours de la vérification. Par exemple, il peut arriver que de telles demandes soient émises malgré le fait que le contribuable ait répondu aux demandes du vérificateur, qui sont parfois très nombreuses et complexes. De plus, ces demandes péremptoires semblent souvent formulées avec une portée beaucoup plus large que celle des demandes effectuées jusque-là par le vérificateur dans le dossier, ce qui engendre des coûts et des efforts possiblement disproportionnés du côté du contribuable. Pourquoi ces demandes péremptoires ne sont-elles pas formulées de façon aussi précise ou spécifique que ne le sont les demandes normales en cours de vérification? Y a-t-il d'autres facteurs qui motivent l'émission de telles demandes péremptoires, tels que l'importance des montants dans un projet de cotisation ou les probabilités qu'un appel soit déposé à l'encontre des cotisations, par exemple?

Réponse

L'ARC a fortement recommandé aux vérificateurs d'utiliser les demandes péremptoires pour recueillir les informations ou les documents qui n'ont pas été volontairement soumis lors de la vérification. Les vérificateurs peuvent seulement solliciter les informations ou les documents pertinents aux transactions qui sont l'objet de révision – c'est-à-dire les informations ou les documents qui sont nécessaires pour l'administration et pour l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Cette documentation est nécessaire pour déterminer si le prix de transfert d'un contribuable est en accord avec le principe de pleine concurrence ou pour vérifier si le contribuable a fait des efforts sérieux afin de déterminer et d'utiliser les prix

[3] « Panel sur les prix de transfert », dans *Congrès 2003*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2004, pp. 46:1-46.

de transfert de pleine concurrence. Pour obtenir cette information, l'ARC émettra tout d'abord une requête pour avoir accès à la documentation ponctuelle en invoquant le paragraphe 247(4) L.I.R. Pour compléter la vérification de prix de transfert, on peut avoir besoin d'une documentation supplémentaire à celle demandée par le paragraphe 247(4) L.I.R., et ce, selon les faits et les circonstances de la transaction en question. Ces documents supplémentaires devraient être demandés comme obligatoires à l'aboutissement du dossier. Si la documentation exigée pour compléter la vérification n'a pas été fournie par le contribuable en réponse aux demandes mentionnées plus haut, l'ARC peut émettre une demande péremptoire pour obtenir tout document ou toute information nécessaire. Même si le contribuable peut être coopératif pendant la vérification, si les requêtes faites par le vérificateur ne sont pas complétées, alors ce dernier se devra d'utiliser tous les moyens à sa disposition pour obtenir ces informations. Il n'existe aucun autre facteur qui pourrait justifier l'envoi d'une demande péremptoire. Lorsqu'une demande péremptoire est en préparation, nous suggérons au vérificateur de donner une description des plus détaillées de l'information ou des documents nécessaires. Lorsqu'un contribuable reçoit une demande péremptoire selon l'article 231.6 L.I.R., il a 90 jours à partir de la date de la demande pour réclamer une révision de la part d'un juge. À la suite de cette révision de la part d'un magistrat, celui-ci peut confirmer la nécessité de la demande péremptoire, la modifier ou si la demande est jugée irraisonnable, elle peut être rejetée.

Question 4

Quelle est la politique de l'ARC quant au déroulement de la vérification après l'émission de demandes péremptoires de renseignements et avant que des réponses ne soient fournies par le contribuable?

Réponse

La vérification est maintenue pour tous les points sauf ceux qui font l'objet de la demande péremptoire.

Question 5

Quelle est la politique de l'ARC quant au moment opportun pour obtenir informellement une copie du rapport de vérification internationale? L'émission d'un projet de cotisation? Lorsqu'un aspect de la vérification est complet mais que l'émission d'une nouvelle cotisation pour l'année reste en suspens à l'égard d'autres éléments de vérification, est-il possible d'obtenir

copie de la partie du dossier qui concerne le premier point sans avoir à attendre la fin du dossier?

Réponse

Le projet de cotisation du vérificateur est normalement remis au contribuable à la fin de la vérification. Par contre, à la demande du contribuable, le vérificateur pourrait lui remettre ses feuilles de travail pour tout point de vérification terminé. Certains autres types de rapports pourraient également être disponibles tels que le rapport de l'économiste et le rapport du comité de revue des prix de transfert.

3. FONCTIONNEMENT DE L'ARC

Question 1

Quel est le niveau d'interaction qui existe entre les économistes et les vérificateurs ou conseillers de la Direction du secteur international et des grandes entreprises?

Réponse

À la DII, les économistes travaillent en équipe avec un ou plusieurs vérificateurs de la Division. Leurs champs d'activités peuvent différer, mais ils sont complémentaires puisque chacun amène une expertise et une expérience différentes.

Question 2

Les BSF du Québec consultent régulièrement les économistes de la section des services de conseils internationaux (est du Canada). De concert avec le vérificateur du BSF, l'analyse des faits et la conclusion de l'économiste sont consignées dans un rapport signé par l'économiste. Comment l'ARC s'assure-t-elle que la théorie économique proposée par l'économiste soit en accord avec les dispositions pertinentes de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et de la réalité commerciale en général?

Réponse

Les économistes ne travaillent pas en vase clos. Comme nous l'avons indiqué précédemment, ils travaillent en équipe avec des vérificateurs d'expérience qui sont en mesure de les conseiller, s'il y a lieu, sur la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Question 3

Lors d'une opposition en prix de transfert, le groupe des appels se doit de rendre une décision en toute indépendance. Afin de rassurer les contribuables qui privilégient le recours au système judiciaire et étant donné que les ressources économiques sont limitées, quelles sont les procédures courantes à cet égard?

Réponse

La Direction générale des appels de l'ARC est un service distinct à l'intérieur de l'ARC et elle n'est pas impliquée dans le processus de vérification. La Direction générale a pour mandat de résoudre les différends entre les contribuables et l'ARC en effectuant une analyse indépendante des décisions prises dans le cadre de la législation administrée par l'ARC. Les avis d'opposition produits par le contribuable sont révisés par des agents des appels qui n'ont pas été impliqués auparavant dans le processus de vérification. Ces agents fournissent une analyse complète et professionnelle des faits présentés par le contribuable. Les agents des appels qui analysent les rajustements de prix de transfert sont parfaitement conscients que la confirmation d'une cotisation pourrait mener à un appel à la Cour canadienne de l'impôt. Le processus d'appel peut être coûteux tant pour le contribuable que pour la Couronne. Conséquemment, la Direction générale des appels ne confirmera une cotisation que si elle est convaincue que la cotisation a été effectuée dans le respect de la loi et des politiques de l'ARC.

Question 4

Il semble que les procédures de centralisation des oppositions et appels en prix de transfert à Ottawa ait été modifiée. Pourriez-vous nous indiquer la nouvelle procédure?

Réponse

La Direction générale des appels n'a pas modifié ses procédures à cet égard. Notre politique générale exige que tous les appels relatifs aux prix de transfert portant sur un montant significatif d'impôt fédéral soient référés à l'administration centrale. De plus, lorsqu'une cotisation a été approuvée par un service approprié de l'administration centrale, la cotisation ne peut être modifiée ou annulée par la section des appels d'un BSF qu'avec l'approbation de la Direction des appels de l'administration centrale. De cette façon, une décision d'une unité de l'administration centrale ne peut être modifiée que par une autre unité de l'administration centrale. Les dossiers

qui ont été référés à l'administration centrale à l'étape des appels seront normalement administrés par la Direction des appels de l'administration centrale lorsqu'ils sont référés à la Cour canadienne de l'impôt.

4. COMITÉ DE REVUE DES PRIX DE TRANSFERT

Question 1

Quelles sont les dernières statistiques concernant les dossiers traités par le comité de revue des prix de transfert? Pourrait-on obtenir les statistiques en perspective (il y a 24 mois, 12 mois et maintenant)? Peut-on savoir combien de pénalités ont été émises pour les contribuables qui n'avaient pas eu de documentation *versus* ceux qui avaient de la documentation mais qui n'ont pas fait d'efforts sérieux tel qu'il est requis par la législation :

- activités du Comité de revue des prix de transfert (ci-après « CRPT »);
- renvois concernant les pénalités relatives aux prix de transfert entendus;
- pénalités relatives aux prix de transfert imposées (cas automatique où le contribuable n'a pas remis de documentation à temps *versus* les autres cas);
- renvois concernant la requalification;
- requalification imposée?

Réponse

Statistiques – Comité de revue des prix de transfert

	2003-2004	2004-2005	2005-2006	2006-2007 – moitié d'année
Renvois - Pénalités	4	18	33	17
Pénalités recommandées	1	10	21	9
Renvois - Requalifications	1	8	8	9

Question 2

Pouvez-vous nous donner plusieurs exemples de situations dans lesquelles des pénalités ont été imposées? (Par exemple, le fait de ne pas se servir de comparable interne; le contribuable n'a pas préparé la documentation parce qu'il connaît ses affaires et sait fixer ses prix; la documentation du contribuable est excellente, mais il ne l'a pas suivie; etc.)

Réponse

Des exemples de situations où les contribuables risquent de se voir imposer une pénalité relative aux prix de transfert sont mentionnés au PTM-09 publié par l'ARC le 18 septembre 2006. Ils comprennent les situations suivantes :

- Aucun processus ou aucune documentation n'existe pour vérifier la sélection ou l'application de méthodes de prix de transfert.

- Il y a une certaine documentation ponctuelle, mais aucune analyse des fonctions, des actifs, des risques, des conditions du marché ou des stratégies commerciales.

- Des faits indiquent qu'il y a eu des efforts limités pour créer et mettre en œuvre un processus d'établissement de prix de transfert, mais que ce processus n'est pas suffisamment élaboré ou correctement mis en œuvre pour ce qui est de la complexité et de l'importance des questions relatives au prix de transfert.

- Le contribuable s'est fondé sur des données qui sont largement comparables, mais il n'a pas cherché à les adapter à sa situation ou il ne les a pas utilisées conjointement avec une analyse de comparabilité.

- Le contribuable a utilisé des opérations entre parties ayant un lien de dépendance comme éléments comparables.

- Le contribuable choisit immédiatement d'appliquer une méthode de prix de transfert, comme la méthode des bénéfices comparables (ci-après « MBC »), sans d'abord examiner la question de savoir si des méthodes de classement supérieures sont applicables (c'est-à-dire l'omission de suivre la hiérarchie naturelle des méthodes de prix de transfert).

- La documentation préparée par le contribuable est fondée sur des outils statistiques non appropriés (c'est-à-dire l'utilisation non appropriée de données pluriannuelles).

- Les opérations du contribuable ont été requalifiées en vertu de l'alinéa 247(2)b) L.I.R.

Question 3

Les critères de l'ARC concernant la documentation sont très contraignants pour les années récentes. Comment l'ARC voit-elle la préparation de renseignements supplémentaires après l'échéance statutaire?

Réponse

Le paragraphe 247(4) L.I.R. (documentation ponctuelle) stipule que le contribuable a l'obligation de préparer et d'obtenir les registres ou la documentation qui fournit la description la plus complète et précise quant à tous les éléments importants énumérés aux sous-alinéas 247(4)a)(i) à (vi) L.I.R. Le contribuable doit préparer ou obtenir la documentation, au plus tard à la date limite de production qui lui est applicable pour l'année d'imposition ou l'exercice, selon le cas, au cours duquel l'opération est conclue. Le contribuable doit fournir les registres ou la documentation tels qu'ils sont énumérés au paragraphe 247(4) L.I.R. à l'ARC dans les trois mois suivant la signification à personne ou par courrier recommandé ou certifié d'une demande écrite les concernant. Généralement, les contribuables produiront ou obtiendront la documentation requise au moment où la transaction est effectuée. Le contribuable peut s'apercevoir, après qu'une transaction a eu lieu mais avant la date limite de production, que le prix de transfert établi pour cette transaction ne représente pas un prix de pleine concurrence. Dans ce cas, le contribuable devrait faire les rajustements au prix de transfert avant de compléter sa déclaration de revenus et s'assurer que cette modification est adéquatement documentée.

Question 4

Pourriez-vous donner des précisions concernant la mise à jour annuelle d'une analyse fonctionnelle lorsqu'il y a peu de changements sauf la rotation du personnel en poste (par exemple, mêmes risques, mêmes produits, même marché, etc.)?

Réponse

Dans les cas où il y a très peu de changements ayant trait aux fonctions de l'entreprise, il n'y a pas lieu de produire une nouvelle analyse fonctionnelle. Pour être en mesure de faire cette détermination, l'entreprise aura quand même évalué l'ensemble des fonctions, actifs et risques des entités impliquées dans les transactions intersociétés.

Question 5

Est-ce que l'ARC est en mesure d'émettre des lignes directrices ou une liste de contrôle des éléments essentiels lors de la rédaction d'un mémoire au comité? A-t-on des commentaires concernant la notion d'effort sérieux?

Réponse

Lorsqu'un vérificateur prépare son rapport de renvoi au CRPT, celui-ci doit comprendre les informations fournies par le contribuable au cours de la vérification, ainsi qu'une analyse de cette information. Le contribuable aura l'occasion de réviser ces faits dans l'optique que ce dernier et le vérificateur s'entendent sur leur exactitude. Si les deux parties ne s'entendent pas sur les faits, le contribuable peut donner sa version des faits en soumettant des représentations séparées. Lorsqu'un contribuable prépare ses représentations quant à un renvoi pour application de la pénalité, il doit garder à l'esprit que le CRPT devra évaluer s'il a fait des efforts sérieux pour déterminer et utiliser des prix de transfert ou des attributions de pleine concurrence. Dans ce sens, les représentations du contribuable devraient comprendre une analyse démontrant que leur documentation ponctuelle a respecté les exigences des paragraphes 247(3) et 247(4) L.I.R.

Lorsque le CRPT évalue la question de savoir si un contribuable a effectué des efforts sérieux afin de déterminer et d'utiliser des prix de transfert ou des attributions de pleine concurrence, il examinera d'abord si la disposition figurant au paragraphe 247(4) L.I.R. s'applique. Le CRPT évaluera ce qui suit :

1) Si les documents obtenus ou préparés contiennent une description complète et exacte quant à tous les éléments importants énumérés au paragraphe 247(4) L.I.R.;

2) Si les documents ont été préparés ou obtenus au plus tard à la date limite de production applicable;

3) Si les documents ont été transmis à l'intérieur du délai de trois mois à partir de la signification de la demande écrite.

Lorsque le CRPT examine la détermination générale des efforts sérieux, un certain nombre de différents facteurs seront pris en considération, y compris, sans y être limités :

- l'observation *versus* l'exactitude;
- les efforts déployés;
- le fardeau administratif.

Observation *versus* exactitude

- La pénalité met l'accent sur les efforts déployés par un contribuable afin de déterminer et d'utiliser un prix de pleine concurrence, et non pas sur la précision ultime des prix de transfert.
- Une pénalité ne sera pas imposée si des efforts sérieux afin de déterminer et d'utiliser un résultat de pleine concurrence ont été déployés, mais on a par la suite établi que le résultat de pleine concurrence approprié était différent de celui indiqué dans la déclaration du contribuable. Cependant, cela entraînera un redressement du prix de transfert.
- Un contribuable devrait s'efforcer de déterminer le prix de transfert aux fins de l'impôt conformément au principe de pleine concurrence, selon des renseignements raisonnablement disponibles au moment de la détermination.
- En général, l'ARC est d'avis que la réalisation d'efforts sérieux oblige le contribuable à envisager d'appliquer une méthode de prix de transfert conformément à la hiérarchie naturelle des méthodes recommandées mentionnées dans la *Circulaire d'information* 87-2R[4]. Le contribuable devrait expliquer le choix de la méthode donnée appliquée.

[4] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 87-2R, « Prix de transfert international », 27 septembre 1999.

- L'un des facteurs pris en considération dans la détermination de la question de savoir si un contribuable a raisonnablement choisi et appliqué une méthode précise consiste à se demander s'il a fait une recherche raisonnable de données. Il peut être raisonnable pour un contribuable de consacrer relativement moins d'efforts à la recherche de renseignements comparables détaillés appuyant des petites opérations contrôlées plutôt que des opérations importantes. L'expression « petites opérations contrôlées » peut être mesurée relativement à la taille de l'entreprise. Cependant, le niveau d'effort d'observation doit également être évalué en fonction de la taille absolue des opérations contrôlées, de sorte qu'il serait raisonnable pour les contribuables de consacrer proportionnellement plus d'efforts à la recherche d'éléments comparables pour des opérations contrôlées importantes, peu importe leur importance relative dans l'entreprise du contribuable.

- Lorsqu'il existe des différences entre la situation du contribuable et celle des entités participant à des opérations semblables, il peut être difficile de déterminer les redressements nécessaires afin d'éliminer l'effet de ces différences sur les prix de transfert. Les contribuables devraient s'efforcer de déterminer et d'effectuer tout redressement requis pour tenir compte de ces différences. Dans les situations où d'importantes bases de données de sociétés publiques sont utilisées afin de trouver des entités comparables, lorsque la réalisation de redressements pour des différences est très difficile, les contribuables devraient s'efforcer de choisir et d'appliquer des écrans à toute la base de données afin de trouver des entités dont les principales caractéristiques économiques sont semblables à celles des contribuables puis se demander si d'autres redressements sont requis.

Efforts déployés

- L'utilisation d'une documentation adéquate constitue la façon la plus appropriée pour les contribuables de démontrer à l'ARC qu'ils ont effectué des efforts sérieux pour se conformer au principe de pleine concurrence. Cependant, le manque d'uniformité dans les méthodes, les données et les déclarations de fait peuvent miner la fiabilité de la documentation.

- La *Circulaire d'information* 87-2R explique que la documentation prévue devrait comprendre ce qui suit :

    - la structure organisationnelle et la description de l'entreprise;

- la méthode de prix de transfert utilisée, y compris une explication quant à savoir pourquoi la méthode choisie est plus appropriée que d'autres méthodes de rang hiérarchique supérieur;

- la prévision des avantages anticipés en ce qui a trait à l'évaluation d'un bien incorporel;

- l'étendue de la recherche et les critères utilisés pour sélectionner des comparables;

- l'analyse des facteurs permettant de déterminer la comparabilité, y compris un examen des différences et les efforts faits pour effectuer des ajustements;

- les hypothèses, stratégies et principes éventuels ayant influé sur la détermination des prix de transfert de biens corporels, de biens incorporels et de services.

- La liste des documents énumérés au paragraphe 247(4) L.I.R. ne se veut pas une liste exhaustive des documents nécessaires pour justifier qu'un contribuable a effectué des efforts sérieux afin de déterminer et d'utiliser des prix de transfert ou des attributions de pleine concurrence. Le paragraphe 247(4) L.I.R. fournit un cadre de base pour la documentation; cependant, de la documentation supplémentaire peut être requise afin de permettre la détermination générale des efforts sérieux.

- Le contribuable devrait tenir une documentation suffisante afin d'établir qu'il a raisonnablement conclu que, compte tenu des données disponibles et des méthodes de prix applicables, la méthode, et l'application de la méthode, offrent un résultat de pleine concurrence.

- On n'imposera généralement pas de pénalités aux contribuables qui ont effectué des efforts sérieux de bonne foi pour établir le prix et les modalités de leurs opérations avec des parties liées conformément au principe de pleine concurrence. En particulier, une pénalité relative aux prix de transfert ne serait probablement pas imposée à un contribuable qui a omis de tenir compte de données auxquelles il n'avait pas accès ou qui a omis d'appliquer une méthode de prix de transfert qui aurait nécessité des données qui n'étaient pas disponibles lorsque l'accès aux données ou leur disponibilité échappait au contrôle du contribuable.

- Le contribuable doit expliquer toutes les étapes suivies afin d'assurer l'observation du principe de pleine concurrence.

Fardeau administratif

- Au moment de préparer la documentation, le contribuable devrait tenter d'évaluer l'importance des opérations relativement à son entreprise en fonction des coûts administratifs supplémentaires requis afin de préparer ou d'obtenir cette documentation. L'obligation de trouver des opérations comparables pour appliquer le principe de pleine concurrence n'est pas absolue. Le coût et la probabilité que l'on trouve des éléments comparables relativement à l'importance des opérations du contribuable devraient être pris en considération.

- Les contribuables ne sont pas tenus d'aller au-delà de ce qui est raisonnable en ce qui concerne la documentation. Ce qui est raisonnable est déterminé selon ce qu'un homme ou une femme d'affaires ferait dans la situation du contribuable, eu égard à la complexité et à l'importance des questions relatives au prix de transfert qui ont été soulevées dans le cas du contribuable.

Exemples

Voici des exemples de situations où les contribuables risquent de se voir imposer une pénalité relative aux prix de transfert :

- Aucun processus ou aucune documentation n'existe pour vérifier la sélection ou l'application de méthodes de prix de transfert.

- Il y a une certaine documentation ponctuelle, mais aucune analyse des fonctions, des actifs, des risques, des conditions du marché ou des stratégies commerciales.

- Des faits indiquent qu'il y a eu des efforts limités pour créer et mettre en œuvre un processus d'établissement de prix de transfert, mais que ce processus n'est pas suffisamment élaboré ou correctement mis en œuvre pour ce qui est de la complexité et de l'importance des questions relatives au prix de transfert.

- Le contribuable s'est fondé sur des données qui sont largement comparables, mais il n'a pas cherché à les adapter à sa situation ou il ne les a pas utilisées conjointement avec une analyse de comparabilité.

- Le contribuable a utilisé des opérations entre parties ayant un lien de dépendance comme éléments comparables.

- Le contribuable choisit immédiatement d'appliquer une méthode de prix de transfert, comme la MBC, sans d'abord examiner la question de savoir si des méthodes de classement supérieures sont applicables (c'est-à-dire l'omission de suivre la hiérarchie naturelle des méthodes de prix de transfert).

- La documentation préparée par le contribuable est fondée sur des outils statistiques non appropriés (c'est-à-dire l'utilisation non appropriée de données pluriannuelles).

- Les opérations du contribuable ont été requalifiées en vertu de l'alinéa 247(2)b) L.I.R.

Un exemple d'une situation où les contribuables ont moins de risque de se voir imposer une pénalité relative aux prix de transfert est le suivant :

- Le contribuable a entrepris une analyse minutieuse des prix de pleine concurrence (et une surveillance future appropriée) à l'aide de données disponibles provenant d'éléments comparables non contrôlés, en ce qui concerne la comparabilité, y compris une analyse des fonctions, des actifs, des risques, des conditions du marché ou des stratégies commerciales, et cette analyse est appuyée par une documentation ponctuelle.

Question 6

Le mémorandum décrivant la procédure indique que le contribuable peut soumettre son mémoire et que le BSF soumet son renvoi. Comme il est important que le contribuable sache quelles sont les opérations et les faits sur lesquels le vérificateur porte son attention au cours de l'examen :

a) est-il possible pour le contribuable d'obtenir le renvoi du BSF avant de soumettre son mémoire?

b) à quel moment peut-on obtenir le rapport (T20) de l'agent du BSF? Pourrait-on l'obtenir avant la rédaction d'un mémoire d'efforts sérieux ou de requalification au comité?

c) est-ce que le contribuable doit soumettre toute la documentation appuyant l'effort raisonnable ou est-ce le rôle du BSF?

Réponse

Comme il a été mentionné dans la réponse à la question 5 de la section 4. du présent texte relativement à la rédaction d'un mémoire au comité, lorsqu'un vérificateur d'un BSF prépare un rapport de renvoi au CRPT, le rapport devrait contenir toute l'information fournie par le contribuable lors de la vérification, et une analyse de l'information fournie. Le contribuable doit avoir la chance de réviser la portion factuelle du renvoi pour s'entendre sur les faits. Le vérificateur doit également s'assurer que le contribuable est bien au courant de la transaction qui est l'objet de révision. Le contribuable pourra, tel qu'il est expliqué à la question précédente, faire valoir ses arguments par écrit au CRPT quant à sa version des faits et/ou comment des efforts sérieux ont été déployés. Habituellement, tous les rapports qui sont reliés à une vérification devraient être accessibles par le contribuable lorsque la vérification sera terminée.

Question 7

Quel est le contenu du renvoi et les raisons émises au Directeur du BSF en réponse à la décision du comité? Peut-on obtenir une copie de cette réponse et des raisons écrites même lorsque la réponse est favorable au contribuable?

Réponse

La réponse du comité comprendra généralement la décision du comité ainsi qu'une brève description des raisons justifiant cette décision. Cette réponse est normalement remise au contribuable par le vérificateur responsable du dossier.

Question 8

Pourriez-vous décrire les faiblesses et les forces des documentations ponctuelles soumises à l'ARC? Est-ce que l'ARC prévoit émettre de nouvelles lignes directrices à cet égard?

Réponse

Les faiblesses les plus fréquemment rencontrées se situent sur les plans suivants :

- une analyse fonctionnelle trop sommaire qui force le vérificateur à devoir en reconstruire une, au lieu de seulement vérifier celle soumise par le contribuable;

- un manque d'évaluation du niveau de comparabilité entre la situation du contribuable et les comparables sélectionnés;

- un manque en ce qui concerne la description de l'analyse ayant donné lieu à la sélection de la méthode de prix de transfert choisie et explication du pourquoi elle est plus appropriée que les méthodes de rang hiérarchique supérieur.

5. INTERPRÉTATION DE LA *LOI DE L'IMPÔT SUR LE REVENU* EN MATIÈRE DE PRIX DE TRANSFERT

Question 1

Dans quels cas l'ARC considère-t-elle qu'il soit nécessaire d'avoir recours à la requalification en vertu de l'alinéa 247(2)b) L.I.R., par opposition à une cotisation en vertu de l'alinéa 247(2)a) L.I.R.? Est-ce la position de l'ARC que l'alinéa 247(2)a) L.I.R. traite du **quantum** du montant en cause et non de sa **nature**, cette dernière étant plutôt couverte par l'alinéa 247(2)b) L.I.R.?

Réponse

Dans le cadre de l'alinéa 247(2)a) L.I.R., l'ARC applique les modalités qui auraient été conclues entre personnes sans liens de dépendance. Cette disposition permet d'établir le prix de transfert selon les fonctions exercées, les actifs utilisés et les risques assumés par chacune des parties à une transaction ou série. Pour ce qui est de l'alinéa 247(2)b) L.I.R., l'ARC applique l'opération ou la série d'opérations telle qu'elle aurait été conclue entre personnes sans liens de dépendance et en fonction des modalités qui auraient été conclues entre ces personnes. Pour l'application de l'alinéa 247(2)b) L.I.R., l'ARC doit être convaincu que l'opération ou la série n'aurait pas été conclue entre personnes sans liens de dépendance et il doit aussi être raisonnable de considérer que la transaction (ou série) n'ait pas été principalement conclue pour des objets véritables, autre que l'obtention d'un avantage fiscal.

Question 2

Pouvez-vous nous donner des exemples de situations dans lesquelles l'ARC a procédé à la requalification de transactions selon l'alinéa 247(2)b) L.I.R.?

Réponse

Aucun cas n'a été approuvé en troisième lecture au comité de revue des prix de transfert (octobre 2006).

Question 3

La *Circulaire d'information* 71-17R5 indique que l'autorité compétente du Canada n'entame normalement pas de négociations au sujet de cas pour lesquels la cotisation ou nouvelle cotisation repose sur l'article 245 L.I.R. « ou sur d'autres articles anti-évitement particuliers de la *Loi*[5] ». On y ajoute que cela signifie généralement que l'autorité compétente du Canada prend en considération les demandes d'aide présentées dans de tels cas, mais que si elle accepte la demande, elle se contentera d'envoyer le cas à l'autorité compétente de l'autre pays afin que cette dernière décide, à sa discrétion, de l'allégement à accorder. Nous savons que l'ARC accepte de négocier au sujet de rajustements de prix de transfert en vertu de l'alinéa 247(2)a) L.I.R. Est-ce que l'ARC acceptera aussi de négocier au sujet des rajustements qui impliquent une requalification en vertu de l'alinéa 247(2)b) L.I.R.?

Réponse

Une cotisation émise à la suite d'une requalification d'une transaction en vertu de l'alinéa 247(2)b) L.I.R. est semblable à un dossier relié à une cotisation en vertu de l'article 245 L.I.R. Conséquemment, l'autorité compétente du Canada prend en considération les demandes d'aide qui lui sont acheminées, mais elle se contentera d'envoyer l'information à l'autorité compétente étrangère afin que cette dernière, à sa discrétion, détermine le montant d'allégement qu'elle accordera.

---

[5] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 71-17R5, « Directive sur l'aide donnée par l'autorité compétente en vertu des conventions fiscales du Canada », 1er février 2005, par. 27.

Question 4

Afin d'informer ses agents et les contribuables, l'ARC met de temps à autre à leur disposition des communiqués en matière de prix de transfert sur son site Web, en plus de la circulaire d'information. Quels sont les principaux communiqués présentement en préparation et quand peut-on s'attendre à ce qu'ils soient rendus publics?

Réponse

Le prochain communiqué (ou note de service sur les prix de transfert) qui sera mis en ligne aura pour titre : « Efforts sérieux en vertu de l'article 247 de la Loi de l'impôt sur le revenu ». Il devrait être disponible sur le site Web au début du mois d'octobre 2006. On peut également noter qu'une circulaire d'information en matière de prix de transfert sur l'impôt du revenu et les estimations douanières sera également disponible sur le site Web au début du mois du mois d'octobre 2006.

Question 5

Il existe présentement dans les BSF une grande activité concernant les incitatifs gouvernementaux. Le questionnement au niveau de l'ARC concerne la façon de traiter les incitatifs gouvernementaux dans l'application de certaines méthodes de détermination des prix. La seule position de l'ARC décrite dans la circulaire d'information concerne la possibilité de réduire la base de coût lorsqu'un incitatif est encaissé directement par les parties à une entente de participation aux coûts. Le questionnement des BSF concerne les incitatifs gérés par nos systèmes fiscaux, soit les crédits d'impôt. L'ARC remet en question la plupart des contrats de service (recherche scientifique, service de design, centre de développement des technologies de l'information (CDTI), etc.) où le contribuable canadien facture sur la base de prix de revient majoré. L'ARC met en doute la réduction des coûts par tous les crédits d'impôt du Québec sans oublier le crédit d'impôt fédéral à la recherche scientifique. De plus, l'ARC est imprécise d'un BSF à l'autre quant à la façon de calculer la base de la majoration. Finalement, l'ARC est imprécise quant à la détermination du taux de majoration.

Pouvez-vous expliquer les éléments et les enjeux de cette question? Si l'ARC a déjà statué sur sa position dans certains cas, pourriez-vous expliquer la position prise et les conséquences? A-t-on étudié quelques-uns des crédits d'impôt du Québec? Quand pouvons-nous nous attendre à une position plus formelle de la part de l'ARC?

Réponse

L'ARC est d'avis que le traitement des incitatifs gouvernementaux à des fins fiscales est totalement indépendant de la méthode choisie pour déterminer des prix de pleine concurrence. Par exemple, dans l'application d'une méthodologie du type coût majoré, les coûts de base aux fins de calcul du prix de transfert ne doivent pas être réduits par les incitatifs gouvernementaux. La majoration doit être déterminée à la suite d'une analyse fonctionnelle complète des parties liées à la transaction ainsi qu'à une analyse de comparabilité des comparables utilisés (en tenant compte des actifs utilisés et des risques assumés). La majoration sera par la suite appliquée sur une base de coût appropriée de la partie ciblée choisie, et ce, avant de considérer l'impact fiscal des incitatifs gouvernementaux sur les résultats financiers de la partie ciblée.

6. QUESTIONS TECHNIQUES

Question 1

Dans le cadre des vérifications de prix de transfert, pour les questions techniques et d'interprétation, l'agent du BSF consulte informellement ou de façon écrite un vérificateur ou un économiste de la DII.

a) Prenons l'exemple où l'économiste rejette certains comparables et propose les siens. Quand peut-on obtenir les conclusions de l'agent et de la Division?

b) Lorsque la décision est de ne pas faire de rajustement, peut-on obtenir les rapports complets des analyses?

Réponse

a) Les conclusions de l'économiste et/ou de l'analyste de la DII qui répond à un renvoi d'un vérificateur de BSF seraient normalement disponibles pour le contribuable au moment où le vérificateur présente son projet de cotisation.

b) Dans les cas où l'économiste propose qu'aucun changement ne soit effectué, il n'émet pas nécessairement un rapport économique et il communique les résultats de son analyse de façon informelle en discutant de la situation avec le vérificateur. Dans ce sens, aucun document formel et écrit ne serait vraiment disponible pour être remis au contribuable.

Question 2

Est-ce qu'une filiale d'une société étrangère ayant par exemple un chiffre d'affaires de moins de 10 M$ serait traitée comme une PME dans le cadre d'une vérification fiscale? Quelles sont les attentes de l'ARC à l'endroit des PME en matière de documentation et de vérification concernant les PME?

Réponse

Une entreprise canadienne ayant un chiffre d'affaires de moins de 10 M$ est normalement considérée dans la catégorie des petites et moyennes entreprises.

Les exigences relatives à la documentation ponctuelle mentionnées au paragraphe 247(4) L.I.R. s'appliquent également à une PME. Par contre, tel qu'il a été mentionné dans la réponse à la question de la section 4. du présent texte, au moment de préparer la documentation, le contribuable devrait tenter d'évaluer l'importance des opérations relativement à son entreprise en fonction des coûts administratifs supplémentaires requis afin de préparer ou d'obtenir cette documentation. L'obligation de trouver des opérations comparables pour appliquer le principe de pleine concurrence n'est pas absolue. Le coût et la probabilité que l'on trouve des éléments comparables relativement à l'importance des opérations du contribuable devraient être pris en considération. Les contribuables ne sont pas tenus d'aller au-delà de ce qui est raisonnable en ce qui concerne la documentation. Ce qui est raisonnable est déterminé selon ce qu'un homme ou une femme d'affaires ferait dans la situation du contribuable, eu égard à la complexité et à l'importance des questions relatives au prix de transfert qui ont été soulevées dans le cas du contribuable.

Question 3

L'ARC a publié dans le passé ses commentaires quant à son interprétation sur l'utilisation des données d'années multiples. À des fins de précision, est-ce que l'ARC accepte la comparaison des données de l'année courante de l'entité testée à des données de comparables basées sur une moyenne de plusieurs années (trois, cinq ou selon le cycle de l'industrie)?

Réponse

Non. L'ARC a toujours comme position de ne pas accepter la comparaison de données financières d'une année courante à des données de comparables basées sur une moyenne de plusieurs années.

PARTICULARITÉS FISCALES LORS DE LA PRÉSENCE D'UN NON-RÉSIDENT COMME ACTIONNAIRE D'UNE SOCIÉTÉ

Daniel Guérard
CA, CPA, LL.M. fisc.
Harel Drouin – PKF

TEXTE NON DISPONIBLE

L'ACCOMMODATION ET LES SOUS-TRAITANTS DÉLINQUANTS

Paul Ryan
Associé, avocat
Ravinsky Ryan s.e.n.c. Avocats

TABLE DES MATIÈRES

1. **RÈGLES DE BASE** 46:3

2. **JURISPRUDENCE** 46:4

3. **FACTURES D'ACCOMMODATION** 46:6

4. **SECTEURS À RISQUE** 46:6

5. **PROBLÈMES COURANTS LIÉS À L'ACCOMMODATION** 46:7

6. **APPROCHE DE REVENU QUÉBEC** 46:7

7. **OBSERVATIONS RELATIVEMENT À L'APPROCHE DE VÉRIFICATION DE REVENU QUÉBEC** 46:12

8. **JURISPRUDENCE EN MATIÈRE D'ACCOMMODATION** 46:16

9. **VIGILANCE REQUISE EN MATIÈRE DE VÉRIFICATION DES ÉTATS FINANCIERS** 46:20

10. RÈGLEMENT DES DOSSIERS D'ACCOMMODATION 46:22

ANNEXE I 46:24

ANNEXE II 46:30

1. RÈGLES DE BASE

En vertu du paragraphe 169(1) de la *Loi sur la taxe d'accise*[1] et de l'article 199 de la *Loi sur la taxe de vente du Québec*[2], une personne qui reçoit la fourniture d'un bien ou d'un service dans le cadre de son entreprise et qui paye la taxe sur les produits et services (ci-après « TPS ») et la taxe de vente du Québec (ci-après « TVQ ») à l'égard de la fourniture de ce bien ou service bénéficie d'un crédit de taxe sur les intrants (ci-après « CTI ») et d'un remboursement de taxe sur les intrants (ci-après « RTI »).

Pour avoir droit au CTI ou RTI, la personne doit toutefois traiter avec une personne inscrite en matière de TPS et TVQ et remplir les exigences documentaires prévues au paragraphe 169(4) L.T.A. et à l'article 201 L.T.V.Q. ainsi qu'aux règlements[3] adoptés en vertu de ces dispositions, ce qui inclut généralement l'obtention d'une pièce justificative décrivant la fourniture de biens ou de services effectuée, montrant les taxes payées et désignant clairement la personne qui a effectué la fourniture et ses numéros d'inscription. Les dispositions applicables exigent aussi que les renseignements requis aient été obtenus avant de produire une déclaration dans laquelle les CTI et les RTI sont réclamés, bien qu'il soit possible, à certaines conditions, de remédier ultérieurement à l'absence de certains renseignements[4].

---

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

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

3 *Règlement sur les renseignements nécessaires à une demande de crédit de taxe sur les intrants* (TPS/TVH), DORS/91-45 et les articles 201R1 201R5 du *Règlement sur la taxe de vente du Québec*, R.R.Q. 1981, c. T-0.1, r.1 et mod.

4 Voir, notamment, le paragraphe 223(2) L.T.A. (art. 426 L.T.V.Q.), qui prévoit qu'un fournisseur doit, à la demande de l'acquéreur, lui fournir les renseignements requis par la loi, et l'alinéa 225(3)a) L.T.A. (430.1 L.T.V.Q.), qui permet à un acquéreur de réclamer de nouveau un CTI (RTI) s'il ne satisfaisait pas aux exigences documentaires du paragraphe 169(4) L.T.A. (201 L.T.V.Q.) avant de produire la déclaration où il a initialement réclamé le CTI. Voir également *Hayworth Equipment Sales (1983) Ltd.* c. *La Reine* (C.C.I. n° 95-4095 (G.S.T.) G, février 1998, j. Beaubier (ci-après « *Hayworth* »)), où le tribunal indique que l'appelant, qui a fourni au ministre des pièces justificatives additionnelles dans le cadre de l'opposition, peut réclamer les CTI en lien avec ces nouvelles pièces justificatives dans le cadre d'une déclaration de taxe subséquente.

2. JURISPRUDENCE

Les dispositions touchant les CTI et les RTI, ainsi que les exigences documentaires s'y rapportant, ont fait l'objet d'une jurisprudence abondante au cours des années.

Cette jurisprudence a souvent mis en cause des personnes qui, tout en agissant de bonne foi, n'avaient pas obtenu ou n'avaient pas à leur disposition au moment de la vérification de leur dossier par les autorités fiscales l'ensemble des renseignements requis, ou encore des personnes qui avaient obtenu, du fournisseur de biens ou de services, des renseignements en apparence adéquats, mais qui étaient en réalité faux ou trompeurs, comme, par exemple, l'utilisation par le fournisseur de biens ou de services de numéros de taxe inexistants ou « empruntés » à d'autres contribuables à leur insu.

Deux tendances se dégagent de cette jurisprudence. Une première[5], majoritaire, applique avec rigueur les exigences documentaires contenues dans la *Loi sur la taxe d'accise* et dans la *Loi sur la taxe de vente du Québec*, ainsi que dans les règlements adoptés en vertu de ces lois, pour conclure que l'absence ou la fausseté de certains des renseignements requis a pour effet d'invalider la demande de CTI et de RTI et d'entraîner son refus.

L'autre tendance[6], plus minoritaire, donne la « chance au coureur », c'est-à-dire au mandataire de bonne foi, en indiquant que son rôle se limite à

---

[5] Voir notamment *Helsi Construction Management Inc.* c. *La Reine*, C.C.I. n° 97-266 (G.S.T.) I, mars 2001, j. Bowman, renversée par [2002] G.T.C. 1195 (C.A.F.) sur d'autres motifs (ci-après « *Helsi* »); *Alexander Nix Group Inc.* c. *La Reine*, C.C.I. n° 2001-3361 (G.S.T.) I, août 2002, j. McArthur (ci-après « *Alexander Nix Group* »); *Design Build Ltd.* c. *La Reine*, C.C.I. n° 95-3766 (G.S.T.) I, 23 septembre 1996, j. Hamlyn, confirmée par [1998] G.T.C. 6012 (C.A.F.) (ci-après « *Design Build* »); *Société de commerce Acadex Inc.* c. *La Reine*, C.C.I. n° 2002-804 (G.S.T.) I, février 2003, j. Lamarre-Proulx (ci-après « *Société de commerce Acadex* »). Voir également le tableau « Demande de CTI/RTI refusée » en annexe I.

[6] Voir notamment *Centre de la Cité Pointe-Claire* c. *La Reine*, C.C.I. n° 2000-2281 (G.S.T) I, octobre 2001, j. Lamarre-Proulx (ci-après « *Centre de la Cité Pointe-Claire* »). À noter qu'en vertu de l'article 18.28 de la *Loi sur la Cour canadienne de l'impôt*, L.R.C. (1985), c. T-2, les jugements rendus par cette cour sur les appels selon la procédure informelle ne constituent pas en principe des précédents jurisprudentiels. Toutefois, en pratique, il n'est pas inhabituel de se référer à ces jugements, comme l'indique l'extrait suivant du jugement rendu par le juge Bowman, maintenant juge en chef de la Cour canadienne de l'impôt, dans l'affaire *Mourtzis* c. *La Reine*, 94 D.T.C. 1362 (C.C.I.) :

(à suivre…)

obtenir les renseignements prescrits et qu'on ne peut lui demander par surcroît d'agir à titre de « policier », pour vérifier en détail l'ensemble des informations qui lui sont fournies.

C'est dans ce contexte, par exemple, que le CTI a été accordé dans l'affaire *Centre de la Cité Pointe-Claire*, même si le numéro de taxe donné par le fournisseur du service n'était plus valide, ayant été révoqué bien avant la fourniture.

Il faut toutefois remarquer que plusieurs des décisions issues de cette deuxième tendance, lorsqu'elles portaient sur la fourniture d'un faux numéro de taxe, s'appuient en grande partie sur le fait que, à l'époque, il était impossible de vérifier la validité d'un numéro de taxe auprès des autorités fiscales. Depuis ce temps, aussi bien au fédéral qu'au provincial, des sites web ont été mis en place, qui permettent facilement la vérification des numéros de taxe en vigueur, de telle sorte qu'il est probable que même les juges de la deuxième tendance se montreront beaucoup plus sévères lorsqu'il est question de la validité d'un numéro de taxe fourni, qui aurait facilement pu être vérifiée.

Il faut toutefois espérer que ces mêmes juges tiendront compte d'un niveau raisonnable de diligence de la part des mandataires, puisqu'il est évidemment impossible en pratique pour une entreprise de vérifier quotidiennement la validité des numéros de taxes de l'ensemble de ses fournisseurs.

(…suite)

> « I regard that section [18.28 de la Loi sur la Cour canadienne de l'Impôt] as being of very limited application. I am prepared to accept it insofar as it means nothing more than this: If I do not choose to follow the decision of one of my brethren in an informal procedure, I am not bound by the strict rules of stare decisis. If that section is interpreted to mean that counsel is not entitled to refer to informal procedure cases or that I am not permitted to cite them of follow them if I choose to do so, then I regard that as a most unreasonable interpretation of the Act and, indeed, I would regard it as an unwarranted attempt by Parliament to interfere with my judicial independence of the bar in this country to refer to such authorities if they see fit to refer to them. After all, the decisions of the House of Lords are not binding on me. »

Voir également le tableau « Demande de CTI/RTI accordée » en annexe II.

3. FACTURES D'ACCOMMODATION

L'objet du présent texte n'est pas de revenir de manière détaillée sur cette abondante jurisprudence, mais plutôt de traiter du phénomène de l'accommodation, qui semble s'être manifesté particulièrement au Québec, où il survit avec une vigueur étonnante, malgré les efforts déployés par les autorités fiscales pour y faire obstacle.

Toutefois, comme nous le verrons plus loin, les efforts ainsi déployés par les autorités fiscales débordent parfois le cadre strict de l'accommodation et tentent d'imputer à un mandataire qui a obtenu une fourniture de biens ou de services de la part d'un sous-traitant les fautes ultérieurement commises par ce sous-traitant à l'endroit des autorités fiscales, sans qu'il y ait nécessairement eu collusion entre le mandataire et le sous-traitant.

En général, il y a facture d'accommodation (ou de complaisance, selon le vocable maintenant privilégié par Revenu Québec) lorsqu'un sous-traitant émet une facture à un mandataire décrivant la fourniture de biens ou de services alors que, en réalité, les biens ou les services décrits dans la facture ne sont pas fournis, à la connaissance de toutes les parties concernées.

Au contraire, dans la plupart des cas, le chèque du mandataire en paiement de la facture est rapidement encaissé par le sous-traitant, souvent dans des comptoirs d'encaissement de chèques, et une partie importante du montant ainsi encaissé est remise au mandataire à diverses fins, qui peuvent aller du paiement de main-d'œuvre au noir à l'appropriation de fonds pure et simple par des actionnaires du mandataire.

Il n'est pas rare, dans de tels cas, que le sous-traitant conserve une commission d'environ 10 % pour ses services, qui sont en réalité des services strictement d'échange d'argent, et qu'il conserve également les TPS et TVQ perçues, sans les remettre aux autorités fiscales, réalisant ainsi un profit substantiel de près de 25 % dans le cadre de l'opération.

4. SECTEURS À RISQUE

Les secteurs à risque en matière d'accommodation sont souvent les secteurs où la main-d'œuvre est rare ou coûteuse et les secteurs où le travail au noir prolifère de manière notoire. On peut notamment penser aux secteurs suivants :

a) la construction (main-d'œuvre très coûteuse et extrêmement réglementée);

b) le vêtement (main-d'œuvre très coûteuse en usine, mais main-d'œuvre à domicile à très bon marché);

c) l'agriculture et le secteur alimentaire (main-d'œuvre peu rémunérée et difficile à trouver);

d) la récupération et le recyclage des métaux (prolifération de petits revendeurs);

e) la vente d'automobiles (problématique concernant principalement les Amérindiens et les exemptions fiscales dont ils bénéficient).

5. PROBLÈMES COURANTS LIÉS À L'ACCOMMODATION

Plusieurs problèmes se présentent aujourd'hui, lorsqu'il s'agit de déterminer si l'on est en présence ou non d'accommodation, incluant notamment les problèmes suivants :

a) plusieurs entreprises, particulièrement dans le domaine de la fourniture de main-d'œuvre, peuvent fonctionner avec peu de moyens et une structure administrative minimale, comme, par exemple, l'accès à un téléphone et à un bassin de personnel disposé à fournir des services à leur clientèle;

b) dans ces circonstances, les entreprises fournissant de véritables services peuvent facilement être assimilées à des accommodateurs, lorsqu'elles prennent la voie d'évitement et qu'elles font le choix, à l'insu de leurs clients, de ne pas remettre au gouvernement les taxes qu'elles perçoivent;

c) même dans le secteur de la construction, les accommodateurs purs et durs se font de plus en plus rares et ont été remplacés par des entreprises qui fournissent en partie de véritables services à certains de leurs clients, mais qui fournissent aussi à ces mêmes clients ou à d'autres des factures d'accommodation;

d) il devient donc difficile, dans un tel contexte, de départager les clients qui ont reçu de véritables services de ceux qui se sont fait remettre des factures d'accommodation.

6. APPROCHE DE REVENU QUÉBEC

Tout en ayant la responsabilité de contrecarrer l'accommodation pour assurer l'intégrité du système fiscal, Revenu Québec doit donc faire preuve

de prudence avant de conclure qu'un mandataire s'est fait accommoder, puisque les conséquences de telles allégations peuvent être très sérieuses pour le mandataire :

a) l'émission de cotisations substantielles en matière de TPS et de TVQ, pour refuser les CTI et les RTI réclamés, entraîne l'obligation pour le mandataire d'effectuer un paiement immédiat, nonobstant les avis d'opposition qu'il pourrait déposer;

b) selon les cas, des cotisations peuvent aussi être émises en matière d'impôt sur le revenu corporatif et personnel, pour refuser les dépenses réclamées et imputer des appropriations de fonds aux actionnaires[7];

c) même si le paiement de ces cotisations peut généralement être suspendu pendant l'opposition et l'appel, il s'agit tout de même d'obligations qui doivent être divulguées aux banquiers et aux tiers, ce qui est susceptible d'entraver la bonne marche de l'entreprise du mandataire;

d) finalement, dans les cas où les sommes en jeu sont importantes, il est possible que le dossier soit renvoyé aux enquêtes spéciales et qu'il soit procédé à une perquisition, ce qui peut aussi avoir des conséquences néfastes, d'autant plus que Revenu Québec n'hésite pas à informer les médias de l'identité des contribuables perquisitionnés dès l'exécution de la perquisition, même s'ils n'ont pas subi de procès à ce moment, permettant de déterminer s'il y a culpabilité ou non.

L'approche de vérification communiquée au public par Revenu Québec à l'égard de ce phénomène est décrite dans le *Bulletin d'interprétation* TVQ. 201-1/R1[8].

Il importe de reproduire au long les paragraphes 8 à 12 de ce bulletin (section intitulée « Fausse facturation »), de même que les paragraphes 13 à 16 et l'annexe à ce bulletin (section intitulée « Évaluation de la bonne foi d'un inscrit ») :

---

7 Voir notamment *Coupe de vêtements Zurek Inc.* c. *La Reine*, C.C.I. nº 1999-1967 (IT) G, mars 2004, j. Archambault.

8 REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* TVQ. 201-1/R1, « Remboursement de la taxe sur les intrants – Renseignements insuffisants – Fausse facturation – Exigences documentaires en matière de remboursement de la taxe sur les intrants », 31 janvier 2005 (ci-après « *Bulletin d'interprétation* TVQ. 201-1/R1 »).

« **Fausse facturation**

8. Depuis quelques années, on assiste, dans certains secteurs d'activités économiques, à des stratagèmes auxquels ont recours des sous-traitants en vue, essentiellement, de faire croire qu'ils agissent à titre de fournisseurs ou d'intermédiaires dans le cadre des transactions intervenues avec un inscrit. Il en résulte généralement que les pièces justificatives émises contiennent des renseignements qui ne sont pas exacts ou qui ne représentent par les véritables transactions intervenues entre les parties. Par ailleurs, les montants qui sont facturés par les sous-traitants au titre de la taxe sont demandés à titre de RTI par les inscrits. Ces stratagèmes peuvent être réalisés de diverses façons, par exemple, par une facturation émise par une société, fictive ou non, qui n'agit ni à titre de fournisseur, ni à titre d'intermédiaire, dans le cadre de la réalisation de la fourniture. L'inscrit paie alors cette société, laquelle verse un montant d'argent à la personne ayant réalisé la fourniture de biens ou services. La TVQ payée par l'inscrit n'est pas versée au Ministère dans le cadre de ces transactions.

9. Une facture émise par un sous-traitant ne sera pas considérée comme fausse du seul fait que le sous-traitant n'a pas réalisé lui-même la fourniture, dans la mesure où ce sous-traitant se qualifie comme un intermédiaire, dans le cadre de la transaction. Dans ce contexte, le sous-traitant devra être en mesure de démontrer au Ministère qu'il a agi comme intermédiaire dans le cadre de la transaction, à défaut de quoi, la facture émise par le sous-traitant sera considérée comme une fausse facture.

10. La position du Ministère est de refuser le RTI à l'inscrit qui produit une fausse facture au soutien de sa demande. Toutefois, lorsque l'inscrit est un tiers au stratagème à l'origine de la fausse facture et qu'il a agi de bonne foi dans le cadre de la transaction, le RTI lui sera accordé si toutes les exigences légales et réglementaires sont par ailleurs rencontrées. Il est à noter à cet égard que la bonne foi d'un inscrit se présume toujours.

11. Le Ministère analysera si un inscrit a agi de bonne foi dans le cadre d'une transaction en se référant au comportement d'une personne raisonnable agissant selon les exigences d'une conduite acceptable dans notre société. Plus particulièrement, un inscrit ne sera pas considéré être de bonne foi si, à la lumière des faits et des circonstances, il peut être démontré qu'il ne pouvait, en personne raisonnable, diligente et avisée dans son domaine d'activité, entretenir la croyance légitime que les renseignements contenus dans les pièces justificatives qu'il détient sont exacts et représentent les véritables transactions intervenues entre les parties pour la réalisation de la fourniture des biens ou des services.

12. Un inscrit qui avait connaissance du stratagème à l'origine de la fausse facture ne sera pas considéré être de bonne foi. Par ailleurs, l'inscrit qui a participé au stratagème à l'origine de la fausse facture ne peut être considéré un tiers à celui-ci, de sorte que le Ministère n'a pas à évaluer si cet inscrit a agi de bonne foi dans le cadre de la transaction. Dans l'une ou l'autre de ces situations, le RTI sera refusé.

Évaluation de la bonne foi d'un inscrit

13. Le Ministère met régulièrement en place des mécanismes de contrôle pour contrer l'évasion fiscale. Dans cette optique, le Ministère désire faire connaître aux inscrits quelques éléments factuels qui pourraient indiquer l'existence d'un stratagème, le tout, afin de permettre à ceux-ci de mieux identifier les sous-traitants susceptibles d'émettre des fausses factures. Ces éléments factuels, qui sont reproduits en annexe, n'ont pas pour objet d'imposer à l'inscrit un devoir de vérification plus exigeant que celui qu'il doit réaliser dans le cours normal de ses affaires, mais bien de l'inviter à exercer une vigilance accrue lorsqu'il constate la présence d'un ou de plusieurs de ces éléments, selon les circonstances. Les éléments factuels mentionnés en annexe pourront également servir à évaluer si l'inscrit ayant demandé un RTI sur la base d'une fausse facture a agi de bonne foi dans le cadre de la transaction.

14. Dans l'éventualité où un ou plusieurs des éléments factuels mentionnés à l'annexe était présent, cela devrait inciter tout inscrit agissant en personne raisonnable, diligente et avisée à mettre en doute l'exactitude des renseignements consignés sur la facture. Dans ce contexte, l'inscrit, sur qui repose l'obligation d'obtenir une preuve suffisante pour demander un RTI, devrait obtenir des informations additionnelles et les conserver à son dossier afin de les rendre disponibles au Ministère dans le cadre d'une éventuelle vérification, le tout, de façon à ce qu'un inscrit agissant en personne raisonnable, diligente et avisée dans son domaine d'activité, puisse conclure que les renseignements qui sont consignés sur la facture sont exacts et représentent les véritables transactions intervenues entre les parties. À défaut de ce faire, l'inscrit sera considéré ne pas avoir agi de bonne foi dans le cadre de la transaction et le Ministère refusera le RTI demandé sur la base de la fausse facture produite dans ce contexte.

15. Les éléments factuels mentionnés à l'annexe doivent être analysés à la lumière de l'ensemble des circonstances propres à chaque situation. La valeur probante et le degré de pertinence de chacun de ceux-ci peuvent varier selon les circonstances. Par ailleurs, d'autres éléments factuels pourraient également être considérés, selon le cas.

16. L'établissement de l'absence de bonne foi de l'inscrit demeure une question d'appréciation des faits propres à chaque cas particulier qui relève, en cas de mésentente entre l'inscrit et le Ministère, de l'autorité judiciaire.

ANNEXE

(Voir les paragraphes 13 et suivants du bulletin)

1. Le fait que l'inscrit ne connaisse pas le sous-traitant. Les éléments suivants seront considérés aux fins de l'évaluation de ce facteur :

   1° le fait que l'on ne retrouve pas dans le dossier de l'inscrit le nom, l'adresse et le numéro de téléphone d'une personne-ressource chez le

sous-traitant avec laquelle l'inscrit peut entrer en communication en ce qui a trait à l'octroi ou à l'exécution des contrats;

2° le fait que le dossier de l'inscrit n'indique pas le numéro de téléphone du sous-traitant ou encore l'adresse où il fait affaire (laquelle peut représenter l'adresse de sa résidence dans la mesure où il y fait affaire);

3° le fait que le dossier de l'inscrit ne démontre pas qu'il a vérifié l'existence, l'exactitude et la validité du numéro d'inscription du sous-traitant, de même que la concordance de ce numéro avec le nom apparaissant sur la facture émise par ce dernier.

2. Le fait que le stratagème créé par le sous-traitant est d'application courante et bénéficie d'une certaine notoriété dans l'industrie ou encore, que l'inscrit ait été avisé de l'existence d'un tel stratagème par le Ministère.

3. Le fait que l'inscrit se soit déjà fait refuser des RTI parce que la facture produite au soutien de sa demande de RTI était fausse et qu'il continue à faire affaire avec celui qui a obtenu ou émis la fausse facture le tout, sans exercer une vigilance accrue, compte tenu de ce contexte.

4. La proportion du chiffre d'affaires de l'inscrit avec des sous-traitants qui émettent des factures pour lesquelles le Ministère a déjà refusé des RTI en raison du fait que ces factures sont fausses.

5. Les relations d'affaires de l'inscrit avec le sous-traitant en comparaison avec les relations d'affaires de l'inscrit avec ses autres fournisseurs. Les éléments suivants seront considérés aux fins de l'évaluation de ce facteur :

1° le fait que le dossier de l'inscrit démontre que la manière et l'endroit où s'effectue le contrôle de la qualité des services facturés par le sous-traitant diffèrent de la pratique établie à ces égards dans l'industrie. Par exemple, le fait que le sous-traitant ne soit aucunement impliqué dans le contrôle de la qualité du travail réalisé alors qu'un tel contrôle est en principe effectué dans l'industrie;

2° le fait que le dossier de l'inscrit démontre que la façon dont s'effectuent la livraison des matériaux à assembler, la facturation et le paiement des services facturés par le sous-traitant diffère de la pratique établie à ces égards dans l'industrie. Par exemple :

a) en ce qui concerne la livraison des matériaux à assembler, le fait que les matériaux soient confiés au sous-traitant sans garantie ou entente contractuelle quant aux matériaux ainsi confiés ou encore, sans information quant à la personne qui exécutera les travaux;

b) en ce qui concerne la facturation :

i. le fait que le nom du sous-traitant indiqué sur la facture ne corresponde pas au nom de la personne mentionnée sur le bon de commande, la feuille de coupe ou tout autre document contractuel émis ou conclu pour les services qui sont à l'origine de la facture;

ii. le fait que le sous-traitant émette des factures comportant des informations incomplètes quant à la nature du service rendu;

iii. le fait que plusieurs sous-traitants émettent des factures dont la séquence numérique est pourtant continue;

c) en ce qui concerne le paiement effectué au sous-traitant :

i. le fait que les paiements soient faits à des tiers plutôt qu'au sous-traitant identifié sur les factures;

ii. le fait que les chèques soient encaissés par le sous-traitant auprès d'un bureau de change ou d'une entreprise d'encaissement de chèques, dans la mesure où l'endossement le révèle;

d) le fait que le dossier de l'inscrit démontre que la durée des relations d'affaires avec le sous-traitant est inférieure à celles établies dans l'industrie pour réaliser des services de même nature que ceux qui ont été facturés par le sous-traitant.

6. Le comportement fiscal antérieur de l'inscrit avec le Ministère (antécédents)[9]. »

7. OBSERVATIONS RELATIVEMENT À L'APPROCHE DE VÉRIFICATION DE REVENU QUÉBEC

Les observations qui suivent s'imposent à la lecture de ce texte :

a) beaucoup d'importance est accordée, dans l'approche annoncée par Revenu Québec, à la « bonne foi » de l'inscrit, à titre de test pour déterminer s'il aura droit ou non à son RTI;

b) à première vue, comme il est question de « fausse facturation », la nécessité d'un test de « bonne foi » n'apparaît pas évidente : en effet, dans la mesure où le mandataire a participé à un stratagème de fausse facturation en se faisant émettre des factures contenant des informations

[9] *Id.*, par. 8 à 16 et annexe.

fausses ou trompeuses, on peut difficilement parler de « bonne foi », puisqu'il est manifeste qu'il y a « mauvaise foi »;

c) ainsi, plutôt que de parler de « bonne foi » ou de « mauvaise foi », pourquoi ne pas se contenter de déterminer, sur la base de tous les faits du dossier, en agissant purement objectivement, s'il y a ou non « fausse facturation »?

De plus, bien que le *Bulletin d'interprétation* TVQ. 201-1/R1 de Revenu Québec indique que la vérification se fera principalement sous l'angle du mandataire qui réclame les CTI et les RTI et de sa « bonne foi », **l'approche prise par Revenu Québec en matière de vérification est plus souvent axée sur le sous-traitant que sur le mandataire qui a retenu ses services**.

En effet, lorsque Revenu Québec se présente chez un mandataire pour remettre en question les factures de certains sous-traitants, il n'est pas rare que Revenu Québec ait déjà, au préalable, enquêté ou vérifié les sous-traitants en question et d'autres mandataires avec qui ils ont fait des affaires, de telle sorte que Revenu Québec dispose à ce moment d'informations au sujet des sous-traitants concernés, qui lui laissent croire qu'il est possible que ces sous-traitants n'aient pas rendu les services ou fourni les biens pour lesquels ils établissaient les factures.

Dans un tel contexte, **la position de Revenu Québec dans la plupart de ces dossiers est souvent de prétendre qu'il y a automatiquement accommodation, en raison du fait que le sous-traitant n'avait pas la capacité de production nécessaire pour vendre les biens et rendre les services facturés**, de telle sorte que Revenu Québec présume qu'il y a accommodation, sans même avoir à se questionner sur la « bonne foi » ou non du mandataire qui a retenu les services de ce sous-traitant.

L'extrait suivant de la récente décision rendue par la juge Lucie Lamarre-Proulx de la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *Sport Collection Paris Inc.* c. *La Reine*[10], dont il sera question plus loin de manière plus détaillée, résume bien la position prise de manière constante par Revenu Québec dans ces dossiers :

> « [2] Le Ministre a refusé les CTI au motif que la taxe sur laquelle l'appelante réclame ces CTI a été versée à des sous-traitants qui, selon le Ministre,

[10] C.C.I. n° 2005-2982 (G.S.T.) G, juillet 2006, j. Lamarre-Proulx (ci-après « *Sport Collection Paris* »).

> émettaient des factures d'accommodation puisque, soit ces sous-traitants n'avaient pas la capacité de production nécessaire pour rendre les services requis, soit, ils n'agissaient pas à titre d'intermédiaires. […][11]. »

Cette approche amène Revenu Québec à considérer qu'il y a fausse facturation et à refuser les CTI et les RTI en cause, même quand Revenu Québec admet, à la lumière de la preuve qui lui a été fournie, que les services ont probablement été rendus, tout en étant par ailleurs persuadé que ces services ont probablement été rendus par une autre entité que celle qui a émis la facture, compte tenu de l'absence de capacité de production affligeant l'émetteur de la facture.

Cette approche de Revenu Québec fait fi des deux réalités suivantes :

a) dans certains secteurs, comme la fourniture de main-d'œuvre, tel qu'il a été mentionné plus haut, des moyens de production extrêmement minimes (c'est-à-dire un téléphone et une liste de travailleurs) sont requis pour pouvoir rendre des services importants;

b) lorsqu'un sous-traitant contracte pour rendre des services, à moins qu'il ne soit précisé autrement dans le contrat, rien dans le droit applicable n'exige qu'il rende les services lui-même et rien ne lui interdit de sous-traiter lui-même l'ouvrage à d'autres[12] (sans qu'il soit nécessaire, comme l'exige Revenu Québec dans le paragraphe 9 de son *Bulletin d'interprétation* TVQ. 201-1/R1, que le premier sous-traitant ait agi à titre d' « intermédiaire » pour le second au moment où ses services ont été retenus).

Cette approche restrictive de Revenu Québec a déjà été refusée par deux décisions des tribunaux, soit les affaires *Joseph Ribkoff Inc.* c. *La Reine*[13] et *Sport Collection Paris.*

---

[11] *Id.*, par. 2.

[12] Voir, notamment, l'article 2101 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »), qui se lit comme suit :

> « À moins que le contrat n'ait été conclu en considération de ses qualités personnelles ou que cela ne soit incompatible avec la nature même du contrat, l'entrepreneur ou le prestataire de services peut s'adjoindre un tiers pour l'exécuter; il conserve néanmoins la direction et la responsabilité de l'exécution. »

[13] C.C.I. n° 2001-3451 (G.S.T.) G, juin 2003, j. Lamarre-Proulx (ci-après « *Ribkoff* »).

Dans l'affaire *Ribkoff*, la juge Lamarre-Proulx de la Cour canadienne de l'impôt s'exprime comme suit :

> « [87] Il est bien connu et cela a été admis par les témoins de l'intimée que la personne qui contracte n'a pas à exécuter le service elle-même à moins d'une clause spécifique à ce sujet. Elle peut donner en sous-traitance tout ou partie du contrat[14]. »

Les commentaires de la juge Lamarre-Proulx de la Cour canadienne de l'impôt sont au même effet dans l'affaire *Sport Collection Paris* :

> « [17] Ici, l'appelante a démontré que les sous-contractants remplissaient les commandes puisque les produits finis étaient approuvés et livrés chez l'appelante. Des employées de l'appelante se rendaient sur les lieux de l'entreprise des sous-contractants pour vérifier et contrôler la finition des produits. Le contre-interrogatoire de la part de l'intimée n'a pas mis en doute ces faits. Rien n'indique qu'en sous-contractant, l'appelante exigeait que le sous-contractant exécute lui-même le travail. Une entreprise à son compte a tout le loisir de sous-contracter à nouveau si son contrat avec l'appelante ne l'en empêche pas. L'intimée n'a pas contredit ces points[15]. » (Notre soulignement)

À la lumière de ces décisions et du *Code civil du Québec*, il faut espérer que Revenu Québec envisagera prochainement de réviser sa position de refuser automatiquement les CTI et RTI au motif que le sous-traitant avec qui le mandataire a contracté n'avait pas la capacité de production requise pour rendre lui-même les services qui font l'objet de la facture.

Même si ce facteur ne semble pas encore avoir été relevé par les tribunaux de manière explicite, cet argument de Revenu Québec souffre aussi d'une deuxième carence sérieuse : en effet, si le sous-traitant n'avait aucune capacité de production ni aucune structure administrative pour fournir des services de la nature de ceux pour lesquels il fait prétendument des affaires, comment justifier que Revenu Québec ait accepté de l'inscrire au régime de la TPS et de la TVQ et de maintenir cette inscription pendant une certaine période, alors même que le sous-traitant était probablement en défaut envers Revenu Québec depuis le moment même de son inscription?

Il ne faut pas oublier, en matière de TPS et de TVQ, que les contribuables sont les mandataires de Revenu Québec, qui agit à titre de mandant.

---

14 *Id.*, par. 87.

15 *Sport Collection Paris*, précité, note 10, par. 17.

Ainsi, dans sa capacité de mandant, dans la mesure où Revenu Québec a fait l'erreur d'inscrire et de maintenir l'inscription d'entreprises qui n'ont pas, au dire même de Revenu Québec, la capacité de production et la structure administrative requises pour exercer des activités, n'est-ce pas Revenu Québec, à titre de mandant, plutôt que les personnes qui ont contracté avec ces entreprises, à titre de mandataires de Revenu Québec, qui devrait subir les conséquences économiques de cette erreur[16]?

C'est certainement vers cette conclusion que tend l'extrait qui suit de la décision de la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *Ribkoff* :

> « [100] L'appelante a payé la taxe sur les service au mandataire de Sa Majesté. Il s'agissait de sociétés valides. C'est leur comportement qui n'était pas valide. Je suis d'avis que ce n'est pas à elle à supporter le fardeau économique de la tromperie organisée par les mandataires de Sa Majesté, en me fondant sur la décision de cette cour dans Manke (supra) qui elle-même se rapporte à d'autres décisions et à la décision que j'ai rendue dans Centre de la Cité Pointe Claire c. La Reine, [2001] A.C.I. n° 674 (Q.L.) décision à laquelle m'a référée l'avocat de l'appelante[17]. »

8. JURISPRUDENCE EN MATIÈRE D'ACCOMMODATION

À peine quelques décisions[18] ont été rendues dans le cadre de la plus récente campagne de Revenu Québec dans le secteur de l'accommodation et de la complaisance.

---

16 Voir notamment l'article 2160 C.c.Q., qui se lit comme suit : « Le mandant est tenu envers le tiers pour les actes accomplis par le mandataire dans l'exécution et les limites du mandat, sauf si, par la convention ou les usages, le mandataire est seul tenu. Il est aussi tenu des actes qui excédaient les limites du mandat et qu'il a ratifiés. » Voir également l'article 2163 C.c.Q. auquel fait référence la juge Lamarre-Proulx dans l'affaire *Centre de la Cité Pointe-Claire*, précité, note 6.

17 *Ribkoff,* précité, note 13, par. 100. En se référant à l'affaire *Manke* c. *La Reine*, 98 D.T.C. 1969 (C.C.I.) (ci-après « *Manke* »), la juge Lamarre-Proulx assimile la situation d'un mandataire qui a payé des taxes à un autre mandataire à la situation d'un employé qui a fait l'objet de retenues à la source (ci-après « RAS »), dans lequel cas il est clairement reconnu par la jurisprudence, incluant cette affaire *Manke*, que l'employé a droit de se faire créditer les RAS qui ont été faites sur son salaire, même si le mandataire-employeur omet par la suite de remettre ces RAS aux autorités fiscales.

18 *Ribkoff*, précité, note 13; *Sport Collection Paris*, précité, note 10; *Gypse et joints MGP Rive-Nord inc.* c. *SMRQ*, D.F.Q.E. 2006-33 (C.Q.) (ci-après « *Gypse et joints MGP* »); *Les Constructions L.J.P. et Équipements S.P.M. Inc.* c. *La Reine*, C.C.I. n° 2003-1220 (G.S.T.) I, août 2005, j. Lamarre-Proulx (ci-après « *Constructions L.J.P. et autres* »)

(à suivre…)

Jusqu'à maintenant, ces décisions semblent plutôt se préoccuper du fait que les services ont été rendus ou non et du fait que, par conséquent, les factures reflètent la réalité ou non, plutôt que de s'attarder sur la capacité de production du sous-traitant ou sur le rôle de « policier » que Revenu Québec voudrait imputer aux mandataires qui retiennent les services de sous-traitants.

Ainsi, dans les trois décisions[19] où le tribunal a conclu que les services ont véritablement été rendus, peu importe que ce soit par le sous-traitant lui-même ou par d'autres, les CTI et les RTI ont été accordés, malgré la présence de certains indices qui auraient pu, tout au moins selon Revenu Québec, inciter le mandataire à faire preuve de plus de vigilance.

Par exemple, dans l'affaire *Ribkoff*, deux facteurs sur lesquels Revenu Québec insistait étaient le fait que certains sous-traitants avec qui Ribkoff faisait des affaires changeaient fréquemment de compagnie et le fait que ces compagnies avaient pour pratique d'encaisser leurs chèques dans des centres d'encaissement de chèques.

Étant donné que la Cour s'est déclarée satisfaite du fait que les services ont véritablement été rendus, elle a facilement accepté de ne pas tenir compte de ces facteurs et de croire aux explications qui avaient été fournies à Ribkoff par les sous-traitants, selon lesquels les changements de compagnies fréquents étaient attribuables à des changements survenus chez les associés concernés dans la structure juridique des sous-traitants.

Par contre, dans les deux décisions[20] où le tribunal a conclu qu'il était peu probable que les services facturés aient véritablement été rendus, ces mêmes facteurs, combinés à d'autres, ont incité le tribunal à en arriver à cette conclusion.

Par exemple, dans l'affaire *Gypse et joints MGP*, le juge Gilson Lachance a conclu, non sans une certaine difficulté, qu'il était plus probable que les services n'avaient pas été rendus, en se fondant principalement sur les quatre motifs suivants :

(…suite)
et *Les Fermes Jacques Vaes inc.* c. *La Reine*, C.C.I. n° 2005-3904 (G.S.T.) I, 26 septembre 2006, j. Archambault (ci-après « *Fermes Jacques Vaes* »).

19 *Ribkoff*, précité, note 13; *Sport Collection Paris*, précité, note 10; *Fermes Jacques Vaes*, *id*.

20 *Gypse et joints MGP*, précité, note 18; *Constructions L.J.P. et autres*, précité, note 18.

a) deux témoignages contradictoires ont été rendus par le représentant du sous-traitant à l'égard d'une retenue de 10 % sur la facture et une troisième version différente a été offerte par le représentant de l'entrepreneur (il s'agissait probablement de la fameuse commission de 10 % normalement perçue en matière d'accommodation);

b) le principal dirigeant des sous-traitants concernés avait plaidé coupable, avant le procès, à l'infraction d'avoir participé à l'énonciation de déclarations fausses ou trompeuses dans des factures faites à divers clients, incluant le mandataire en cause dans ce dossier, Gypse et joints MGP Rive-Nord inc.;

c) les chèques étaient encaissés dans des comptoirs d'encaissement de chèques;

d) les factures étaient confectionnées par le mandataire et non par le sous-traitant (selon l'auteur Sherman[21], ce facteur n'est pas nécessairement fatal à lui seul, puisqu'il est fréquent, dans certaines industries, que les factures soient faites par l'entrepreneur plutôt que par le sous-traitant qui lui fournit des services).

Un autre facteur qui a amené le tribunal à conclure à la fausseté des factures dans ce dossier est que Revenu Québec a allégué, preuve et calculs à l'appui, que les factures émises par le sous-traitant avaient en réalité pour objet de générer des fonds en argent comptant pour payer un dirigeant de Gypse et joints MGP Rive-Nord inc., lequel était justement le représentant qui prétendait être chargé de vérifier la qualité des travaux effectués par les sous-traitants!

De sérieux problèmes de crédibilité ont aussi nui aux contribuables dans l'affaire *Constructions L.J.P. et autres.*

En effet, dans ce dossier, les mandataires L.J.P. et S.P.M. étaient des entreprises de construction évoluant sur des chantiers majeurs dans la région de Montréal, qui prétendaient avoir retenu les services des quatre sous-traitants en cause pour principalement préfabriquer en atelier des composantes importantes des projets de construction auxquels L.J.P. et S.P.M. participaient, comme, par exemple, des colonnes, des contremarches, des abaques, des chapiteaux, des barricades et des poutres.

---

[21] Commentaires de David SHERMAN, par. 169(4) L.T.A., *Taxnet.pro* (en ligne), Scarborough, Ont., Carswell.

Dans ce contexte précis, et dans le contexte où il n'a pas été allégué dans ce dossier que les travaux ont été effectués par d'autres, la question de la capacité de production des sous-traitants est devenue pertinente, puisque le principal représentant des sous-traitants qui a témoigné prétendait avoir réalisé la préfabrication de ces pièces imposantes dans le garage double de la résidence de sa sœur, après avoir engagé à cet effet trois menuisiers qu'il payait comptant et dont il avait oublié le nom!

De plus, alors que L.J.P. et S.P.M. tenaient une comptabilité par projet, les factures des quatre sous-traitants concernés ne figuraient pas dans cette comptabilité par projet, malgré le fait que plusieurs d'entre elles faisaient référence à des projets spécifiques.

C'est dans ce contexte particulier que la juge Lamarre-Proulx a conclu comme suit:

> « [19] En effet, la preuve révèle que les appelantes travaillaient sur des chantiers de construction institutionnels de grande envergure à Montréal. Leur chiffre d'affaires a crû de façon fulgurante depuis 1999. Il est difficile de concevoir que des commandes aient été faites à des sous-contractants, sans bons de commande, sans spécifications précises quant au prix unitaire, aux dimensions, au choix de matériaux exigés dans la fabrication des travaux demandés. Il est également difficile de croire que sur des chantiers où la sécurité du public est mise en cause, un entrepreneur prenne le risque de faire affaire avec des gens qui travaillent dans le garage d'une résidence personnelle, sans garantie aucune sur la qualité des produits demandés, ou sans vérification un peu plus approfondie de l'existence réelle des sous-contractants avec qui il transige. Car la preuve a bien démontré qu'aucun des quatre fournisseurs en question n'avait de place d'affaires; aucun d'eux n'avait de structure opérationnelle. Il serait très étonnant, à mon avis, que les appelantes mettent leur réputation et leur responsabilité en jeu en sous-contractant avec des gens œuvrant avec des installations de fortune, comme cela semble être le cas de monsieur Bond.
>
> [20] Ces invraisemblances, combinées aux factures laconiques mises en preuve et toutes conçues sur le même modèle peu importe le fournisseur, combinées au fait que les chèques remis par les appelantes à ces fournisseurs perdaient toute trace après avoir été encaissés dans des centres d'encaissement de chèques, au fait que les appelantes ne comptabilisaient pas ces chèques au coût de ces projets, au fait que les témoignages tant de monsieur Côté que de monsieur Bond n'étaient pas très précis et plutôt nébuleux quant à la façon d'octroyer une commande, sans trop de vérification et sans trop de précision quant à la livraison ou la réception et l'acceptation des travaux, quant à l'invraisemblance pour monsieur Bond de sa capacité à remplir les commandes requises (telle la préfabrication de 100 barricades de 10' × 3'6" dans un garage résidentiel, pour ne donner qu'un exemple), me font grandement douter de la véracité de ces factures.

> [21] Compte tenu de ces éléments plutôt accablants pour les appelantes, je suis d'accord avec l'avocat de l'intimée qui soutient que les appelantes auraient eu besoin d'un supplément de preuve plus substantiel pour contrer l'allégation du Ministre que ces fournisseurs n'ont pas en réalité fourni de fournitures ou de services aux appelantes. Je considère dans les circonstances que les factures fournies, les chèques et les inscriptions au grand livre, de même que les témoignages de monsieur Côté et de monsieur Bond, ne sont pas suffisants pour démolir les présomptions du Ministre[22]. »

Encore une fois, ce n'est donc pas en ce qui a trait à la bonne foi ou non du mandataire par rapport à des services véritablement rendus que s'est livré le débat, mais plutôt en ce qui concerne l'existence ou non des services décrits dans les factures du sous-traitant, ce qui apparaît être la manière appropriée de traiter ces dossiers.

9. VIGILANCE REQUISE EN MATIÈRE DE VÉRIFICATION DES ÉTATS FINANCIERS

Même dans la mesure où l'approche de Revenu Québec peut être remise en question à certains égards, cette approche est néanmoins connue du public et les entreprises qui font des affaires avec des sous-traitants n'ayant pas de moyens de production et ayant des structures administratives faibles ou inexistantes sont exposées à être éventuellement cotisées par Revenu Québec, particulièrement si l'entreprise est exploitée dans des secteurs à risque comme la construction.

Il est donc permis de se demander jusqu'à quel point les vérificateurs de telles entreprises pourraient encourir leur responsabilité, en ne tenant pas compte de cette réalité en dressant les états financiers d'entreprises évoluant dans de tels secteurs, d'autant plus que certaines « traces » sont relativement faciles à déceler, comme, par exemple, les suivantes :

a) l'encaissement de chèques par le sous-traitant dans des centres d'encaissement;

b) un cycle de paiement différent des autres pour les sous-traitants en question, puisqu'il est fréquent que les sous-traitants moins bien organisés et les véritables accommodateurs requièrent le paiement immédiat de leur facture, contrairement à d'autres sous-traitants qui sont payés selon des termes plus longs;

---

22 *Constructions L.J.P. et autres*, précité, note 18, par. 18 à 21.

c) les principaux accommodateurs sont de plus en plus connus sur le marché;

d) dans le secteur de la construction, il est fréquent que l'argent généré par le phénomène de l'accommodation serve à payer le « temps supplémentaire » au noir et, si une entreprise facture beaucoup de temps supplémentaire à ses propres clients, il pourrait être nécessaire d'analyser sa liste de paie pour vérifier si du temps supplémentaire correspondant a été payé aux livres à ses employés, à défaut de quoi il est permis de penser que l'entreprise s'est peut-être servie de factures d'accommodation pour générer de l'argent comptant et payer le temps supplémentaire au noir;

e) la croissance inhabituelle de la sous-traitance et le « roulement » rapide des sous-traitants, d'une compagnie à l'autre, sont d'autres indices, de même que l'utilisation par des sous-traitants différents de factures quasi similaires utilisant le même « cadre »;

f) la facturation simpliste et peu élaborée pour des sommes importantes peut également être un indice;

g) il faut également être prudent à l'égard des lettres de conformité fournies par certains sous-traitants en provenance de la Commission de la construction du Québec et de la Commission de la santé et de la sécurité du travail, puisque de fausses lettres émanant de ces deux organismes peuvent circuler sur le marché;

h) la disponibilité ou non de pistes comptables confirmant ou non les services rendus peut également être envisagée, comme, par exemple, dans le cas des entreprises qui tiennent une comptabilité des coûts par projet, le fait que l'ensemble des sous-traitants ait été inclus ou non dans cette comptabilité par projet;

i) enfin, il y a aussi lieu de vérifier toute variation inhabituelle dans les ratios de dépenses et de rendement de l'entreprise, en fonction des sous-traitants utilisés.

Ces facteurs ne sont qu'un aperçu des facteurs considérés par Revenu Québec pour prendre la décision d'émettre ou non des cotisations, dans lesquelles il est considéré qu'il y a possibilité d'accommodation.

Compte tenu de la notoriété publique de plus en plus grande du phénomène de l'accommodation, surtout dans des secteurs comme la construction, les vérificateurs devront donc redoubler de prudence dans la

confection des états financiers et des déclarations fiscales des entreprises évoluant dans ces secteurs.

10. RÈGLEMENT DES DOSSIERS D'ACCOMMODATION

Finalement, j'aimerais faire quelques brefs commentaires sur le règlement des dossiers en matière d'accommodation.

Il est indéniable que ces dossiers sont parmi les plus difficiles à régler. En effet, même dans le cas où l'entrepreneur admet s'être livré à de l'accommodation avec de faux sous-traitants, l'argent comptant généré par le stratagème a très souvent été utilisé aux fins de l'entreprise, notamment pour payer des dépenses en argent comptant, souvent dans des circonstances où l'entrepreneur considère qu'il n'avait pas le choix, compte tenu de certaines pratiques répandues dans l'ensemble de l'industrie dans laquelle il évolue.

Ainsi, bien qu'il reconnaisse la responsabilité d'avoir aidé des tiers à éluder leur impôt, l'entrepreneur considère qu'il devrait être traité avec plus de clémence que les entrepreneurs qui ont commis de l'évasion fiscale pure et simple à leur propre bénéfice, par exemple en empochant à des fins personnelles les recettes de leur entreprise.

Évidemment, chaque dossier est un cas d'espèce et le type de règlement qui peut être envisagé dépend aussi du fait que le dossier demeure un simple dossier de vérification ou encore se retrouve dans des enquêtes spéciales.

Dans un cas comme dans l'autre, plusieurs « ingrédients » peuvent être envisagés dans le cadre d'un règlement, incluant les suivants :

a) le nombre d'années en cause;

b) le refus des CTI et RTI (lorsqu'il y a véritablement accommodation, il s'agit généralement d'un élément incontournable);

c) le refus ou non de la déduction de la dépense de sous-traitance sur le plan corporatif;

d) l'imposition ou non d'une appropriation de fonds entre les mains de l'actionnaire;

e) la réclamation d'une amende ou d'une somme au civil de l'entrepreneur, pour l'impôt des tiers qui ont ultimement bénéficié de l'argent comptant (on peut facilement présumer que l'argent comptant en cause s'est

ultimement retrouvé dans les mains de particuliers et la fourchette des taux d'impôt applicable aux particuliers est connue de tous).

Malheureusement, les dossiers où il n'y pas eu d'accommodation ou encore les dossiers où il y a eu de l'accommodation partielle sont les plus difficiles à régler, puisque Revenu Québec est généralement persuadé qu'il s'agit d'accommodation à 100 %, en s'appuyant sur sa théorie habituellement fondée sur l'absence de moyens de production et de structure administrative des sous-traitants concernés.

Dans ce contexte, il est impossible d'établir un modèle de règlement standard s'appliquant à tous les dossiers, et chaque cas demeure donc un cas d'espèce.

ANNEXE I

Demande de CTI/RTI refusée

Décision	Motifs du refus des CTI/RTI	Motifs du jugement	Dispositif
***Design Build*, précité, note 5**	Pièces justificatives et renseignements incomplets (notamment, nom du fournisseur, numéro d'inscription)	Exigences de la loi et du règlement non respectées – l'appelant ne peut invoquer la discrétion confiée au ministre par le paragraphe 169(5) L.T.A.	CTI refusés
***Helsi*, précité, note 5**	Numéros d'inscription manquants et registres inadéquats	*Rules are rules* – le paragraphe 169(4) L.T.A. et le règlement prévoient des *mandatory requirements*	CTI refusés
***Key Property Management Corp.* c. *La Reine*, C.C.I. n° 2001-880 (G.S.T.) G, mars 2004, j. Bowie**	Pièces justificatives et renseignements incomplets (copie de chèques seulement)	Preuve par témoignage des renseignements exigés par la loi et le règlement ne peut être un substitut adéquat	CTI refusés
***Alexander Nix Group*, précité, note 5**	Numéro d'inscription invalide	L'invalidité du numéro d'inscription est fatale	CTI refusés
***1116286 Ontario Inc.* c. *La Reine*, C.C.I. n° 2003-1202 (G.S.T.) I, octobre 2003, j. McArthur**	Pièces justificatives manquantes (copie de chèques remise à des employés pour faire des achats au comptant)	Même si, selon le juge, il est clair que l'appelant avait droit à des CTI, il ne remplit pas les conditions prévues par la loi et le règlement – Situation où le ministre aurait	CTI refusés

		peut-être dû appliquer le paragraphe 169(5) L.T.A., mais le tribunal, pour sa part, n'est pas investi d'un tel pouvoir	
***Rapid Transit Courier Limited* c. *La Reine*, [2000] G.T.C. 882 (C.C.I.) (I)**	Numéros d'inscription manquants (fournisseurs non inscrits)		CTI refusés
***Metro Exteriors Ltd.* c. *La Reine*, (1995), 3 G.T.C. 2142 (C.C.I.) (I)**	Numéros d'inscription manquants (fournisseurs non inscrits au moment où la fourniture est effectuée)	Preuve insuffisante indiquant que l'appelant avait obtenu, avant de produire sa déclaration, les renseignements exigés par la loi et le règlement	CTI refusés
***Société de commerce Acadex*, précité, note 5**	Numéro d'inscription manquant (le fournisseur s'est inscrit après que l'appelante lui a demandé son numéro d'inscription)	Même si l'appelante a cru et voulu se conformer à la loi, les exigences de la loi et du règlement doivent être respectées pour obtenir des CTI – puisqu'il n'y a pas eu manque de diligence, pas de pénalité	CTI refusés
***San Clara Holding Ltd* c. *La Reine*, (1995), 3 G.T.C. 2018 (C.C.I.) (I)**	Numéros d'inscription manquants (fournisseurs non inscrits)	Un inscrit ne peut réclamer de CTI s'il n'a pas obtenu avant de produire sa déclaration les renseignements prévus	CTI refusés

***Systematix Technology Consultants Inc.* c. *La Reine*, C.C.I. n° 2005-2925 (G.S.T.) I, septembre 2006, j. Archambault**	Numéros d'inscription invalides ou manquants	Même si le règlement se réfère seulement à un numéro d'inscription attribué conformément à l'article 241 L.T.A., il faut interpréter cette disposition comme exigeant un numéro d'inscription valide au moment où la fourniture est effectuée	CTI refusés
***Burke* c. *La Reine*, C.C.I. n° 2001-679 (G.S.T.) I, août 2002, j. Angers**	Pièces justificatives manquantes et registres inadéquats	Pièces justificatives soumises lors du procès non concluantes	CTI refusés
***Davies* c. *La Reine*, C.C.I. n° 97-1983 (G.S.T.) I, mai 1998, j. Hamlyn**	Renseignements manquants et registres inadéquats	Appelante non crédible	CTI refusés
***Harberdan Construction Inc.* c. *La Reine*, C.C.I. n° 98-85 (G.S.T.) I, septembre 1999, j. O'Connor**	Pièces justificatives manquantes et registres inadéquats	Témoignage indiquant que les originaux des factures ont été remis au ministre et qu'ils sont maintenant égarés – Mise en preuve d'un résumé des dépenses et des taxes payées n'est pas suffisante	CTI refusés
***D & P Holdings Ltd.* c. *La Reine*, C.C.I. n° 98-1359 (G.S.T.) I, août 1999, j. Hamlyn**	Pièces justificatives manquantes et registres inadéquats	Aucune preuve par témoins indépendants de la destruction des pièces	CTI refusés

***Kowalchuk et autres* c. *La Reine*, C.C.I. n° 2004-807 (IT) I, novembre 2005, j. Campbell**	Pièces justificatives insuffisantes	Les états financiers amendés soumis par l'appelant sans autre pièce ou registre au soutien de sa demande de CTI sont insuffisants	CTI refusés
***Douglas* c. *La Reine*, [1996] 4 G.T.C. 3125 (C.C.I.) (I)**	Taxe non payée, ou subsidiairement, pièces justificatives insuffisantes	Achat d'une liste de clients et travaux en cours – prix de vente et TPS non payés en raison d'un différend – discrétion ministérielle du paragraphe 169(5) L.T.A. ne peut être exercée par le tribunal	CTI refusés
***Hayworth*, précité, note 4**	Pièces justificatives insuffisantes	Pour ce qui est de l'opposition, l'appelant a fourni des pièces justificatives complètes, mais le ministre, confirmé par le tribunal, indique que l'appelant devra réclamer ses CTI dans le cadre d'une nouvelle déclaration pour une période subséquente	CTI refusés
***Safeloop.Com Inc.* c. *La Reine*, C.C.I. n° 2003-3282 (G.S.T.) I, février 2004, j. Lamarre-Proulx**	Numéros d'inscription manquants	L'argument de l'appelant voulant que le règlement soit *ultra vires* est rejeté en vertu de l'article 277 L.T.A.	CTI refusés

***Spectra Development Corporation* c. *La Reine*, C.C.I. n° 97-2906 (G.S.T.) I, mai 2002, j. Bowman**	Pièces justificatives manquantes	Pas de preuve *prima facie* de sa réclamation de CTI	CTI refusés
***Khullar Au Gourmet International Ltd.* c. *La Reine*, C.C.I. n° 1999-1649 (G.S.T.) I, juin 2003, j. McArthur**	Pièces justificatives insuffisantes (difficulté d'identification des fournitures taxables ou exonérées)		CTI refusés
***Davis* c. *La Reine*, [2004] G.T.C. 487 (C.C.I.) (I)**	Pièces justificatives manquantes		CTI refusés
***Bonik Inc. et autres* c. *La Reine*, C.C.I. n° 2000-3494 (G.S.T.) G, juin 2006, j. McArthur**	Pièces justificatives manquantes et insuffisantes		CTI refusés
***Fournier* c. *La Reine*, C.C.I. n° 2003-4152 (G.S.T.) I, décembre 2004, j. Archambault**	Pièces justificatives manquantes et insuffisantes		CTI refusés
***Unic Drywall et autres* c. *La Reine*, C.C.I. n° 2003-493 (G.S.T.) I, janvier 2004, j. O'Connor**	Pièces justificatives et renseignements insuffisants (notamment, absence de numéro d'inscription)		CTI refusés

***Cochran* c. *La Reine*, C.C.I. n° 1999-730 (G.S.T.) G, décembre 2001, j. Campbell**	Pièces justificatives manquantes		CTI refusés
***Colas* c. *La Reine*, [1997] 5 G.T.C. 1033 (C.C.I.) (I)**	Pièces justificatives manquantes et registres inadéquats		CTI refusés
***Athwal et autres* c. *La Reine*, [2003] G.T.C. 844 (C.C.I.) (I)**	Pièces justificatives manquantes ou douteuses et registres inadéquats		CTI refusés
***550285 Alberta Ltd.* c. *La Reine*, C.C.I. n° 96-4091 (G.S.T.) I, août 1998, j. Beaubier**	Pièces justificatives manquantes		CTI refusés
***Old Western Pizza Inc.* c. *La Reine*, C.C.I. n° 2003-1661 (G.S.T.) I, février 2004, j. McArthur**	Pièces justificatives manquantes		CTI refusés
***Laczko* c. *La Reine*, [2002] G.T.C. 393 (C.C.I.) (I)**	Pièces justificatives manquantes		CTI refusés

ANNEXE II

Demande de CTI/RTI accordée

Décision	Motifs du refus des CTI/RTI	Motifs du jugement	Dispositif
***Centre de la Cité Pointe-Claire*, précité, note 6**	Numéro d'inscription invalide	En absence de moyen de valider les numéros d'inscription, on ne peut refuser les CTI à un acquéreur qui a de bonne foi versé la taxe à un fournisseur qui avait apparence d'être un mandataire de la Couronne	CTI accordés
***Ribkoff*, précité, note 13**	Numéro d'inscription valide, mais n'appartenant pas au fournisseur indiqué sur les factures	Le tribunal est convaincu que les services ont véritablement été fournis à l'appelant – Taxe versée de bonne foi à un fournisseur qui avait apparence d'être un mandataire de la Couronne – l'acquéreur de bonne foi n'a pas à pâtir de la fraude de son fournisseur	CTI accordés
***Calistar Construction Services Ltd.* c. *La Reine*, C.C.I. n° 2003-4546 (G.S.T.) I, juin 2004, j. Miller**	Fournisseur ayant utilisé le canevas de factures d'un tiers sans changer le numéro d'inscription	Il n'est pas contesté que les services ont véritablement été rendus à l'appelant et que celui-ci a payé la taxe – les factures sont une preuve *prima facie* des informations	CTI accordés

		qu'elles contiennent – le ministre devait clairement démontrer que les renseignements indiqués sur les factures étaient inexacts puisque, à leur face même, les factures satisfaisaient aux exigences du paragraphe 169(4) L.T.A. et du règlement	
***2968-2614 Québec Inc.* c. *SMRQ*, [2002] R.D.F.Q. 278 (C.Q.)**	Numéro d'inscription n'appartenant pas au fournisseur réel qui, lui, n'est pas inscrit	Le ministre n'a pas démontré que l'acquéreur avait un moyen de valider l'authenticité des renseignements que lui a indiqués son fournisseur et à qui il a versé la taxe de bonne foi	RTI accordés
***Harbhajan Singh Dosanjh* c. *La Reine*, [2004] G.T.C. 256 (C.C.I.) (I)**	Pièces justificatives insuffisantes (l'appelant avait été induit en erreur sur son statut de petit fournisseur)	Le paragraphe 169(4) L.T.A. exige que le contribuable obtienne certains renseignements **avant** de produire sa déclaration, mais il n'exige pas qu'il les produise – Le juge tient compte du fait que la déduction des dépenses a été acceptée par le ministre dans le calcul du revenu du demandeur	CTI accordés

***Tremblay* c. *La Reine*, C.C.I. n° 2000-1348 (G.S.T.) I, février 2001, j. Lamarre-Proulx**	L'appelant n'a pas produit de factures ou reçus détaillant le coût des fournitures, mais plutôt la soumission relative aux travaux pour lesquels il réclamait des CTI	Admission du ministre que la taxe a été payée – selon le tribunal, il semble que les originaux des factures aient été produits avant le procès – dans ces circonstances, l'établissement des CTI sur une base estimative est appropriée – L'obligation de produire les originaux des factures n'est qu'une obligation administrative de nature directive plutôt qu'impérative	CTI accordés
***Sikora* c. *La Reine*, C.C.I. n° 2004-1531 (G.S.T.) I, avril 2005, j. McArthur**	Pièces justificatives manquantes	Si le demandeur avait démontré qu'il avait obtenu les renseignements visés avant de produire sa réclamation, les CTI lui auraient été accordés	CTI refusés
***Owraki* c. *La Reine*, C.C.I. n° 2002-4935 (G.S.T.) I, janvier 2004, j. O'Connor**	Pièces justificatives perdues dans un taxi en Iran	Appelant crédible sur le fait que la taxe qu'il réclame a été payée	CTI accordés

***Heart Drop 2000 Distributors inc.* c. *La Reine*, C.C.I. n° 2002-3335 (G.S.T.) I, avril 2003, j. Miller**	Le contribuable croyait effectuer des fournitures détaxées, donc il n'a pas perçu la taxe et n'a pas réclamé de CTI		Le juge accorde des CTI en appliquant le rapport 7/107 aux achats de marchandises
***Stratford Toyota Limited* c. *La Reine*, C.C.I. n° 96-1192 (G.S.T.) I, 18 août 1998, j. Rip**	Pièces justificatives insuffisantes	Même si le tribunal avoue ne pas avoir la compétence pour le faire, il accorde 90 jours au contribuable pour soumettre les pièces justificatives nécessaires à sa demande de CTI	
***Katzman* c. *La Reine*, C.C.I. n° 2000-3470 (IT) G, octobre 2004, j. Campbell**	Pièces justificatives insuffisantes	En raison des circonstances exceptionnelles (événement à caractère communautaire tenu par une association) une preuve autre (témoignage) peut être acceptée pour supporter une demande de CTI	CTI accordés
***Wing Construction Ltd.* c. *La Reine*, C.C.I. n° 2000-1782 (G.S.T.) I, novembre 2000, j. O'Connor**	Pièces justificatives insuffisantes	Preuve additionnelle acceptée même si elle aurait dû être soumise lors de la vérification – Preuve par témoignage et documentaire	CTI accordés

JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE RÉCENTE

Agathe Cavanagh
Avocate
Ravinsky Ryan s.e.n.c. Avocats

Jacques Plante
Avocat
Fraser Milner Casgrain s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE A (AGATHE CAVANAGH)

1. TRAITEMENT D'UNE DÉCLARATION AMENDÉE 47:5

1.1. L'AFFAIRE *RÉJEAN MILLETTE* C. *SMRQ* 47:5
1.2. LES FAITS 47:5
1.3. LES QUESTIONS EN LITIGE 47:7

2. COTISATION D'IMPÔT DANS L'ANNÉE DE LA FAILLITE 47:16

2.1. L'AFFAIRE *MAURICE OUELLET* C. *SMRQ* 47:16
2.2. LES PRÉTENTIONS DU CONTRIBUABLE 47:17
2.3. LES PRÉTENTIONS DU MINISTRE 47:17
2.4. L'ANALYSE DE LA DÉCISION 47:18

3. FARDEAU DE PREUVE 47:18

3.1. L'AFFAIRE *NÉRÉO VALENTINI* C. *SMRQ* 47:18
3.2. LES PRÉTENTIONS DU CONTRIBUABLE 47:20

3.3. LES PRÉTENTIONS DU MINISTRE 47:20
3.4. L'ANALYSE DE LA DÉCISION 47:21

4. PREMIER AVIS DE COTISATION 47:25

4.1. L'AFFAIRE *FIDUCIE DESJARDINS INC.* C. *SMRQ* 47:25
4.2. LES FAITS 47:25
4.3. LA QUESTION EN LITIGE 47:26
4.4. LA LOI 47:26
4.5. LES ARGUMENTS DES PARTIES 47:27
4.6. LE JUGEMENT DE PREMIÈRE INSTANCE 47:29
4.7. L'ANALYSE DE LA DÉCISION 47:30

5. ÉQUITÉ PROCÉDURALE 47:33

5.1. L'AFFAIRE *ADRIEN BOULAY* C. *LA REINE* 47:33

PARTIE B (JACQUES PLANTE)

1. LA RESPONSABILITÉ DES ADMINISTRATEURS 47:36

1.1. L'AFFAIRE *SZIKLAI* C. *LA REINE* 47:36
1.1.1. Faits 47:36
1.1.2. Décision 47:37
1.2. L'AFFAIRE *TURNER* C. *LA REINE* 47:38
1.2.1. Faits 47:38
1.2.2. Décision 47:38
1.3. L'AFFAIRE *TEHRANI* C. *LA REINE* 47:39
1.3.1. Faits 47:39
1.3.2. Décision 47:39
1.4. L'AFFAIRE *GILBERT* C. *SMRQ* 47:40
1.4.1. Faits 47:40
1.4.2. Décision 47:41
1.5. L'AFFAIRE *NOVICOFF* C. *SMRQ* 47:41
1.5.1. Faits 47:41
1.5.2. Décision 47:42
1.6. L'AFFAIRE *BOISVERT* C. *SMRQ* 47:42
1.6.1. Faits 47:42
1.6.2. Décision 47:43
1.7. L'AFFAIRE *O'KEEFE* C. *LA REINE* 47:44
1.7.1. Faits 47:44
1.7.2. Décision 47:44
1.8. L'AFFAIRE *SCAVUZZO* C. *LA REINE* 47:45
1.8.1. Faits 47:45
1.8.2. Décision 47:45

2. LA RESPONSABILITÉ DES TIERS 47:47

2.1. L'AFFAIRE *BLEAU* C. *LA REINE* 47:47
2.1.1. Faits 47:47
2.1.2. Décision 47:48
2.2. L'AFFAIRE *MADSEN* C. *LA REINE* 47:49
2.2.1. Faits 47:49
2.2.2. Décision 47:49
2.3. L'AFFAIRE *ADDISON & LEYEN LTD.* C. *CANADA* 47:50
2.3.1. Faits 47:50
2.3.2. Décision 47:51
2.4. L'AFFAIRE *ISAAC* C. *LA REINE* 47:52
2.4.1. Faits 47:52
2.4.2. Décision 47:53

PARTIE A

Agathe Cavanagh, avocate
Ravinsky Ryan s.e.n.c. Avocats

1. TRAITEMENT D'UNE DÉCLARATION AMENDÉE

1.1. L'AFFAIRE *RÉJEAN MILLETTE* C. *SMRQ*[1]

Le contribuable peut-il obliger le sous-ministre du revenu (ci-après « sous-ministre ») à examiner ses demandes de redressement? Si oui, le recours en *mandamus* est-il le moyen judiciaire pour obtenir cet examen?

Dans ce dossier, le contribuable demandait à la Cour supérieure par le recours en *mandamus* d'ordonner au sous-ministre de rendre une décision sur les déclarations amendées présentées en 1998 p

-/our les années d'imposition 1994 à 1999 inclusivement et, subsidiairement, d'examiner les déclarations ré-amendées datées du 15 mars 2003.

1.2. LES FAITS

1) Le 21 mai 1998, le contribuable produit auprès du sous-ministre des déclarations de revenus amendées pour les années 1994, 1995 et 1996 afin que certaines dépenses, déductions et reports de pertes soient inclus dans le calcul de ses revenus pour les années visées.

2) Le 10 août 1998, le sous-ministre demande par lettre certaines précisions relatives à ses déclarations amendées.

3) Le 18 août de la même année, le contribuable donne suite à la correspondance du sous-ministre et transmet les précisions demandées.

4) Le 17 décembre 1998, le sous-ministre écrit au contribuable pour l'informer que les cotisations ne peuvent être modifiées en raison d'un manque de documentation et lui mentionne toutefois qu'advenant le fait que le contribuable fournisse au ministère les documents pertinents pour

---

[1] C.S. Laval, n° 540-17-001781-052, 31 mai 2006, j. Lefebvre (ci-après « *Réjean Millette* »).

justifier les dépenses qu'il réclamait, le sous-ministre réévaluerait sa décision en fonction de ces nouveaux documents.

5) À la suite de cette lettre, une période de négociation et d'échange d'informations a débuté. En janvier 1999, le contribuable sollicite une rencontre avec une représentante du sous-ministre, afin de lui transmettre les informations et documents additionnels conformément à la lettre du sous-ministre datée du 17 décembre 1998.

6) En octobre 1999, le contribuable produit des déclarations fédérales amendées pour les mêmes années.

7) En janvier 2000, le sous-ministre informe le contribuable qu'il va attendre la position de l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») à l'égard des déclarations fédérales amendées avant de prendre position relativement aux cotisations des années d'imposition 1994, 1995 et 1996.

8) Le 15 janvier 2000, le contribuable envoie une lettre au ministère lui mentionnant qu'il est toujours sans nouvelles des cotisations amendées. De plus, il se prononce aussi sur son bon espoir d'une entente commune et sur le fait de sa pleine collaboration pour la disponibilité des informations additionnelles.

9) En octobre 2000, le demandeur n'ayant toujours pas reçu de nouvelles du sous-ministre, il écrit de nouveau à celui-ci, en lui demandant de lui faire parvenir la décision quant aux déclarations de revenus amendées.

10) En novembre 2000, l'ARC rend une décision positive en ce qui a trait aux déclarations fédérales amendées.

11) En février 2001, le contribuable produit auprès de l'ARC les déclarations fédérales ré-amendées.

12) En août 2002, l'ARC accepte les déductions demandées dans les déclarations fédérales ré-amendées et émet de nouveaux avis de cotisation.

13) En mars 2003, le contribuable produit auprès du sous-ministre des déclarations provinciales ré-amendées pour les années 1994 à 1997, fournissant les mêmes déductions que celles qui sont mentionnées aux déclarations fédérales ré-amendées.

14) En mars 2004, le procureur du demandeur écrit au sous-ministre pour lui demander de fournir les avis de cotisation pour les années 1994 à 1997 à la suite des déclarations provinciales ré-amendées de mars 2003, demandant en plus un état de compte détaillé à jour qui comprend les montants dus.

15) En août 2004, un état de compte détaillé est envoyé par le sous-ministre au contribuable sans, toutefois, qu'aucun nouvel avis de cotisation ne soit transmis pour les années 1994 à 1997.

16) En février 2005, une mise en demeure officielle est transmise au sous-ministre par le procureur du contribuable et cette mise en demeure est restée sans réponse.

17) Une deuxième mise en demeure suit le 30 juin 2005.

18) Le 10 août 2005, il signifie au ministère une requête introductive d'instance en *mandamus* afin qu'il soit ordonné d'émettre de nouveaux avis de cotisation pour les années 1994 à 1997.

1.3. LES QUESTIONS EN LITIGE

Dans ce dossier, le juge devait se prononcer sur six questions, soit :

1) Est-ce qu'une décision avait été rendue à propos des premières déclarations amendées de décembre 1998?

2) Si oui, le ministère avait-il accepté de réviser cette décision?

3) Le demandeur était-il en droit d'amender les déclarations provinciales déjà amendées avant qu'une décision ne soit rendue par le sous-ministre?

4) Le sous-paragraphe 1051 2)a) de la *Loi sur les impôts*[2] imposait-il au ministère l'obligation de rembourser le demandeur selon les déclarations provinciales ré-amendées pour les années 1994, 1995, 1996 et 1997?

5) Est-ce que le ministère avait l'obligation de procéder à l'examen des déclarations provinciales ré-amendées pour les années 1994, 1995, 1996 et 1997?

---

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

6) La requête en *mandamus* constituait-elle un recours approprié et, dans l'affirmative, avait-elle été signifiée dans le délai?

En ce qui concerne la première question, à savoir si une décision avait été rendue pour les premières déclarations amendées de décembre 1998, le juge estimait que la lettre du sous-ministre datée du 17 décembre 1998 ne pouvait être considérée comme une décision ferme et finale, puisqu'elle laissait place à des représentations supplémentaires et à la production de nouveaux documents. Au bout du compte, cette lettre laissait la porte ouverte à des négociations, ce que la suite des événements a démontré.

En ce qui a trait à la deuxième question, après l'étude des articles 2, 4, 7 et 8 de la *Loi sur la justice administrative*[3], le juge estimait que le sous-ministre avait l'obligation légale d'informer le contribuable d'une position définitive sur les déclarations amendées :

> « **2.** "Les procédures menant à une décision individuelle prise à l'égard d'un administré par l'Administration gouvernementale, en application des normes prescrites par la loi, sont conduites dans le respect du devoir d'agir équitablement."
>
> […]
>
> **4.** "L'administration gouvernementale prend les mesures appropriées pour s'assurer :
>
> 1. que les procédures sont conduites dans le respect des normes législatives et administratives, ainsi que des autres règles de droit applicables, suivant des règles simples, souples et sans formalisme et avec respect, prudence et célérité, conformément aux normes d'éthique et de discipline qui régissent ses agents, et selon les exigences de la bonne foi;
>
> 2. que l'administré a eu l'occasion de fournir les renseignements utiles à la prise de la décision et, le cas échéant, de compléter son dossier;
>
> 3. que les décisions sont prises avec diligence, qu'elles sont communiquées à l'administré concerné en termes clairs et concis et que les renseignements pour communiquer avec elle lui sont fournis;
>
> 4. que les directives à l'endroit des agents chargés de prendre la décision sont conformes aux principes et obligations prévus au présent chapitre et qu'elles peuvent être consultées par l'administré."

[3] L.R.Q., c. J-3 (ci-après « L.J.A. »).

> […]
>
> **7.** "Lorsqu'une situation est réexaminée ou une décision révisée à la demande de l'administré, l'autorité administrative donne à ce dernier l'occasion de présenter ses observations et, s'il y a lieu, de produire des documents pour compléter son dossier."
>
> **8.** "L'autorité administrative motive les décisions défavorables qu'elle prend et indique, le cas échéant, les recours autres que judiciaires prévus par la loi, ainsi que les délais de recours[4]." » (Soulignement dans le jugement)

De plus, le juge considérait qu'en plus d'avoir omis de se conformer à la *Loi sur la justice administrative*, le sous-ministre avait une autre obligation de réexaminer les demandes de redressement selon la théorie de « l'expectative légitime ».

Pour en arriver à cette conclusion, le juge se fondait sur les correspondances du sous-ministre du 10 août 1998 et du 17 décembre 1998, puisque, dans ces correspondances, le sous-ministre s'engageait à réévaluer sa position si de nouveaux documents étaient présentés, tel qu'il a été mentionné lors de l'étude de la première question citée plus haut, correspondances auxquelles le contribuable avait répondu en produisant de nouveaux documents.

Le tribunal s'est référé à la décision *Lee* c. *Lavigne*[5], de la Cour d'appel du Québec, pour en arriver à cette deuxième obligation que le sous-ministre a envers les demandes de redressement. En effet, dans cette décision, la Cour d'appel avait accordé un recours en *mandamus* en se fondant sur la théorie de « l'expectative légitime » :

> « Appellant's motion entitled "Motion in Evocation, Mandamus and Declaratory Relief (Articles 844, 846 and 453 C.P.C.) Application of Quebec Charter of Rights and Freedoms (R.S.Q. Chap.c-23, Art. 49)" was dismissed in first instance. Appellant is a South Korean businessman who was refused a selection certificate under the Act respecting the Ministère des Communautés culturelles et de l'Immigration, R.S.Q. M-23.1. He argues that, in dealing with his application for such certificate, the Service d'immigration du Québec failed to comply with paragraph 19 of chapter 5, section 1 ("Traitement des candidatures des gens d'affaires"), of the Guide des procédures de sélection ("the Guide") and thereby violated his legitimate expectation.

---

4 *Réjean Millette*, précité, note 1, par. 38-41.

5 [1994] R.D.J. 465 (C.A.).

> Neither the judge nor the parties dispute the principle, or doctrine, of legitimate expectation, expressed as follows in the Privy Council's decision in A-G Hong Kong c. Ng Yuen Shiu 1983 2 A.C.629 at page 638 (quoted by Hugessen J.A. in Bendahmane v. Canada 1989 3 F.C. (C.A.) 16 at page 32):
>
> '…when a public authority has promised to follow a certain procedure, it is in the interest of good administration that it should act fairly and should implement its promise, so long as implementation does not interfere with its statutory duty. The principle is also justified by the further consideration that, when the promise was made, the authority must have considered that it would be assisted in discharging its duty fairly by any representations from interested parties and as a general rule that is correct.'*
>
> *In Old St. Boniface Residents v. Winnipeg, 1990 3 S.C.R. 1170 at pages 1203-4, and again in Reference re Canada Assistance Plan (B.C.), 1991 2 S.C.R. 526 at pages 557-8, the Supreme Court of Canada refers to the doctrine of legitimate expectation as a legitimate expectation of "consultation" only. As expressed by the Privy Council, the doctrine is, I believe, somewhat broader in scope: see, for example, Sous-ministre du revenu du Québec c. Lessard Transport (1976) Ltée, C.A., 1985 R.D.J. 502.
>
> Nor is it disputed that the Guide, issued by the Ministère at the relevant time, "is, in effect, a directive published and known to Applicants and officials". More precisely, paragraph 19 constitutes, I believe, a "promise" by a "public authority…to follow a certain procedure" that "does not interfere with its statutory duty". What is disputed in the application of the promise in the present case. The Superior Court judge notes that Appellant is to be classified among "immigrants à projets génériques". He takes the view that paragraph 19 applies only to "immigrants à projets spécifiques". The Respondent Attorney General does not take that view; rather, he argues that the paragraph "a été appliqué à la lettre". Applicant argues that the paragraph applies and was not complied with. » (Soulignement dans le jugement)

Pour ce qui est de la troisième et de la quatrième question, à savoir si le contribuable était en droit d'amender les déclarations provinciales amendées avant qu'une décision ne soit rendue par le sous-ministre sur les premières déclarations amendées et à savoir si le sous-paragraphe 1051 2)a) L.I. imposait au sous-ministre l'obligation de rembourser le demandeur selon les déclarations provinciales ré-amendées pour les années 1995, 1996 et 1997, le juge a traité ces deux questions en même temps.

Le tribunal a considéré que, étant donné que le sous-ministre n'avait pas rendu de décision finale sur les déclarations amendées, le contribuable était en droit de produire des déclarations ré-amendées.

Au sujet de cette question, le sous-ministre prétendait, quant à lui, que les déclarations ré-amendées de mars 2003 constituaient de nouvelles

demandes et non des amendements sur les déclarations amendées de 1998. De ce fait, selon le sous-ministre, le contribuable n'aurait pu demander le traitement et l'examen de ces nouvelles demandes.

Le juge était d'avis que, même s'il s'agissait de nouvelles demandes pour les déclarations ré-amendées, le sous-ministre avait le devoir de ce prononcer sur ces déclarations et le tout selon ce que le juge nomme dans son jugement le dossier d'équité.

Ce point de vue vient d'une directive adoptée par le ministère du Revenu en 1994 et connue sous le nom de *Charte des droits des contribuables et des mandataires*, qui prévoyait notamment :

> « Dans le cadre de sa mission, le ministère du Revenu du Québec veut entre autres promouvoir l'équité. Il s'engage à :
>
> Présumer la bonne foi et l'honnêteté de tout contribuable ou mandataire
>
> Appliquer les lois et les règlements de la même manière pour tous
>
> Répondre dans un délai raisonnable à toute demande de modification de dossier qui peut être justifiée et, le cas échéant, procéder au remboursement
>
> Traiter chaque dossier avec impartialité
>
> Déployer tous les efforts de façon à ce que chacun paie sa juste part d'impôts et de taxes[6]. » (Soulignement dans le jugement)

De plus, en 1996, le ministère publiait le *Bulletin d'interprétation* 1051-2[7], qui prévoyait ceci :

> « PROCÉDURE
>
> 10. Dans la mesure où la demande de remboursement ou la demande de modification entraînant une diminution du solde dû aurait été acceptée si elle avait été présentée dans les délais, le ministre rembourse le particulier effectuant une telle demande pour l'année d'imposition 1985 ou une année d'imposition subséquente, que cette demande soit effectuée par le biais de la production d'une déclaration fiscale originale ou d'une demande de modification de cette déclaration.

---

6 *Réjean Millette*, précité, note 1, par. 55.

7 REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* 1051-2, « Dossier Équité – Remboursement relatif à l'année 1985 ou année subséquente », 30 avril 1996.

> […]
>
> b) S'il s'agit d'une demande de modification de la déclaration présentée après l'expiration du délai prévu au sous-paragraphe a du paragraphe 2 de l'article 1010 de la Loi :
>
> le ministre examine la demande du particulier et détermine selon la preuve qui lui est soumise si ce dernier a effectivement droit à un remboursement;
>
> s'il est déterminé qu'il y a lieu de rembourser, le ministre demande au particulier de lui adresser une renonciation au moyen du formulaire prescrit;
>
> après avoir obtenu la renonciation, le ministre émet un avis de cotisation en vertu du sous-paragraphe ii. du sous-paragraphe b) du paragraphe 2 de l'article 1010 de la Loi et effectue le remboursement en vertu de son pouvoir discrétionnaire prévu au premier alinéa de l'article 1051 de la Loi;
>
> le contribuable ne bénéficie pas du droit à l'opposition à l'égard de la cotisation ainsi émise étant donné l'article 1060 de la Loi[8]. » (Soulignement dans le jugement)

Par la suite, il y avait eu la publication d'un *Bulletin d'interprétation spécial* 181[9], qui mentionnait ceci :

> « […] Le contexte dans lequel le ministre du Revenu exerce ce pouvoir discrétionnaire est notamment précisé dans le Bulletin d'interprétation IMP. 1051-2, Dossier Équité – Remboursement relatif à l'année d'imposition 1985 ou à une année subséquente. À cet égard, la politique du ministère du Revenu énoncée dans ce bulletin est généralement harmonisée à celle du gouvernement fédéral. […][10]. » (Soulignement dans le jugement)

À la suite de cette étude, le tribunal estimait que le sous-ministre, bien qu'il eût la discrétion d'accorder ou de refuser le remboursement au contribuable, avait tout de même l'obligation d'examiner sérieusement et équitablement la demande du contribuable.

De plus, dans la déclaration sous serment de l'enquêteur au dossier du contribuable et déposé lors de l'audition, il y avait une admission reconnaissant que l'examen des demandes n'avait pas été fait.

---

8 *Réjean Millette*, précité, note 1, par. 58.

9 REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation spécial* 181, « Dossier Équité – Remboursements demandés après le 31 décembre 2004 », 31 mars 2004.

10 *Réjean Millette*, précité, note 1, par. 59.

Pour tous les motifs étudiés plus haut, le tribunal a émis un *mandamus* ordonnant au sous-ministre d'examiner les déclarations du contribuable.

Pour ce qui est de la cinquième question, qui se résumait ainsi : le sous-paragraphe 1051 2)a) L.I. impose-t-il au sous-ministre l'obligation de rembourser le demandeur selon les déclarations provinciales ré-amendées pour les années 1995, 1996 et 1997?

Après avoir analysé l'article 1010 et plus particulièrement le paragraphe 2 L.I., le juge a estimé qu'il n'y avait aucune obligation pour le sous-ministre d'émettre de nouveaux avis de cotisation, puisque l'article mentionnait que « le Ministre peut aussi déterminer de nouveau l'impôt […] » dans les trois ans de l'avis de première cotisation.

Après cet article, le juge a analysé l'article 1051 L.I., qui prévoit certaines conditions liées à l'obligation légale du sous-ministre de rembourser le contribuable :

> « a) celui-ci doit avoir produit une déclaration fiscale pour l'année donnée;
>
> b) il doit avoir payé un montant supérieur à celui qui est exigible. Or, pour que le montant soit "supérieur à celui qui est exigible", il doit prouver son droit au montant réclamé et le ministre doit avoir établi ce montant dans le cadre d'un avis de cotisation;
>
> c) la demande de remboursement doit avoir été présentée dans les trois ans qui suivent la fin de l'année d'imposition concernée[11]. »

Le juge a estimé que l'article 1051 L.I. devait être considéré avec l'article 95.1 de la *Loi sur le ministère du Revenu*[12]. Cet article prévoit ceci :

> « […] le ministre n'est pas lié par une déclaration fiscale, un rapport, une demande de remboursement ou les renseignements fournis par une personne ou en son nom et il peut, malgré la déclaration, le rapport, la demande ou les renseignements ou en l'absence d'une déclaration, d'un rapport, d'une demande ou de renseignements, faire une cotisation ou déterminer un remboursement »[13].

Ainsi, selon le tribunal, la présentation d'une demande de remboursement ne donne pas automatiquement droit à un remboursement. Il faut à la base que

---

11 *Id*., par. 67.

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

13 *Id*., par. 68.

le contribuable puisse établir qu'il y avait droit et que le sous-ministre soit du même avis.

En conclusion, le juge était d'avis que le sous-paragraphe 1051 2)a) L.I. n'imposait pas au sous-ministre l'obligation de rembourser le contribuable qui lui a présenté une demande de remboursement.

Finalement, la dernière question en l'espèce est de savoir si la requête en *mandamus* constituait un recours approprié et, dans l'affirmative, si elle avait été signifiée dans les délais?

La procédure en *mandamus* est prévue à l'article 844 du *Code de procédure civile*[14] :

> « Tout intéressé peut s'adresser au tribunal pour obtenir une ordonnance enjoignant à une personne d'accomplir un devoir ou un acte qui n'est pas de nature purement privée, notamment :
>
> 1. lorsqu'une personne morale, un organisme public ou une association au sens du Code civil omet, néglige ou refuse d'accomplir un devoir que la loi impose ou un acte auquel la loi l'oblige;
>
> 2. lorsqu'une personne morale ou une association au sens du Code civil omet, néglige ou refuse de procéder à une élection à laquelle la loi l'oblige, ou de reconnaître ceux de ses membres qui ont été légalement choisis ou élus, ou de rétablir dans leurs fonctions ceux qui ont été destitués sans cause légale;
>
> 3. lorsqu'un fonctionnaire public, ou une personne occupant une fonction dans une personne morale, une association au sens du Code civil, un corps public ou un tribunal soumis au pouvoir de surveillance et de contrôle de la Cour supérieure, omet, néglige ou refuse d'accomplir un devoir attaché à sa fonction, ou un acte auquel la loi l'oblige;
>
> 4. lorsque l'héritier ou le représentant d'un fonctionnaire public omet, refuse ou néglige de faire un acte auquel la loi l'oblige en cette qualité. »

Le juge a considéré aussi la doctrine sur le sujet, soit celle du *Précis de procédure civile du Québec*[15], qui décrit comme suit la procédure en *mandamus* :

---

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

[15] Denis FERLAND et Benoit EMERY, *Précis de procédure civile du Québec*, Volume 2 (Art. 482-1051 *C.p.c.*), 4e éd., Éditions Yvon Blais, 2003 (en ligne : http://www.library.mcgill.ca/law/dcl.html).

> « L'article 844 C.p.c. est à l'effet que tout intéressé peut s'adresser à la Cour supérieure pour obtenir une ordonnance mandatoire, appelée mandamus, de nature à forcer l'accomplissement d'un devoir ou d'un acte qui n'est pas de nature purement privée. La procédure en mandamus a ainsi pour but d'obliger à agir ou à prendre une décision.
>
> […]
>
> La procédure en mandamus, dont le but est d'obliger à agir ou à prendre une décision, ne doit pas "être utilisée comme moyen d'appel ou pour indiquer à un fonctionnaire comment il doit exercer sa discrétion ou sa compétence.
>
> Cependant, s'il refuse d'exercer un pouvoir que lui confère la loi, ce fonctionnaire ou ce tribunal peut y être contraint par mandamus."
>
> […]
>
> Le mot "devoir", qui se trouve à l'article 844 C.p.c., suppose une absence de discrétion. Le terme réfère à l'obligation qui incombe à une personne d'accomplir un acte déterminé; celle-ci n'a pas le choix, sa conduite est dictée par une règle de droit. »

À la suite de cette analyse, le juge est arrivé aux mêmes conclusions que celles édictées plus haut, en se basant sur cette théorie, que la requête en *mandamus* était le recours approprié. De plus, le recours ne pouvait être considéré comme tardif, car il n'était pas dirigé à l'encontre d'une décision mais visait plutôt les manquements ou omissions du sous-ministre de traiter les déclarations provinciales amendées de mars 1998 et celles ré-amendées de mars 2003.

Ces manquements et omissions étant continus, on ne pouvait prétendre que le recours en *mandamus* était prescrit.

En l'espèce, comme il n'y avait jamais eu de la part du sous-ministre de décision ferme et finale prise quant aux déclarations amendées de mars 1998 et quant aux déclarations ré-amendées de mars 2003, le juge a estimé que la requête en *mandamus* n'était pas tardive, étant donné que le délai n'avait jamais commencé à courir.

Le tribunal a donc ordonné au sous-ministre d'examiner les déclarations de revenus amendées et ré-amendées ainsi que les pièces justificatives les accompagnant et de prendre une décision à l'égard de ces demandes avec diligence et sérieux.

2. COTISATION D'IMPÔT DANS L'ANNÉE DE LA FAILLITE

2.1. L'AFFAIRE *MAURICE OUELLET* C. *SMRQ*[16]

En ce qui concerne les cotisations fiscales pour une année d'imposition dans laquelle le contribuable a déclaré faillite, la loi prévoit une règle assez simple, soit celle prévue à l'article 779 L.I., qui se lit comme suit :

> « **Année d'imposition du failli** – Sauf pour l'application des articles 752.0.2, 752.0.7.1 à 752.0.10, 752.0.11 à 752.0.13.0.1, du chapitre II.5 du titre I du livre V, des articles 935.4 et du titre III du livre IX, l'année d'imposition du failli est réputée commencer à la date de la faillite et l'année d'imposition en cours est réputée se terminer la veille de cette date. »

Donc, pour la question de l'année d'imposition d'un failli, il doit y avoir une déclaration d'impôt pré-faillite et une déclaration d'impôt post-faillite.

Qu'en est-il des autres lois fiscales comme la *Loi sur l'assurance médicaments*[17], de la *Loi sur la Régie de l'assurance maladie du Québec*[18] et de la *Loi sur le régime de rentes du Québec*[19]?

C'est exactement à cette question que la juge Monique Fradette de la Cour du Québec a dû répondre.

Dans ce dossier, il s'agissait d'un contribuable qui avait fait cession de ses biens le 11 juillet 2002.

Le sous-ministre avais émis un avis de cotisation dans lequel il réclamait à l'appelant pour l'année d'imposition 2002 des cotisations de :

1. 100,80 $ pour les Fonds des services de santé;

2. 1 783,31 $ pour le Régime de rentes du Québec (ci-après « RRQ ») pour un travailleur autonome;

3. 403,50 $ au Régime d'assurance médicaments du Québec.

---

16 [2005] R.D.F.Q. 303 (C.Q.).

17 L.R.Q., c. A-29.01.

18 L.R.Q., c. R-5.

19 L.R.Q., c. R-9 et mod.

Ces cotisations tenaient compte de la déclaration de revenus du contribuable produite en date du 26 avril 2003.

2.2. LES PRÉTENTIONS DU CONTRIBUABLE

Le contribuable soutenait que les cotisations contestées devaient être calculées sur la base de ses revenus post-faillite plutôt que sur ses revenus pour l'ensemble de l'année civile 2002.

De plus, il soutenait que les cotisations litigieuses constituaient à la date où il avait fait cession de ses biens, soit le 11 juillet 2002, des réclamations prouvables au terme des articles 121 et suivants de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*[20], auquel cas le paragraphe 69(3) L.F.I. trouvait son application :

> « 69.3(1) (Suspensions des procédures en cas de faillite) Sous réserve du paragraphe (2) et des articles 69.4 et 69.5, à compter de la faillite d'un débiteur, les créanciers n'ont aucun recours contre le débiteur ou contre ses biens et ne peuvent intenter ou continuer aucune action, exécution ou autre procédure en vue du recouvrement de réclamations prouvables en matière de faillite, et ce jusqu'à la libération du syndic. »

2.3. LES PRÉTENTIONS DU MINISTRE

Le sous-ministre, quant à lui, soutenait que la *Loi sur l'assurance médicaments*, la *Loi sur la Régie de l'assurance maladie du Québec* et la *Loi sur le régime de rentes du Québec* édictaient le principe que les cotisations devaient se calculer sur la base de revenus visés de toute l'année civile et non sur la base de l'une ou l'autre des années d'imposition réputées comme en vertu de l'article 779 L.I.

De plus, le sous-ministre maintenait que les cotisations litigieuses ne pouvaient pas être considérées comme des réclamations prouvables au moment de la cession des biens du contribuable. Pour appuyer ses prétentions, le sous-ministre affirmait que les cotisations pour travailleurs autonomes ne naissent qu'à la fin de l'année civile visée et que, par conséquent, au moment de la faillite, il n'y aurait donc eu aucune créance née quant à ces cotisations contrairement aux cotisations d'impôt.

---

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

2.4. L'ANALYSE DE LA DÉCISION

Après l'examen de certaines décisions contradictoires sur des questions semblables, la juge Fradette se joint à l'opinion des juges Dionne et Paquin.

Selon le juge Dionne[21], la solution du problème ne résidait pas dans les définitions différentes des diverses lois concernant l'année civile mais bien dans le fait d'une contradiction entre la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et la *Loi sur la Régie de l'assurance maladie du Québec*. À son avis, les lois fédérales avaient préséance sur les lois provinciales en vertu des dispositions spécifiques de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*[22].

La position du juge Paquin[23] était qu'en vertu de l'article 779 L.I. un failli doit produire deux déclarations de revenus, une pour ces revenus antérieurs à la faillite et l'autre pour les revenus postérieurs à la faillite. La *Loi sur le régime de rentes du Québec* ne prévoyant pas de disposition dans le cas de la déclaration de faillite du contribuable, il faudrait alors obligatoirement se référer aux dispositions de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*. Ainsi, les gains antérieurs à la cession des biens du contribuable constituaient donc une réclamation prouvable aux termes des paragraphes 121(1) et suivants L.F.I. pouvant être colloqués selon les dispositions de l'article 136 L.F.I.

De plus, la juge Fradette en est venue à la conclusion que, comme le RRQ ne prévoyant pas de dispositions dans le cas de faillite du contribuable, il faut alors obligatoirement se référer aux dispositions de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, comme le soutenait les juges Dionne et Paquin.

3. FARDEAU DE PREUVE

3.1. L'AFFAIRE *NÉRÉO VALENTINI* C. *SMRQ*[24]

Lors d'une vérification fiscale, les contribuables sont appelés à justifier des dépôts, des dépenses, des transferts de fond. Souvent la preuve demandée par les autorités fiscales est impossible à obtenir ou trop ardue et

---

21 *Basile* c. *SMRQ*, C.Q. Montréal, n° 500-32-052690-007, 24 septembre 2001, j. Dionne.

22 (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3.

23 *Fettweis* c. *SMRQ*, C.Q. Terrebonne, n° 700-32-010715-025, 20 janvier 2003, j. Paquin.

24 D.F.Q.E. 2006F-29 (C.Q.).

demande un délai supplémentaire que les mêmes autorités ne veulent pas accorder. Le contribuable est-il tenu de démontrer, selon les exigences des autorités fiscales, ses prétentions aux justifications des dépôts, dépenses et transferts de fond ou si les preuves disponibles au moment de la vérification sont suffisantes?

Dans ce dossier, le contribuable était un citoyen canadien qui s'était établi en Europe, plus précisément en Suisse, durant les années 1980 à 1997. Il avait travaillé et développé des marchés et des réseaux de distribution pour des produits d'aspirateurs et de purificateurs d'air.

1) Il est revenu s'établir au Québec en 1997 et a créé, le 27 février 1997, la société Euromarketing dont il est l'unique actionnaire et administrateur.

2) Durant les années d'imposition 1997, 1998, 1999 et 2000, le contribuable a déclaré dans ses déclarations de revenus des montants de 55 000 $, 85 000 $, 98 200 $ et 183 200 $ à titre de revenus d'emploi versés par la société Euromarketing.

3) Cependant, durant cette même période de quatre ans, des dépôts dans le compte bancaire du contribuable totalisaient 2,9 M$ et une somme de 1 590 000 $ avait été déposée dans le compte bancaire de son épouse. De plus, le contribuable possédait plusieurs voitures immatriculées au Québec.

4) Ces deux facteurs révélateurs de l'indice potentiel de richesse ont amené le sous-ministre à effectuer une vérification des déclarations de revenus du contribuable en utilisant la méthode de dépôt.

5) À la suite de cette vérification, le sous-ministre a ajouté aux revenus du contribuable des revenus additionnels et a imposé des pénalités en tenant compte des montants déposés dans les deux comptes de banque.

6) Ainsi, le ministère a imposé au demandeur un impôt à payer :

   a) pour l'année 1997, de 167 952,73 $ et une pénalité de 83 976,36 $;

   b) pour l'année 1998, de 222 344,35 $ et une pénalité de 101 016,02 $;

   c) pour l'année 1999, de 29 115,70 $ et une pénalité de 1 659,50 $;

   d) pour l'année 2000, de 10 450,34 $ et une pénalité de 4 433,17 $.

3.2. LES PRÉTENTIONS DU CONTRIBUABLE

Selon son témoignage, le contribuable avait quitté le Québec en 1980 pour s'établir en Europe. Durant son séjour en Europe, il avait développé des marchés et, selon ses dires, il avait obtenu un excellent succès. Il estimait que les fruits de son travail lui rapportaient environ 400 000 $ par année. Cette situation avait perduré jusqu'en 1997, année de son retour au Québec.

Le contribuable a témoigné sur le fait qu'en 1997 il avait consulté un comptable concernant ses fonds capitaux européens. Ce comptable l'aurait alors avisé qu'un délai de deux ans serait nécessaire pour rapatrier lesdits fonds au Québec. De plus, le comptable lui avait suggéré de créer une société étant donné qu'il comptait se lancer en affaires au Québec.

Lors de la vérification, le vérificateur lui avait demandé des justifications pour les dépôts faits dans son compte et celui de son épouse, il lui avait même suggéré un exemple de preuve, soit une lettre des institutions bancaires suisses avec lesquelles le contribuable détenait un compte. Ces lettres pourraient démontrer que le contribuable possédait lesdits capitaux avant son retour au Québec.

À la suite de cette demande, le contribuable s'était exécuté et avait obtenu deux lettres des institutions bancaires suisses confirmant ses prétentions. Malgré sa demande, le vérificateur n'a pas voulu considérer que ces lettres faisaient preuve de la détention par le contribuable desdites sommes avant son retour au Québec. De plus, il a demandé au contribuable de produire ces déclarations d'impôt des années antérieures à 1997 pour expliquer la détention desdites sommes. Ce à quoi le contribuable n'a pu se conformer, n'ayant plus lesdits documents.

3.3. LES PRÉTENTIONS DU MINISTRE

Premièrement, le sous-ministre n'avait pas considéré les lettres produites par les banques suisses comme des preuves suffisantes pour démontrer que les montants considérés comme du revenu en question ne l'étaient pas.

De plus, le fait que le contribuable n'avait pas fourni la preuve de ses déclarations d'impôt pour ses revenus qu'il avait gagnés durant les années où il vivait en Europe était considéré comme un indicatif que les fonds transférés dans les comptes bancaires durant les années d'imposition 1997 à 2000 étaient bel et bien des revenus gagnés durant les années 1997 à 2000.

Cependant, lors du témoignage du vérificateur, certains dépôts ont dû être retirés des cotisations puisque ceux-ci représentaient des remboursements d'impôt provincial et non pas du revenu.

3.4. L'ANALYSE DE LA DÉCISION

Le juge aurait trouvé souhaitable que le contribuable produise un inventaire et une comptabilité de ses biens et avoirs en Europe dont il s'était défait avant de revenir s'établir au Québec en 1997 puisque cet inventaire aurait grandement aidé le contribuable à dissiper les soupçons qui pesaient contre lui à la suite de la vérification.

Le juge ne peut lui en tenir rigueur puisque le contribuable n'avait aucune obligation légale de tenir un tel inventaire de comptabilité de ses avoirs et biens personnels et n'avait pas non plus l'obligation de conserver ses déclarations fiscales qu'il produisait en Suisse où il résidait avant 1997.

Comme le contribuable n'est pas résident au Québec, les dispositions des articles 35.3 L.M.R. voulant que les contribuables doivent conserver pendant six années les registres et pièces justificatives relatifs à l'année où ils transmettent la déclaration fiscale ne s'appliquent pas au contribuable dans la période où il ne réside pas au Québec.

Au sujet de la fiabilité de la méthode de vérification, soit la méthode de dépôt, le juge est d'avis que la méthode par dépôt était justifiée par le sous-ministre suivant les indices de richesse qui l'avaient amené à la vérification. Il remarque, cependant, que cette méthode n'est pas infaillible puisque, durant le procès, certaines erreurs ont dû être corrigées suivant les dépôts qui ont été démontrés comme des remboursements d'impôt reçus par le contribuable.

Le juge en vient à la conclusion que la preuve révèle que l'approche de la méthode par avoir net appliquée par le sous-ministre dans le cadre de la vérification dans la présente affaire a donné ouverture à une certaine forme d'arbitraire inacceptable dans un contexte où il n'y avait aucune preuve de confusion manifeste du patrimoine du contribuable, de celui de son épouse ou de sa société.

La question de la prescription pour les années 1997 et 1998 a aussi été traitée par le juge. Celui-ci en a conclu que l'omission d'une preuve d'inventaire et d'une comptabilité des biens et avoirs en Europe ne suffisait pas pour établir la preuve d'incurie, de négligence grossière, de fraude ou

fausses représentations requis par l'article 1010 paragraphe 2)a) et 2(b)i) et au paragraphe b) de l'article 1011 L.I.

Tel que le juge Landry de la Cour du Québec l'avait soutenu dans la décision *St-Martin* c. *SMRQ*[25], où le juge fait une révision de la jurisprudence :

> « L'importante jurisprudence appelée à dégager les principes applicables en matière de prescription de nature fiscale a majoritairement retenu les critères suivants :
>
> "l'argument de la prescription peut être soulevé en tout état de cause (*Desruisseaux* c. *Craft*, décision du 10 septembre 1985, dossier 200-09-000528-833 (C.A.)) et (*Mailhot* c. *SMRQ*, [1989], R.D.F.Q. 202);
>
> l'impôt payable étant basé sur les principes d'autodéclaration et de l'autocotisation, donc reposant sur la bonne foi et l'honnêteté du contribuable, le Ministre doit disposer de larges pouvoirs pour vérifier les déclarations qui lui sont produites (*Mc Kinlay Transport Ltd* c. *La Reine* [1990] 1 S.C.R. 627);
>
> la 'fausse représentation' dont il est question n'a pas à être nécessairement frauduleuse; il suffit que la représentation soit fausse, même si elle a été faite de bonne foi (*MNR* c. *Taylor* 61 D.T.C. 1139);
>
> le simple défaut de déclarer un revenu peut constituer une telle fausse représentation (*Racine* c. *S.M.R.Q*. [1991] R.D.F.Q. 151 (C.A.));
>
> 'l'incurie' est définie comme un 'manque de soin, une négligence, un laisser-aller' et elle peut même résulter du fait d'un mandataire (*Succession Eileen Murray* c. *SMRQ* jugement de Monsieur le juge Lachapelle du 23 juin 1992, Montréal 500-02-024285-892; *Guimond* c. *SMRQ* [1991] R.D.F.Q. 58);
>
> le degré de négligence requis est donc moindre que celui de la négligence flagrante requise par d'autres dispositions de la Loi (*Venne* c. *La Reine* 84 DTC 6247; *Jet Metal Produits Ltd* c. *MNR* 79 DTC 624);
>
> le fardeau de prouver la fausse représentation incombe à l'intimé (*Larouche* c. *SMRQ* [1989] R.D.F.Q. 131; *Succession André Leroux* c. *SMRQ* décision du 19 avril 2002, dossier 500-02-060765-976.);" »

---

[25] *St-Martin* c. *SMRQ* et *Jean Roch Lavoie* c. *SMRQ*, C.Q. Joliette, n[os] 705-02-007004-005 et 705-02-007005-002, 10 décembre 2002, j. Landry.

Le fardeau de preuve concernant la prescription de trois ans pour les années 1997 et 1998 était donc imposé au sous-ministre et, selon la preuve présentée, celui-ci n'y avait pas satisfait.

Pour ce qui est de la question des pénalités imposées au contribuable, les dispositions pertinentes applicables en l'espèce étaient prévues à l'article 1049 L.I., qui prévoit ceci :

> « **1049.** Toute personne qui, sciemment ou dans des circonstances qui équivalent à de la négligence flagrante, fait un faux énoncé ou une omission, dans une déclaration, un certificat, un état ou une réponse, appelé «déclaration» dans le présent article, fait ou produit pour l'application de la présente loi à l'égard d'une année d'imposition, ou y participe ou y acquiesce, encourt une pénalité égale au plus élevé de 100 $ et de 50 % de l'excédent :
>
> a) de l'ensemble des montants suivants :
>
> i. l'impôt qu'elle aurait eu à payer pour l'année en vertu de la présente loi si, à la fois :
>
> 1. son revenu imposable pour l'année, déterminé d'après les renseignements fournis dans cette déclaration, était augmenté de la partie du montant visé au deuxième alinéa que l'on peut raisonnablement attribuer à ce faux énoncé ou à cette omission; […]. »

Le tribunal s'est aussi référé à plusieurs décisions concernant l'article 1049 L.I., ainsi qu'à des décisions qui avaient été rendues sur le paragraphe 163(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[26] :

> « 163(2) La personne qui fait ou présente, ou qui fait faire ou présenter par une autre personne, un énoncé dont elle sait ou aurait vraisemblablement su, n'eût été de circonstances équivalant à une conduite coupable, qu'il constitue un faux énoncé qu'un tiers (appelé "autre personne" aux paragraphes (6) et (15)) pourrait utiliser à une fin quelconque de la présente loi, ou qui participe à un tel énoncé, est passible d'une pénalité relativement au faux énoncé. »

À la suite des principes dégagés par les décisions étudiées, le tribunal en a conclu que, pour imposer une pénalité, en vertu de l'article 1049 L.I., le sous-ministre doit être en présence d'une situation où il y a preuve de négligence grossière, démontrant un degré important de négligence, qui correspond à une action délibérée, une indifférence au respect de la loi.

---

[26] L.R.C. (1985), 5e supp., c. 1 et mod.

De plus, le fardeau de la preuve appartenant au sous-ministre qui avait imposé une telle pénalité au contribuable en vertu de l'article 1049 L.I., le libellé indiquait que la pénalité ne doit pas être automatiquement imposée. Ce fardeau de preuve qui fut imposé au sous-ministre est donc beaucoup plus lourd que celui en matière de prescription.

Le juge n'ayant pas retenu la preuve que le sous-ministre avait présenté, car il était convaincu que le contribuable n'avait pas cherché, à aucun moment, à cacher les fonds qu'il avait ainsi transférés. De plus, le fait qu'il avait déclaré les intérêts et dividendes dans ses déclarations de revenus n'était pas compatible avec l'attitude d'un contribuable qui sciemment évite de remplir ses obligations fiscales.

Le juge a trouvé très crédible le témoignage du contribuable ainsi que celui de son comptable. De plus, il considère les lettres des banques suisses reçues pour en arriver à la conclusion que le contribuable possédait durant les années 1997 à 2000 des fonds en Europe qui lui ont été transférés et que ces fonds ne constituaient pas du revenu mais bien des avoirs que le contribuable possédait à son arrivée au Québec en 1997.

Selon le juge, la preuve révélait que le contribuable avait agi de manière raisonnable, il avait retenu les services d'un comptable professionnel pour le conseiller et avait mis en place une structure pour canaliser ses revenus qu'il avait déclarés et effectuer les transferts de ses fonds européens au Québec.

De plus, le juge était d'avis que le sous-ministre avait écarté sans motifs valables les lettres émises par les institutions financières suisses que le contribuable avait obtenues et qui appuyaient ses prétentions selon lesquelles il possédait des fonds en Europe avant son retour au Québec en 1997, d'autant plus que c'était à la suite de la suggestion du représentant du sous-ministre qui avait fait les démarches pour obtenir lesdites lettres.

Cependant, ce jugement a été porté en appel par le sous-ministre de Revenu Québec et devrait être entendu dans les prochains mois.

4. PREMIER AVIS DE COTISATION

4.1. L'AFFAIRE *FIDUCIE DESJARDINS INC.* C. *SMRQ*[27]

Qu'est-ce qu'un premier avis de cotisation? Bien qu'elle semble simple, cette question a trouvé réponse devant la Cour d'appel du Québec cette année. En effet, celle-ci a dû se prononcer à ce propos.

4.2. LES FAITS

1) Le litige concernait la réclamation d'un crédit d'impôt remboursable pour la recherche et le développement expérimental (ci-après RS & DE) en vertu de la *Loi sur les impôts* pour l'année d'imposition 1990.

2) Initialement, Fiducie Desjardins dans sa déclaration de revenus n'avait pas demandé le crédit d'impôt remboursable pour les RS & DE.

3) Le 7 novembre 1991, le sous-ministre avait émis un avis de cotisation initial pour l'année d'imposition 1990.

4) Le 31 août 1994, Fiducie Desjardins avait produit une déclaration amendée pour l'année d'imposition 1990 afin de réclamer les RS & DE.

5) Le 23 février 1995, le sous-ministre avait émis un avis de cotisation afin d'accorder à Fiducie Desjardins les RS & DE demandés au montant de 234 948 $.

6) Le 22 février 1999, après avoir reçu des informations de l'ARC, le sous-ministre avait émis un nouvel avis de cotisation refusant entièrement les RS & DE.

7) À la suite d'un avis d'opposition de Fiducie Desjardins, le sous-ministre avait ratifié la cotisation du 22 février 1999.

8) Fiducie Desjardins se pourvoyait contre cette décision devant la Cour du Québec, qui avait rejeté son appel le 18 février 2005.

---

[27] [2006] R.J.Q. 1341 (C.A.) (ci-après « *Fiducie Desjardins* »).

4.3. LA QUESTION EN LITIGE

Quelle interprétation faut-il donner aux sous-paragraphes 1010 2)a) et a.0.1) L.I. pour déterminer la signification de l'expression « premier avis de cotisation »?

En effet, si celle-ci réfère à l'avis de cotisation initial, alors l'avis de cotisation qui avait été émis le 23 février 1995 à l'encontre de Fiducie Desjardins avait été émis hors délai et Fiducie Desjardins ne serait pas tenue de s'y conformer.

Cependant, si l'expression « premier avis de cotisation » désignait tout avis de cotisation qui se prononce pour la première fois sur une réclamation du contribuable, l'avis de cotisation qui avait été émis le 23 février 1995 à l'encontre de Fiducie Desjardins avait été émis dans les délais et était, par conséquent, opposable à Fiducie Desjardins.

4.4. LA LOI

Les articles pertinents se lisaient comme suit pour l'année d'imposition 1990[28] :

> « **1005**. Le ministre doit, avec diligence, examiner la déclaration fiscale d'un contribuable qui lui est transmise pour une année d'imposition et déterminer son impôt à payer pour l'année, l'intérêt et les pénalités exigibles, le cas échéant, ainsi que tout montant réputé avoir été payé en vertu de l'article 776.5.1 ou des sections II à III du chapitre III.1 du titre III en acompte sur son impôt à payer pour l'année en vertu de la présente partie.
>
> […]
>
> **1007**. Le paragraphe f de l'article 312, le sous-paragraphe e du paragraphe 1 de l'article 336 et les articles 1000 à 1079, dans la mesure où ils visent une cotisation ou une nouvelle cotisation et une détermination d'impôt ou une nouvelle détermination d'impôt, s'appliquent mutatis mutandis à une détermination ou à une nouvelle détermination d'un montant en vertu des articles 1000 à 1065.
>
> **1008**. Après examen d'une déclaration fiscale, le ministre transmet un avis de cotisation à la personne qui a produit cette déclaration.
>
> […]

---

28 *Id*.

> **1010**. […]
>
> 2. Le ministre peut aussi déterminer de nouveau l'impôt, les intérêts et les pénalités en vertu de la présente partie et faire une nouvelle cotisation ou établir une cotisation supplémentaire, selon le cas :
>
> a) dans les trois ans qui suivent le plus tardif soit du jour du dépôt à la poste d'un avis de première cotisation ou d'une notification portant qu'aucun impôt n'est à payer pour une année d'imposition;
>
> a.0.1) dans les quatre ans qui suivent le jour visé au sous-paragraphe a si, à la fin de l'année d'imposition concernée, le contribuable est une fiducie de fonds mutuels ou une corporation autre qu'une corporation privée dont le contrôle est canadien; […][29]. » (Soulignement dans le jugement)

4.5. LES ARGUMENTS DES PARTIES

Fiducie Desjardins

La prétention de Fiducie Desjardins était qu'en vertu de la formulation de l'article 1005 L.I. applicable à l'année d'imposition 1990, le sous-ministre était réputé déterminer deux choses lorsqu'il devait examiner la déclaration fiscale d'un contribuable :

1) l'impôt à payer pour l'année fiscale;

2) tout montant réputé payé en vertu de certains articles, incluant le crédit d'impôt remboursable de la RS & DE.

Ces deux étapes devaient obligatoirement avoir lieu au même moment.

Pour appuyer sa position, Fiducie Desjardins se reposait sur un argument lexical, soit sur le remplacement, en 1993, de la locution conjonctive « ainsi que » par la locution adverbiale « d'une part, d'autre part ». Lorsque ce remplacement a eu lieu, en 1993, le ministère avait précisé, dans ses notes explicatives[30], que la détermination du montant réputé être perçu en trop était pertinente aux fins de la computation des délais relatifs aux cotisations, nouvelles cotisations et cotisations supplémentaires. Fiducie Desjardins utilisait ce passage pour appuyer son argument.

---

[29] *Id*., par. 17.

[30] QUÉBEC, ministère des Finances, *Notes explicatives du Projet de loi 112*, 10 septembre 1993, art. 129.

Donc, selon Fiducie Desjardins, pour donner un sens à l'expression « ainsi que », on ne peut que conclure que la détermination de l'impôt et la détermination des crédits d'impôt remboursables ont eu lieu au même moment.

Par conséquent, Fiducie Desjardins prétend que l'avis de cotisation qui avait été émis le 23 février 1995 à la suite de sa déclaration amendée n'est qu'une réponse non obligatoire à sa réclamation.

Pour appuyer cette prétention, elle se réfère au texte suivant inclus dans l'article 1010 (2) L.I. Dans cet article, on emploie le terme « peut » plutôt que le terme « doit », ce qui implique que le sous-ministre n'avait aucune obligation légale de produire un nouvel avis de cotisation.

Il y avait aussi que les articles 1000, 1005 et 1008 L.I., de par leurs formulations et leurs emplacements respectifs dans la *Loi sur les impôts*, ne s'appliquaient qu'à la « déclaration fiscale initiale », même si ces termes ou une expression équivalente n'avaient jamais expressément été utilisés.

Le quatrième argument de Fiducie Desjardins était que le *Bulletin d'interprétation* IMP. 1010-2/R3[31] prévoyait également qu'il s'agissait d'une prérogative du ministre, celui-ci pouvant utiliser sa discrétion et n'étant pas obligé de cotiser systématiquement dès qu'il reçoit une demande modificative.

Finalement, Fiducie Desjardins avait conclu qu'un avis de cotisation dont l'émission est entièrement discrétionnaire ne pouvait constituer un avis de première cotisation au sens du sous-paragraphe 1010 2)a.0.1) L.I.

Par conséquent, l'interprétation contraire à celle qui avait été proposée par Fiducie Desjardins équivaudrait à permettre au sous-ministre de contourner entièrement l'effet de la prescription en cotisant régulièrement un contribuable de manière à faire recommencer chaque fois le délai à zéro.

---

[31] REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP. 1010-2/R3, « Renonciation à l'application des délais prévus aux sous-paragraphes *a*, *a*.0.1 et *a*.1 du paragraphe 2 de l'article 1010 de la *Loi sur les impôts* », 30 septembre 1994, par. 5.

Le sous-ministre

Le sous-ministre répondait aux arguments de Fiducie Desjardins que le point de départ du calcul du délai de prescription était la date du dépôt à la poste de l'avis de première détermination des RS & DE.

Il affirmait aussi que, lors de la détermination d'une RS & DE et de l'impôt à payer pour une année d'imposition donnée, ces deux étapes avaient lieu à des dates différentes, comme c'est le cas en l'espèce. Le délai à l'intérieur duquel le sous-ministre pouvait déterminer à nouveau les RS & DE serait différent de celui à l'intérieur duquel il pouvait déterminer l'impôt payable. En d'autres termes, le sous-ministre interprétait comme deux étapes séparées les deux obligations de l'article 1005 L.I. plutôt que de les voir simultanément comme Fiducie Desjardins le prétendait.

Le sous-ministre soulignait que l'article 1007 L.I., tel qu'il se lisait pour l'année d'imposition 1990, prévoyait que les articles 1000 à 1079 L.I., qui visaient la détermination d'impôt ou la nouvelle détermination d'impôt, s'appliquaient à toute détermination d'un montant ou nouvelle détermination d'un montant en vertu des articles 1000 à 1065 L.I.

Le sous-ministre a ajouté que l'application conjointe des articles 1005 et 1007 L.I. lui permettait de procéder à une nouvelle détermination des RS & DE en vertu de l'article 1010 L.I. et conformément aux délais qui y étaient applicables.

4.6. LE JUGEMENT DE PREMIÈRE INSTANCE

Le juge de première instance avait tranché en faveur du sous-ministre. Son raisonnement était le suivant :

> « […] même en vertu de l'article 1005 L.I., il est impossible pour le ministre de déterminer des crédits dont les montants sont réputés payés s'ils ne sont pas demandés par le contribuable. Rien dans la loi ne mentionne que le ministre doit se prononcer de quelque façon que ce soit sur ce qu'il ignore »[32].

Le juge avait aussi rejeté l'argument selon lequel l'article 1008 L.I. faisait implicitement référence à la déclaration d'impôt initiale. Il avait mentionné que l'article 1008 L.I. ne faisait pas la distinction entre une première déclaration fiscale et une déclaration amendée, il ne faisait que

---

[32] *Fiducie Desjardins*, précité, note 27, par. 30.

préciser qu'une déclaration fiscale entraînait un avis de cotisation. Donc, l'avis de première cotisation dont traite le sous-paragraphe 1010 2)a.0.1) L.I. était celui qui faisait suite à la déclaration mentionnée à l'article 1008 L.I.

Le juge avait aussi conclu que la déclaration amendée de Fiducie Desjardins était couverte par l'article 1008 L.I. et que l'avis de cotisation y faisant suite pouvait, par conséquent, être qualifié d'avis de première cotisation au sens du sous-paragraphe 1010 2)a.0.1) L.I.

Il avait ajouté qu'adopter la position préconisée par Fiducie Desjardins reviendrait à accorder au contribuable une discrétion quant au délai de quatre ans dont disposait le ministre pour émettre une nouvelle cotisation en réponse à une déclaration fiscale amendée, puisqu'il suffirait de déposer cette dernière peu de temps avant l'expiration du délai de quatre ans pour faire en sorte que le sous-ministre soit forclos d'émettre un avis de cotisation amendant l'avis initial s'il venait à découvrir une raison de le faire.

4.7. L'ANALYSE DE LA DÉCISION

La Cour d'appel est d'avis que le juge de première instance n'a pas erré dans son interprétation.

La Cour d'appel a noté que, si le point de vue de l'appelante était retenu, un contribuable pourrait produire une déclaration initiale, puis il pourrait attendre à la toute dernière minute avant l'expiration du délai pour faire des amendements à sa déclaration et obtenir gain de cause sur sa réclamation amendée.

Dans cette optique, le sous-ministre ne disposerait alors que du délai entre l'émission de son nouvel avis de cotisation et l'expiration du délai de quatre ans courant à partir de la mise à la poste de l'avis de cotisation initial pour réexaminer sa décision. En ce sens, le contribuable aurait entièrement discrétion quant au temps dont disposerait le sous-ministre pour réexaminer sa décision, étant donné que ce délai est fonction du moment où l'amendement est déposé.

La question en litige ne trouve pas de réponse claire dans la loi, étant donné que celle-ci ne contient aucune disposition qui fait une mention précise de la notion de « déclaration de revenus amendée » mais aborde simplement le traitement qu'une telle déclaration devrait recevoir.

La prétention de Fiducie Desjardins selon laquelle le second avis de cotisation devrait être perçu comme une réponse non obligatoire à sa

réclamation devait être retenue, la Cour d'appel estimait qu'une certaine controverse serait à prévoir.

Pour arriver à sa décision dans le litige, la Cour d'appel s'appuie sur le *Bulletin d'interprétation* IMP. 1051-1/R3. En effet, la Cour d'appel était d'avis que, dans ce bulletin, le ministre affirmait que son pouvoir de rembourser les montants payés en trop à titre d'impôt était discrétionnaire dès que ces montants n'étaient pas réclamés dans une déclaration d'impôt originale :

> « Puisque le deuxième alinéa de l'article 1051 de la Loi prévoit que le ministre doit effectuer le remboursement d'impôt, d'intérêt ou de pénalité payé en trop pour une année d'imposition si le contribuable lui en fait la demande en produisant sa déclaration fiscale originale ou si le ministre accepte de cotiser de nouveau suite à une demande de modification d'une déclaration fiscale originale qui lui est produite :
>
> a) dans les trois ans qui suivent la fin de l'année d'imposition concernée;
>
> b) dans les quatre ans qui suivent la fin de l'année d'imposition concernée lorsque le contribuable est, à la fin de cette année, une fiducie de fonds commun de placements ou une société autre qu'une société privée sous contrôle canadien[33]. »

Cependant, l'article 1051 L.I. n'était pas aussi clair, selon la Cour d'appel :

> « 1051. Lorsqu'un contribuable produit une déclaration fiscale pour une année d'imposition et qu'il a payé pour cette année à titre d'impôt, d'intérêt ou de pénalité un montant supérieur à celui qui était exigible, le ministre peut rembourser l'excédent à ce contribuable en même temps qu'il lui expédie l'avis de cotisation pour cette année.
>
> Toutefois, le ministre doit effectuer le remboursement visé au premier alinéa si le contribuable lui en fait la demande :
>
> a) dans les trois ans qui suivent la fin de l'année d'imposition concernée;
>
> b) dans les quatre ans qui suivent la fin de l'année d'imposition concernée lorsque le contribuable est, à la fin de cette année, une fiducie de fonds commun de placements ou une société autre qu'une société privée sous contrôle canadien;

---

[33] REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP. 1051-1/R3, « Remboursement d'impôt, d'intérêt ou de pénalité », 31 août 2000, par. 11.

> c) dans les six ans ou les sept ans, selon le cas, qui suivent la fin de l'année d'imposition concernée lorsque le sous-paragraphe a.1 du paragraphe 2 de l'article 1010 s'applique. »

La Cour d'appel s'est aussi référée aux propos des rédacteurs de la Collection fiscale du Québec, qui eux étaient d'avis qu'une telle obligation n'étaient pas entièrement discrétionnaire, ils s'exprimaient ainsi :

> « Rappelons qu'en vertu du deuxième alinéa de l'article 1051 L.I. et de la politique administrative de Revenu Québec, cette obligation [effectuer un remboursement d'impôt] existe dès qu'une déclaration d'impôt originale ou une modification à cette dernière est produite par le contribuable à l'intérieur des délais[34]. »

Par conséquent, la Cour d'appel en est venue à la conclusion que, bien que le pouvoir et le devoir de rembourser un contribuable de l'impôt payé en trop soient distincts du pouvoir de cotisation, le sous-ministre a, dans certaines conditions, le devoir de rembourser le contribuable; on pourrait donc en déduire qu'il a le pouvoir corrélatif de le cotiser.

En définitive, la Cour d'appel n'a pas retenu l'argument de Fiducie Desjardins concernant le caractère discrétionnaire du pouvoir de cotiser du sous-ministre. Cependant, elle a estimé qu'il n'était pas nécessaire de déterminer si le pouvoir de cotiser de nouveau à la demande du contribuable à l'intérieur du délai de l'article 1010 2)a.0.1) L.I. était discrétionnaire ou non. Même si ce pouvoir était considéré comme discrétionnaire, si son exercice donne lieu à une première détermination d'un crédit d'impôt, il se qualifie pour l'application du sous-paragraphe 1010 2)a.0.1) L.I.

La Cour d'appel s'est donc ralliée à l'argument du juge de première instance lorsqu'il affirmait qu'il était impossible pour le sous-ministre de cotiser certains revenus si la demande ne lui en était pas faite. De plus, selon la Cour d'appel, il serait incorrect de considérer qu'un avis de cotisation silencieux sur un crédit d'impôt remboursable faute de réclamation à ce sujet constitue une première cotisation sur ce crédit.

---

[34] *Fiscalité québécoise*, Commentaires 5, Collection fiscale du Québec, Publications CCH, p. 123 803, par. 288 110.

5. ÉQUITÉ PROCÉDURALE

5.1. L'AFFAIRE *ADRIEN BOULAY* C. *LA REINE*[35]

Un contribuable doit avoir le droit de présenter toute sa preuve et de se faire entendre devant les tribunaux, il s'agit de la maxime *audit alteram parte*. Il en est de même de la garantie procédurale dont jouit un contribuable contre la décision du ministre de ratifier sa cotisation.

Même si le contribuable peut être, à l'occasion, en partie responsable de ses malheurs par ces actions, il n'en demeure pas moins qu'il conserve son droit de se faire entendre par les tribunaux. C'est ce que la Cour d'appel fédérale a édicté dans la présente décision.

Dans ce dossier, la Cour d'appel fédérale devait analyser la décision d'un juge de la Cour canadienne de l'impôt. Le juge ayant rejeté les appels du contribuable pour les raisons suivantes :

> « Alors, Monsieur Boulay, vous aviez ce matin le fardeau de me démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que le ministre avait eu tort d'ajouter à vos revenus pour les années d'imposition 97 et 98 des revenus d'entreprise pour des montants respectifs de 21 205 $ et de 6 449 $.
>
> Vos explications relativement aux sommes en litige et qui apparaissent au résumé de l'onglet 18 ne m'ont pas convaincu.
>
> Votre témoignage était d'abord incohérent et enfin non appuyé par quelque autre témoignage crédible ou par quelque autre preuve documentaire satisfaisante.
>
> Enfin, je suis d'avis que le ministre était justifié d'imposer des pénalités. Alors, il a su relever le fardeau de la preuve qui lui était imposé en vertu de l'article 163(2) de la Loi.
>
> POUR CES MOTIFS, vos appels sont rejetés[36]. »

Devant les lacunes dans la preuve du contribuable, le juge de première instance avait rejeté les appels des cotisations pour les années d'imposition 1997 et 1998 du contribuable.

---

[35] [2006] C.A.F. 169; 2004 D.T.C. 3241 (C.C.I.).

[36] *Id*., par. 1.

De plus, il était d'avis que le ministre avait eu raison d'imposer, en plus du revenu supplémentaire aux années d'imposition en cause, les pénalités prévues en vertu du paragraphe 163(2) L.I.R.

M. Boulay a alors appelé de cette décision au motif qu'il n'y avait pas eu équité procédurale dans l'audition de son dossier devant la Cour canadienne de l'impôt.

1) Il s'agissait de la contestation de cotisations qui ajoutaient du revenu non déclaré aux revenus du contribuable ainsi que des pénalités en vertu de l'article 163(2) L.I.R. pour les années d'imposition 1997 et 1998.

2) M. Boulay avait contesté les cotisations devant la Cour canadienne de l'impôt en procédure générale.

3) À cette époque, il était représenté par un avocat.

4) Le 18 mars 2004, son représentant lui signifie une requête pour cesser d'occuper.

5) La requête est accueillie par la Cour canadienne de l'impôt le lendemain, soit le 19 mars 2004.

6) L'ordonnance précise que l'appelant est d'accord avec la demande de cesser d'occuper de son représentant.

7) Le procès se déroule comme il a été prévu le 23 mars 2004.

8) L'appelant se représente lui-même et il ne demande pas d'ajournement.

9) Cependant, l'appelant n'est pas en possession de ses documents, puisque lesdits documents à la date de l'audition sont toujours en possession de son ancien représentant.

10) Ainsi, à plusieurs occasions durant l'audition, le contribuable explique au juge ne pas être en possession des preuves qui appuieraient son appel.

11) La question des pénalités n'avait pas été vue expressément au cours de l'audition.

12) Malgré tout, le juge avait quand même confirmé ce point de la décision du ministre.

13) Le ministre n'a même pas eu à présenter une preuve pour satisfaire au fardeau de preuve que la loi lui imposait.

Dans ces circonstances, la Cour d'appel fédérale, sous la plume du juge Décary, s'est dite insatisfaite que justice n'ait pu être rendue et qu'une nouvelle audition s'imposait.

Le tribunal a accueilli l'appel du contribuable et a annulé la décision de première instance de la Cour canadienne de l'impôt et a déféré cette décision pour constituer une nouvelle audition.

PARTIE B

Jacques Plante, avocat
Fraser Milner Casgrain s.e.n.c.r.l.

1. LA RESPONSABILITÉ DES ADMINISTRATEURS

1.1. L'AFFAIRE *SZIKLAI* C. *LA REINE*[1]

1.1.1. Faits

L'appelant exploitait une entreprise dans le domaine de la réparation de carrosserie de véhicules à moteur par l'entremise de la société Baker Street Automotive Ltd. (ci-après « Baker »). L'appelant était responsable de la comptabilité et de la remise des retenues à la source de Baker jusqu'au mois de mars 1998. Au début de l'année 1998, l'appelant avait décidé de cesser l'exploitation de cette entreprise. L'appelant avait proposé au directeur des opérations, M. Martin von Holst, d'acheter Baker s'il désirait poursuivre l'exploitation de l'entreprise. En mars 1999, l'appelant et M. von Holst ont conclu une entente selon laquelle ce dernier exploiterait l'entreprise pour son propre compte jusqu'à l'automne 1999 et, à cette date, il pourrait renouveler le bail et transférer l'entreprise à son nom personnel.

En contrepartie, M. von Holst devait verser à Baker 3 500 $ par mois pour la période de mars 1999 jusqu'à octobre 2000. Malgré cette entente, l'appelant a continué à visiter régulièrement le siège social de Baker afin de s'assurer que les différentes remises fiscales de Baker étaient toujours effectuées par M. von Holst.

La preuve a démontré que l'appelant avait réalisé suffisamment de vérifications afin de raisonnablement conclure qu'en juin 1999 Baker n'affichait aucun retard relativement aux remises en matière d'impôt et de taxe. Par contre, Baker n'avait pas effectué ses remises en matière de taxe sur les produits et services (ci-après « TPS ») relativement au mois d'avril 1999. De plus, Baker n'avait pas effectué ses remises en matière de retenues à la source pour la période de septembre 1999 à décembre 1999. L'appelant n'a pas eu connaissance de ces manquements avant le mois de mai de l'année 2000 alors qu'il recevait une lettre de l'Agence du revenu du Canada

[1] [2006] G.S.T.C. 42.

(ci-après « ARC »). En effet, les avis précédant celui-ci étaient adressés et postés à l'attention de Baker.

1.1.2. Décision

Le juge Hershfield a analysé le principe édicté par le juge Morton dans l'affaire *Weyand* c. *La Reine*[2], selon lequel un administrateur unique était toujours un administrateur interne (*inside director*), tel qu'il est défini par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Soper* c. *La Reine*[3]. Par conséquent, l'administrateur unique serait toujours responsable des faits et gestes des tiers faits au nom d'une société. Le juge Hershfield a énoncé que la définition d'« administrateur interne » signifie que cette personne participe à l'administration de l'entreprise sur une base quotidienne. Par conséquent, imputer à quelqu'un l'étiquette d'un administrateur interne alors que cette personne ne participe pas à l'administration quotidienne est incompatible avec cette définition. De plus, le juge Hershfield a ajouté qu'imputer une telle présomption ferait en sorte que l'administrateur unique n'aurait plus droit à la défense de l'administrateur diligent.

D'après le juge Hershfield, le tribunal doit plutôt se poser la question suivante : est-ce que l'appelant, en raison de sa position et de sa participation au sein de Baker, était en mesure de déceler le problème potentiel et de s'en occuper? Ensuite, le juge a énoncé que le tribunal doit analyser ce qu'une personne raisonnable et prudente, dans de telles circonstances, aurait fait face à cette situation. Le juge a indiqué que la norme n'est pas la perfection mais bien la raisonnabilité. Après avoir analysé la participation de l'appelant aux affaires de Baker, le juge conclut que, en raison de la précarité financière de Baker, une personne raisonnable aurait fait des recherches supplémentaires peu de temps après les recherches effectuées au mois de juin 1999. Par conséquent, le juge conclut qu'avant le mois de septembre 1999 l'appelant ne pouvait être tenu responsable de l'omission de Baker de remettre les divers montants dus aux autorités fiscales en raison de sa prudence et de sa diligence. Par contre, le juge conclut qu'une personne diligente et prudente aurait, dans les circonstances en l'espèce, continué de s'informer des remises et aurait découvert les omissions de Baker et prendrait les moyens nécessaires afin de rectifier la situation.

---

2 [2004] G.S.T.C. 64 (C.C.I.).

3 [1997] 3 C.T.C. 242.

1.2. L'AFFAIRE *TURNER* C. *LA REINE*[4]

1.2.1. Faits

Patent Arden Equipment Ltd. (ci-après « Arden »), une société incorporée en vertu des lois de la Colombie-Britannique, connaissait des difficultés financières lors des années 1995, 1996 et 1997. En juin 1997, un huissier a saisi les biens d'Arden, incluant ses livres comptables, et a vendu l'immeuble dans lequel cette dernière exploitait son entreprise. Aux mois de février et août 1997 ainsi qu'au mois de mars 1999, Arden a été cotisée relativement à son omission de remettre les retenues à la source reliées aux salaires des employés. Au mois d'octobre 1997, Arden fut cotisée en vertu de la *Loi sur la taxe d'accise*[5], relativement à son omission de remettre aux autorités fiscales la taxe nette pour les années 1996 et 1997. Arden n'a jamais payé les montants cotisés.

Le 3 novembre 2000, Arden a été radiée du registre des sociétés de la Colombie-Britannique et a été liquidée. Le 3 janvier 2003, la Cour suprême de la Colombie-Britannique ordonnait que l'on rétablisse Arden au registre pour une période ne dépassant pas deux ans afin de faciliter la perception des dettes fiscales de cette dernière. Le 30 janvier 2003, un certificat établissait la dette relative à l'impôt impayé d'Arden au montant de 29 714,98 $ en vertu du paragraphe 223(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[6]. De plus, le 7 février 2003, un certificat était délivré pour la somme de 42 197,21 $ en vertu du paragraphe 316(2) L.T.A. relativement à sa dette en matière de TPS. À ces mêmes dates, la Cour fédérale émettait deux brefs de saisie-exécution afin de réaliser les jugements. Arden n'ayant plus de siège social, l'huissier s'est présenté au domicile de l'appelant, qui était l'unique administrateur et actionnaire d'Arden, et a produit un rapport indiquant qu'il avait été incapable de localiser des biens appartenant à Arden. L'huissier n'a jamais retourné aucun des deux brefs au registre de la Cour fédérale.

1.2.2. Décision

Le tribunal a rejeté l'argument de l'appelant selon lequel les alinéas 227.1(2)a) L.I.R. et 323(2)a) L.T.A., qui obligent les autorités fiscales à enregistrer à la Cour fédérale un certificat indiquant que la société

---

4 [2006] G.S.T.C. 32; [2006] 3 C.T.C. 2041.

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

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

ait omis de payer les montants aux autorités fiscales, n'ont pas été respectés étant donné que les brefs n'avaient jamais été retournés au registre de la Cour fédérale. Le juge Bonner a indiqué qu'il n'y a aucune raison de lire la *Loi de l'impôt sur le revenu* ou la *Loi sur la taxe d'accise* de façon à exiger que le rapport de l'huissier soit rédigé dans une forme ou un langage particulier. En effet, les règles régissant les procédures relatives au bref sont les règles du tribunal d'où émane ledit bref. En l'espèce, le juge Bonner conclut que le rapport rédigé par l'huissier et le renvoi des brefs à l'ARC ont satisfait aux exigences des alinéas 227.1(2)a) L.I.R. et 323(2)a) L.T.A. En effet, le juge a énoncé qu'il faut regarder la substance du rapport et non la forme de celui-ci afin de respecter les objectifs des paragraphes 227.1(2) L.I.R. et 323(2) L.T.A., soit la protection des administrateurs relativement aux mesures de recouvrement lorsque la société est en mesure de payer ses dettes fiscales.

1.3. L'AFFAIRE *TEHRANI* C. *LA REINE*[7]

1.3.1. Faits

La société 3111261 Canada Inc. (ci-après « 3111261 ») fit cession de ses biens le 23 novembre 1998. Peu de temps auparavant, l'appelant aurait remis sa démission relativement au poste d'administrateur de 3111261, soit le 29 septembre 1998. Puis, il fit parvenir une déclaration modificative au même effet à l'Inspecteur général des institutions financières (ci-après « IGIF »). Le 28 août 2002, l'ARC émettait un avis de cotisation à l'encontre de l'appelant en vertu du paragraphe 227(10) ainsi que de l'article 227.1 L.I.R. L'appelant était un administrateur de 3111261 qui, au moment de l'émission de l'avis de cotisation, avait une dette fiscale de 114 655 $. L'appelant fit valoir deux arguments devant la Cour canadienne de l'impôt. Dans un premier temps, il a prétendu que l'ARC n'avait pas produit sa preuve de réclamation dans les six mois suivant la cession des biens de 3111261. Dans un deuxième temps, l'appelant a allégué que l'avis de cotisation a été émis plus de deux ans après la date de sa démission du poste d'administrateur de 3111261.

1.3.2. Décision

En ce qui a trait au premier argument, le juge Lamarre conclut que l'intimé a produit sa preuve de réclamation dans le délai établi par l'alinéa 227.1(2)c) L.I.R. En effet, 3111261 a fait cession de ses biens le

[7] [2006] 3 C.T.C. 2269.

23 novembre 1998 et la preuve de réclamation a été reçue par le syndic le 6 mai 1999, soit à l'intérieur du délai prescrit. À propos du second argument, le juge Lamarre conclut que l'envoi de la déclaration modificative à l'IGIF relativement à la démission de l'appelant ne peut à elle seule être une preuve suffisante que l'appelant a remis sa démission écrite à 3111261, tel qu'il est requis par le paragraphe 108(2) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*[8]. Par conséquent, l'appelant n'a pas respecté les exigences de l'article 108 L.C.S.A. et ne peut prétendre qu'il avait démissionné à titre d'administrateur de 3111261 au mois de septembre 1998. L'avis de cotisation a, par conséquent, été émis à l'intérieur du délai prescrit.

1.4. L'AFFAIRE *GILBERT* C. *SMRQ*[9]

1.4.1. Faits

9010-9679 Québec inc. (ci-après « 9010 ») éprouvait de sérieux problèmes financiers lors des années 1995 à 1998 et a omis de verser les retenues à la source qu'elle devait déduire, retenir ou percevoir en vertu de la *Loi sur les impôts*[10]. Au cours de ces années, Revenu Québec avait émis quelque 16 avis de cotisation à l'endroit de 9010 relativement auxdites retenues à la source. Le 8 mai 1998, l'IGIF a radié d'office 9010 en vertu de la *Loi sur la publicité légale des entreprises individuelles, des sociétés et des personnes morales*[11].

Le 25 avril 2001, à la suite du dépôt d'un certificat conformément à l'article 13 de la *Loi sur le ministère du Revenu*[12], pour une somme de 18 827,90 $. Revenu Québec a tenté d'exécuter le jugement à l'encontre de 9010, mais en vain. Le 20 septembre 2001, Revenu Québec émettait un avis de cotisation à l'encontre de l'appelant en vertu de l'article 24.0.1 L.M.R. au montant de 14 785,06 $. L'appelant a soutenu qu'il avait cessé d'être administrateur de 9010 en février 1998 et que la radiation d'office survenue le 8 mai 1998 avait mis fin à tout doute qui aurait pu subsister à cet égard. L'appelant a soutenu, à titre subsidiaire, qu'il avait toujours agi avec un degré de soin, de diligence et d'habileté raisonnable dans les circonstances.

---

8 L.R.C. (1985), c. C-44 et mod. (ci-après « L.C.S.A. »).

9 C.Q. Montréal, nº 500-80-00703-026, 28 septembre 2005, j. Pinsonnault.

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

11 L.R.Q., c. P-45.

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

1.4.2. Décision

Le procureur de l'intimé a invoqué, lors de sa plaidoirie, le fait que Revenu Québec aurait fait les gestes nécessaires afin de révoquer la radiation d'office de 9010, ce qui aurait éliminé rétroactivement la dissolution de celle-ci provoquée par la radiation d'office de l'IGIF. Or, le juge Pinsonnault a conclu que l'avocat de l'intimé ne pouvait introduire en preuve un fait qui n'avait jamais été prouvé lors de l'audition. Par conséquent, le juge conclut que l'appelant avait cessé d'être administrateur à compter de la date de la radiation d'office, soit le 8 mai 1998, emportant ainsi la dissolution de cette dernière. Le tribunal annule la cotisation émise à l'encontre de l'appelant puisque celle-ci a été émise plus de deux ans après la date à laquelle l'appelant avait cessé pour la dernière fois d'être administrateur de 9010.

1.5. L'AFFAIRE *NOVICOFF* C. *SMRQ*[13]

1.5.1. Faits

Des avis de cotisation représentant des cotisations impayées relatives au Régime de rentes du Québec, au Fonds des services de santé, à la Commission des normes du travail ainsi que de l'impôt, de l'ordre de 28 071,29 $, ont été émis à l'encontre de la société Les Exhibitions Scientifiques Nomad (ci-après « Nomad »). Nomad est une personne morale constituée en vertu de la Partie III de la *Loi sur les compagnies*[14]. Ces avis de cotisation visent la période du 1er janvier 1996 au 31 décembre 2000. Nomad a produit des avis d'opposition relativement à quatre avis de cotisation. Ces quatre avis de cotisation furent confirmés par la Direction des oppositions. Le 30 août 2000, Revenu Québec déposait à la Cour supérieure un certificat en vertu de l'article 13 L.M.R. pour une somme de 45 907,27 $ et un jugement fut rendu le même jour relativement à cette même somme. Revenu Québec a tenté de faire exécuter ce jugement, mais le seul bien saisi et vendu fut un véhicule Dodge Caravan pour 200 $. Le 29 avril 2002, Revenu Québec établissait un avis de cotisation à l'encontre de l'appelant pour la somme de 44 507,50 $ en vertu de l'article 24.0.1 L.M.R. L'appelant était l'unique administrateur de Nomad.

---

13 C.Q. Montréal, nº 500-80-000904-038, 24 octobre 2005, j. Amyot.

14 L.R.Q., c. C-38.

1.5.2. Décision

Malgré le fait que l'appelant était le seul et unique administrateur de Nomad, le tribunal a conclu qu'il ne pouvait être tenu responsable des dettes fiscales de Nomad. Le juge Amyot a mentionné qu'il n'était pas convaincu que l'appelant avait la formation et les capacités requises afin de bien comprendre l'étendue des obligations fiscales incombant à Nomad dont il était administrateur. De plus, il a souligné que Nomad ne générait aucun profit mais dépendait exclusivement des subventions reçues par divers paliers gouvernementaux. Finalement, le juge a indiqué que le salaire de l'appelant pour les années 1997 à 1999 était de 30 000 $, 25 000 $ et 15 000 $ respectivement, et auquel il faut ajouter un avantage estimé à 5 500 $ relativement à l'usage d'une automobile. Selon le juge Amyot, la preuve ne démontre pas que l'omission de Nomad d'effectuer les versements aux autorités fiscales était motivée par des considérations d'ordre personnel de l'appelant ou dans le but d'en tirer un profit. Le tribunal a considéré que l'omission de l'appelant d'effectuer les retenues et les remises aux autorités fiscales relevait plutôt de l'ignorance que d'une volonté délibérée et que cette ignorance ne pouvait être assimilée à de l'aveuglement volontaire. Pour ces motifs, le tribunal a annulé la cotisation.

1.6. L'AFFAIRE *BOISVERT* C. *SMRQ*[15]

1.6.1. Faits

L'appelant, un fervent amateur de courses, s'est porté acquéreur d'une piste de courses située à Drummondville. De plus, il a acheté les actions de la société 2917998 Canada inc. (ci-après « 2917998 »), qui détenait un permis d'importation de carburant en provenance des États-Unis relativement aux véhicules de course. À ce moment, il a communiqué avec un représentant de Revenu Québec afin de se renseigner sur la façon de percevoir les taxes. Le représentant lui a indiqué qu'il payait à son courtier les taxes qui devaient être versées au gouvernement. 2917998 a acheté le carburant aux États-Unis et ce courtier avait la responsabilité de payer les taxes et les frais de douane reliés au carburant. Ensuite, le courtier a fait parvenir la facturation à l'appelant à laquelle étaient ajoutés ses frais de courtage.

À la suite d'une vérification effectuée par Revenu Québec, il fut découvert que la taxe sur le carburant n'avait jamais été payée par le courtier

[15] D.F.Q.E. 2005F-106; [2005] R.D.F.Q. 347.

à Revenu Québec. Par contre, toutes les autres taxes applicables avaient toujours été payées par l'entremise du courtier en douanes. Les bordereaux de paiements relatifs à la taxe sur le carburant (CAZ-51.2.P) étaient produits à néant tous les mois puisque le comptable de 2917998 était convaincu que la taxe sur le carburant avait été acquittée par le courtier tout comme les autres taxes.

1.6.2. Décision

Dans un premier temps, le juge Pauzé a rejeté l'argument du procureur de l'appelant relativement à la notion et à l'interprétation de l'article 24.0.1 L.M.R. selon lequel 2917998 n'avait pas à percevoir, détenir et remettre à Revenu Québec les montants relativement à la taxe sur le carburant. En effet, le juge Pauzé conclut que 2917998 étant titulaire d'un permis d'agent percepteur en vertu de l'article 51.3 de la *Loi concernant la taxe sur les carburants*[16], elle se devait de percevoir et de remettre la taxe à Revenu Québec. De plus, l'article 51.1 L.C.T.C. énonce que le titulaire d'un permis d'agent de perception est un mandataire de Revenu Québec, ce dernier devient débiteur du montant.

Par contre, le juge Pauzé conclut que l'appelant avait agi avec habileté, compétence, diligence et prudence puisque ce dernier s'assurait que 2917998 payait toutes les taxes fédérale et provinciale par l'intermédiaire de son courtier. En effet, la preuve démontre que l'appelant était convaincu d'avoir acquitté tous les paiements dus aux autorités fiscales puisque 2917998 détenait un permis d'importation de carburant et non d'agent percepteur. Par conséquent, le tribunal conclut que l'appelant, à titre d'administrateur, avait agi avec soin en s'assurant que son courtier payait les taxes requises, qu'il avait agi avec diligence en communiquant avec Revenu Québec et qu'il avait agi avec une habileté raisonnable en faisant remplir par son comptable les déclarations mensuelles. Le fait que les déclarations étaient produites à néant ne peut, en soi, être un indice qu'une taxe est due puisque l'appelant et le comptable croyaient que cette taxe avait été payée par le courtier. Le juge Pauzé a ajouté également que la preuve d'une simple bonne foi est suffisante pour exonérer l'appelant, sinon l'article 24.0.2 L.M.R. n'aurait aucun sens. Exiger une preuve supérieure enlèverait tout sens à la raison d'être de cet article.

---

[16] L.R.Q., c. T-1 (ci-après « L.C.T.C. »).

1.7. L'AFFAIRE *O'KEEFE* C. *LA REINE*[17]

1.7.1. Faits

L'appelant est un administrateur de Wicklow Logging Corporation Ltd. (ci-après « Wicklow »). L'appelant était également un administrateur de la société Juniper Lumber Co. Ltd. (ci-après « Juniper ») jusqu'à l'été 2000. Les deux sociétés exploitaient une entreprise dans le domaine forestier de façon complémentaire. Le principal fournisseur de Juniper était Wicklow. Le 7 mars 2000, Juniper a demandé au tribunal la protection en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*[18]. À ce moment, Juniper devait un peu plus de 3 M $ à Wicklow. Selon le juge Bowman, la preuve documentaire et testimoniale démontre que Wicklow était contrôlée par M. Mitchell Corey et c'est ce dernier qui administrait tous les aspects financiers de Wicklow avec l'aide de son comptable. En ce qui a trait à Juniper, la preuve démontre que le père de l'appelant était la personne qui avait le plein contrôle de cette dernière. L'appelant n'avait aucune idée des difficultés financières de Juniper jusqu'à ce que son père devienne malade.

En l'an 2000, Wicklow fut cotisée relativement à la TPS non remise aux autorités fiscales. Étant donné que l'ARC n'a pu percevoir les sommes dues par Wicklow, un avis de cotisation fut émis à l'endroit de l'appelant à titre d'administrateur relativement à la dette de Wicklow pour les taxes non remises.

La position des procureurs de l'intimé est que l'appelant aurait dû, à titre d'administrateur de Wicklow et de Juniper, empêcher Juniper d'acheter du bois provenant de Wicklow puisqu'il aurait dû connaître la situation financière de Juniper. Cela aurait comme effet de prévenir Wicklow d'avoir de la taxe nette à remettre aux autorités fiscales.

1.7.2. Décision

Le juge Bowman a rejeté la position de l'intimée. En effet, il conclut que la théorie des procureurs de l'intimée selon laquelle l'appelant aurait dû prévenir le manquement de Wicklow en empêchant Juniper d'acheter des fournitures de Wicklow n'est pas soutenue, aussi bien du point de vue légal que du point de vue factuel. En effet, le juge Bowman conclut que l'appelant

---

17 [2006] G.T.C. 354.

18 L.R.C. (1985), c. C-36.

n'avait aucun contrôle tant sur Wicklow que sur Juniper, et qu'il a tout fait en son pouvoir afin que cette dernière paie ses créanciers. La prétention que l'appelant pouvait contraindre Wicklow à payer les taxes dues aux autorités fiscales est irréaliste compte tenu des faits en l'espèce.

1.8. L'AFFAIRE *SCAVUZZO* C. *LA REINE*[19]

1.8.1. Faits

L'ARC a émis des avis de cotisation à l'endroit de Recisi Group Inc. (ci-après « Recisi ») ainsi qu'à l'encontre de deux sociétés numériques, soit 1212726 Ontario Ltée et 1328156 Ontario Ltée (ci-après « Sociétés numériques ») relativement à des retenues à la source liées aux salaires des employés et à la taxe nette non remise. Recisi exploitait une entreprise dans le domaine de la construction, alors que les Sociétés numériques exploitaient chacune une entreprise de main-d'œuvre. Les Sociétés numériques embauchaient des employés afin de fournir de la main-d'œuvre à Recisi. Les employés étaient rémunérés par les Sociétés numériques et, par la suite, ces dernières facturaient Recisi relativement aux services de main-d'oeuvre. N'ayant pu recouvrer les sommes dues aux autorités fiscales, l'ARC émettait des avis de cotisation à l'encontre des appelants à titre d'administrateurs de Recisi ainsi qu'à l'encontre de M^{me} Lisa Piccin, à titre d'administrateur des Sociétés numériques. La position de l'intimé relativement à l'émission de ces cotisations est que Recisi était l'employeur présumé des employés des Sociétés numériques et, par conséquent, qu'il était responsable des retenues à la source de ceux-ci. L'ARC a cotisé Recisi comme si cette dernière était solidairement responsable des retenues à la source des Sociétés numériques.

1.8.2. Décision

Dans un premier temps, le juge Bowman a examiné la possibilité pour un administrateur qui se voit cotisé par les autorités fiscales, en vertu de l'article 323 L.T.A., de contester l'avis de cotisation qui avait été émis à l'encontre de la société au sein de laquelle il était administrateur. En effet, les tribunaux ne sont pas sur la même longueur d'onde relativement à cette question. Le juge Bowman conclut que l'arrêt *Gaucher* c. *La Reine*[20] de la Cour d'appel fédérale est applicable à ce type de situation et qu'un administrateur peut contester l'avis de cotisation initialement émis à l'encontre de la société.

---

[19] [2006] 2 A.C.T.C. 2429.

[20] [2001] 1 C.T.C. 12 (C.A.F.).

Dans un deuxième temps, le juge Bowman a examiné l'avis de cotisation émis à l'encontre de Recisi relativement aux retenues à la source. Le juge Bowman a indiqué que l'ARC ne pouvait émettre des cotisations « conjointes » à l'endroit de Recisi et des Sociétés numériques sur ce sujet. En effet, le juge Bowman a indiqué que Recisi ou les Sociétés numériques devaient remettre les retenues à la source et non pas les deux. Par conséquent, les cotisations relatives aux retenues à la source émises à l'endroit de Jack et Sandro Scavuzzo, à titre d'administrateur de Recisi, sont annulées puisque cette dernière ne pouvait être cotisée sur cet aspect.

Dans un troisième temps, le tribunal devait décider si Jack Scavuzzo était un administrateur *de facto* de Recisi. Après une longue et exhaustive étude de la doctrine sur la notion d'administrateur *de facto*, le juge Bowman a indiqué que cette notion ne pouvait être utilisée à tort et à travers par les autorités fiscales. Le juge Bowman a retenu les enseignements de l'auteur Palmer et a conclu qu'une personne ne pouvait être traitée comme un administrateur *de facto* si cette personne ne se présentait pas devant les tiers comme un administrateur ayant un degré de qualification suffisant au soutien de cette prétention. Le juge Bowman a mentionné qu'il ne reconnaissait pas l'existence du concept en droit canadien qui permettrait d'étendre le concept d'administrateur *de facto* au-delà des limites édictées par Palmer. À cet égard, le juge Bowman conclut qu'un administrateur équivaut à un administrateur *de jure* et qu'on peut élargir cette notion à l'administrateur *de facto* seulement si la loi reconnaît ce concept. Le juge conclut que Jack Scavuzzo n'était pas un administrateur *de facto* de Recisi, et ce, même si ce dernier en était le directeur général avec les pouvoirs de signature reliés à cette fonction.

Finalement, le juge Bowman conclut que M. Sandro Scavuzzo ne pouvait être tenu responsable des dettes fiscales de Recisi en matière de TPS, puisque celui-ci n'avait aucun véritable pouvoir relativement à la gestion et au contrôle de Recisi. En effet, il ne pouvait d'aucune façon contraindre Recisi à payer la TPS que celle-ci devait aux autorités fiscales.

Par conséquent, le juge Bowman a annulé toutes les cotisations émises à l'endroit des appelants pour les motifs énumérés ci-dessus.

2. LA RESPONSABILITÉ DES TIERS

2.1. L'AFFAIRE *BLEAU* C. *LA REINE*[21]

2.1.1. Faits

M^me^ Bleau était actionnaire de 2525-6421 Québec Inc. (ci-après « 2525 »), qui fut constituée dans le but d'exploiter un immeuble locatif. M^me^ Bleau détenait également une participation de 50 % dans Les Projets C. H. Bleau Inc. (ci-après « C. H. Bleau »). M^me^ Bleau aurait avancé à C. H. Bleau une somme d'environ 85 000 $ en 1987 afin de financer la rénovation de l'immeuble locatif. Au 28 février 1992, C. H. Bleau devait 110 057 $ à ses actionnaires. Le montant de cette dette, qui figurait aux états financiers de C. H. Bleau, a été réduit à 8 946 $ un an plus tard, soit au 28 février 1993. C. H. Bleau aurait avancé à d'autres sociétés privées une somme s'élevant à 118 140 $, dont 46 693 $ à 2525, tel qu'il appert aux états financiers de celle-ci.

Le 11 septembre 1992, 2525 a vendu l'immeuble qu'elle détenait. Le 22 septembre 1992, 2525 a déposé, par virement interbancaire, une somme de 80 384 $ au bénéfice de M^me^ Bleau à même le produit de la vente. Le 14 décembre 1992, l'appelante a déposé dans son compte une somme additionnelle de 18 697 $ qui lui avait été versée par 2525 à même le paiement du solde du prix d'achat de l'immeuble vendu le 11 septembre 1992. À la suite d'une vérification de l'ARC, une somme initiale de 80 324 $ fut ajoutée au revenu de l'appelante en vertu du paragraphe 15(1) L.I.R. de même qu'une somme de 19 553 $ en vertu du paragraphe 15(2) L.I.R. À la suite de négociations avec le vérificateur, une somme de 53 244 $ fut ajoutée au revenu de l'appelante en vertu du paragraphe 15(1) L.I.R.

Le 28 juin 2001, l'ARC émettait un avis de cotisation à l'encontre de l'appelante au montant de 39 368 $, plus les intérêts, qui s'élevaient à 63 416 $, en vertu du paragraphe 160(1) L.I.R. Cette cotisation résulte du transfert de 53 244 $ de 2525 au bénéfice de l'appelante alors qu'à cette période 2525 avait une dette fiscale qui s'élevait à 174 331 $.

Le procureur de l'appelante a soulevé plusieurs arguments à l'encontre de l'avis de cotisation du 28 juin 2001. Premièrement, il a prétendu que l'avis de cotisation n'était pas valide puisque, au moment de l'établissement

[21] 2006 D.T.C. 2236.

de celui-ci, la dette fiscale de 2525 était prescrite en vertu de l'article 32 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*[22], qui édicte que les procédures de recouvrement se prescrivent tous les six ans. Deuxièmement, le procureur de l'appelante a prétendu que le tribunal devait se référer aux articles 1531 et 1671 du *Code civil du Québec*[23] afin d'interpréter la notion de solidarité. Selon lui, la solidarité créée par l'article 160 L.I.R. est une solidarité à l'égard d'une même dette et non pas de deux dettes distinctes. Finalement, le procureur de l'appelante a soutenu que cette dernière avait conclu un règlement avec les autorités fiscales qui était global et que, par conséquent, l'ARC ne pouvait émettre un avis de cotisation en vertu de l'article 160 L.I.R.

2.1.2. Décision

En ce qui a trait à l'argument relatif à la prescription, le juge Archambault a rejeté la position de l'appelante puisque l'article 160 L.I.R. permet d'établir une cotisation en tout temps. Au sujet de l'argument relatif à la solidarité, le juge Archambault a rejeté également cette position puisque, selon lui, le recours au *Code civil du Québec* permis par l'article 8.1 de la *Loi d'interprétation*[24] ne peut être utilisé que s'il n'y a aucune règle de droit qui va à l'encontre des règles normales du droit civil. Or, selon le juge Archambault, l'article 160 L.I.R. est un code complet relativement à la responsabilité du bénéficiaire d'un transfert et, de ce fait, le recours aux dispositions du *Code civil du Québec* constituerait une immixtion injustifiée dans l'exercice des pouvoirs conférés par la *Loi de l'impôt sur le revenu* à l'ARC de percevoir l'impôt fédéral.

Finalement, le tribunal conclut que l'argument relatif au règlement intervenu entre l'ARC et l'appelante était lui aussi mal fondé. En effet, ledit règlement ne fait aucune mention d'un avis de cotisation établi en vertu de l'article 160 L.I.R. De plus, cette disposition ne vise pas à imposer un impôt sur le revenu du contribuable mais plutôt à percevoir l'impôt auprès d'un tiers et, comme le procureur de l'appelante n'a cité ni jurisprudence ni doctrine pour appuyer cette position, le tribunal a confirmé l'avis de cotisation.

---

22 L.R.C. (1985), c. C-50.

23 L.Q. 1991, c. 64.

24 L.R.C. (1985), c. I-21 et mod.

Par ailleurs, il est intéressant de noter que, dans les notes de bas de page, le juge a indiqué qu'il était troublant de constater que l'appelante avait été imposée en vertu du paragraphe 15 L.I.R. sur la somme de 53 244 $, qui lui avait été remise par 2525, et qu'elle devait maintenant remettre cette somme à l'ARC en raison de l'article 160 L.I.R. à titre de paiement de l'impôt dû par 2525.

Le juge Archambault mentionna qu'il devrait exister une disposition légale permettant une déduction afin de neutraliser l'impôt que l'appelante avait déjà versé en raison de l'application du paragraphe 15(1) L.I.R., tel que l'alinéa 20(1)j) L.I.R., qui permet la déduction d'un montant d'un prêt impayé ajouté au revenu en vertu du paragraphe 15(2) L.I.R.

2.2. L'AFFAIRE *MADSEN* C. *LA REINE*[25]

2.2.1. Faits

Il s'agit d'un appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt qui a rejeté l'appel de l'appelante et a déterminé que celle-ci était tenue de payer la somme de 102 500 $ aux autorités fiscales en vertu de l'article 160 L.I.R. Le 1er août 1989, le débiteur fiscal a transféré sa moitié indivise dans une propriété située en Colombie-Britannique pour la somme de 1 $ ainsi qu'une promesse que l'appelante allait lui remettre la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») de ladite propriété lorsqu'elle aurait les fonds suffisants pour le faire. Le 21 juin 1994, l'appelante a acquis une propriété en Arizona et a transféré la moitié de son intérêt à son mari.

L'appelante a soutenu que la Cour canadienne de l'impôt avait erré en concluant que la contrepartie remise au débiteur fiscal, le conjoint de l'appelante, était en deçà de la JVM du bien qui lui avait été transféré. Le juge de première instance a conclu que la promesse était incertaine et imprécise, et qu'il lui était impossible de conclure qu'il s'agissait d'une contrepartie suffisante afin d'éviter l'application de l'article 160 L.I.R.

2.2.2. Décision

La Cour d'appel fédérale a confirmé la décision de la Cour canadienne de l'impôt puisque, selon celle-ci, une promesse du bénéficiaire de payer une contrepartie au moment où celui-ci aura les fonds suffisants ne constitue aucunement une contrepartie au moment du transfert au sens du

[25] 2006 D.T.C. 6090 (C.A.F.).

sous-alinéa 160(1)e)(i) L.I.R. Pour ce motif, la Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel.

2.3. L'AFFAIRE *ADDISON & LEYEN LTD.* C. *CANADA*[26]

2.3.1. Faits

En octobre 1988, la société York Beverages (1968) Ltd. (ci-après « York »), a vendu la presque totalité des éléments d'actif de son entreprise en contrepartie d'une somme approximative de 10 M$, comptant ainsi que la prise en charge de sa dette était évaluée à 3 M$. Lors de la période du 31 décembre 1988 au 28 septembre 1989, York a effectué divers paiements qui totalisaient environ 13,5 M$ à ses actionnaires. À la suite de ces paiements, York n'avait plus d'éléments d'actif à l'exception d'un montant d'argent équivalant aux impôts futurs reliés à sa dernière année d'exploitation et à la vente de ses éléments d'actif. Cette charge fiscale était évaluée à 2,8 M$.

Les actionnaires de York ont convenu de vendre leurs actions à Senergy (anciennement 388777 Alberta Ltd.) pour 1 115 000 $. Senergy avait planifié d'acquérir des données sismologiques avec les liquidités de York et de profiter d'une déduction fiscale qui aurait pour effet de réduire à zéro la charge fiscale de York. La vente fut conclue le 28 septembre 1989. Le contrat de vente prévoyait une clause selon laquelle Senergy s'engageait à produire les déclarations de revenus de York et à payer tout impôt qui serait dû par celle-ci. En décembre 1992, York a reçu un nouvel avis de cotisation pour environ 3 M$. Cet avis de cotisation résultait de la révision à la baisse de la valeur des données sismologiques. Un avis d'opposition fut produit en mars 1993 par un représentant de Senergy, mais aucune décision ne fut rendue par la Division des appels. Les appelants n'ont jamais eu connaissance de cet avis de cotisation. En 1998, l'ARC constata qu'il s'avérait impossible de recouvrir cet impôt directement de York.

En février 2001, l'ARC a établi des avis de cotisation à l'encontre des appelants en vertu de l'article 160 L.I.R., et ce, pour la totalité de la dette fiscale de York. Les appelants produisirent des avis d'opposition qui demeurèrent sans réponse. Les appelants firent une demande de contrôle judiciaire à la Cour fédérale relativement aux pouvoirs discrétionnaires dont jouissent les autorités fiscales pour émettre des avis de cotisation en vertu de l'article 160 L.I.R., et plus particulièrement au délai entre la cotisation émise

[26] [2006] 3 C.T.C. 95.

à l'encontre du débiteur fiscal et celles émises à l'encontre du bénéficiaire du transfert, afin d'annuler les cotisations émises à leur endroit. Le procureur de l'intimé fit une requête visant à faire radier cette demande de contrôle judiciaire en vertu de l'article 18.5 de la *Loi sur les Cours fédérales*[27], qui restreint le pouvoir de la Cour fédérale d'intervenir lorsqu'une loi fédérale prévoit que la personne peut interjeter appel d'une décision d'un office fédéral devant la Cour canadienne de l'impôt. La Cour fédérale a accueilli cette dernière requête, d'où le présent appel.

2.3.2. Décision

L'obligation fiscale fondée sur l'article 160 L.I.R. est une forme de responsabilité du fait d'autrui qui est permise lorsque : i) le bénéficiaire du transfert a un lien de dépendance avec le débiteur fiscal; ii) le débiteur fiscal a transféré un bien au bénéficiaire en contrepartie d'une valeur inférieure à la JVM de ce bien; et iii) le débiteur fiscal a une obligation fiscale principale impayée pour l'année durant laquelle le transfert a eu lieu ou pour une année antérieure. Dans le cas où ces conditions sont réunies, le bénéficiaire du transfert et le débiteur fiscal sont solidairement responsables d'acquitter la dette fiscale de ce dernier.

En vertu de l'article 160 L.I.R., l'ARC a le pouvoir discrétionnaire d'établir ou non une cotisation lorsque les conditions énumérées ci-dessus sont réunies. S'il existe plusieurs personnes susceptibles de répondre de la dette fiscale, l'ARC a le pouvoir de choisir parmi celles-ci les personnes qui devront répondre de ladite dette. L'ARC peut établir un avis de cotisation sans avoir à alléguer ou prouver une intention d'évasion fiscale, et la personne ainsi visée ne peut invoquer une défense fondée sur la diligence raisonnable. De même, la personne qui reçoit un avis de cotisation fondé sur l'article 160 L.I.R. ne peut s'y soustraire en démontrant qu'elle ignorait tout de la dette fiscale de l'auteur du transfert ou qu'elle n'avait pas le contrôle des affaires du débiteur fiscal. Finalement, la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne prévoit aucune limite de temps à l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'ARC. Par conséquent, le risque de se voir assujetti à l'article 160 L.I.R. est perpétuel.

La majorité de la Cour d'appel fédérale reconnaît qu'il est loisible au législateur d'édicter une loi qui soumet une personne à un risque perpétuel d'être assujettie à une disposition de la *Loi de l'impôt sur le revenu* à la discrétion de l'ARC. Cependant, le législateur doit employer un libellé clair

---

[27] L.R.C. (1985), c. F-7 (ci-après « L.C.F. »).

et explicite pour priver une personne de la possibilité de se prévaloir de la protection minimale que lui confère le droit de demander le contrôle judiciaire d'une décision des autorités gouvernementales prise en vertu d'un pouvoir discrétionnaire. L'article 18.5 L.C.F. n'est pas suffisamment explicite pour soustraire la compétence de la Cour fédérale des demandes de contrôle judiciaire qui concernent l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'ARC découlant de l'article 160 L.I.R. En effet, en raison de l'étendue du pouvoir discrétionnaire qu'a l'ARC de recourir à cette disposition, du fait qu'il s'agit essentiellement d'un outil de recouvrement et non de cotisation et, finalement, compte tenu du pouvoir limité que possède la Cour canadienne de l'impôt de superviser les actes des fonctionnaires dans le cadre de l'établissement d'une cotisation fondée sur l'article 160 L.I.R., les appelants pourraient demander à la Cour fédérale d'examiner la décision de l'ARC de cotiser ces derniers.

De plus, le tribunal a énoncé que, lorsque des personnes allèguent que des irrégularités ont été commises par l'ARC dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'établir une cotisation en vertu de l'article 160 L.I.R., la Cour canadienne de l'impôt n'a pas compétence pour examiner ces allégations puisqu'elles ne touchent pas le bien-fondé de la cotisation.

La Cour d'appel fédérale conclut que l'article 18.5 L.C.F. permet à la Cour fédérale de se saisir d'une demande de contrôle judiciaire fondée sur une allégation d'exercice inappropriée de la part de l'ARC relativement à son pouvoir discrétionnaire d'établir une obligation fiscale en vertu de l'article 160 L.I.R. Or, puisque la Cour fédérale peut entendre une demande de contrôle judiciaire fondée sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'ARC, aucune loi ou principe de droit n'empêche la Cour fédérale d'annuler une cotisation fiscale. Le tribunal a renvoyé le dossier devant la Cour fédérale pour qu'une décision soit rendue sur le fond.

2.4. L'AFFAIRE *ISAAC* C. *LA REINE*[28]

2.4.1. Faits

L'appelante est mariée à Christopher Isaac. En raison de difficultés matrimoniales, l'appelante et M. Isaac ont conclu une entente de séparation, dans laquelle M. Isaac consentait à transférer à l'appelante son intérêt dans la résidence familiale. Le 6 février 1991, l'appelante mandatait M. Isaac d'acheter une propriété dans la région de Salmon Arm en son nom. En

[28] [2006] 2 C.T.C. 2234.

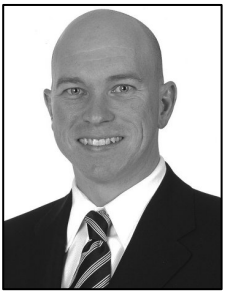
juin 1991, M. Isaac et l'appelante achetèrent une propriété au montant de 90 255 $ à l'aide d'un emprunt hypothécaire de 82 000 $. En septembre 1997, M. Isaac transféra son intérêt dans ladite propriété, dont la valeur était estimée à 165 700 $ au moment du transfert à l'appelante, pour une contrepartie de 1 $.

L'ARC allègue que Salmon Arm Jewelers Ltd. (ci-après « Salmon »), société constituée par M. Isaac relativement à l'exploitation d'une bijouterie, n'a pas remis l'impôt dû en vertu du paragraphe 228(2) L.T.A. Le 5 novembre 1998, l'ARC émit un avis de cotisation à l'encontre de M. Isaac en vertu du paragraphe 325(1) L.T.A. relativement à la dette fiscale de Salmon. M. Isaac fit appel de cette cotisation, qui fut rejeté en septembre 2000. L'ARC émit un avis de cotisation à l'encontre de l'appelante sur la base du transfert survenu en septembre 1997.

2.4.2. Décision

Malgré le fait que M. Isaac figurait au registre, la preuve démontre que l'appelante était la seule bénéficiaire de la propriété acquise en juin 1991 et qu'au moment de l'achat elle et M. Isaac croyaient sincèrement que l'appelante en était la seule propriétaire. En effet, l'entente de séparation intervenue entre l'appelante et M. Isaac indique que l'appelante était l'unique propriétaire de la propriété. En l'espèce, la preuve démontre qu'il n'y a jamais eu de transfert de propriété puisque l'appelante était l'unique propriétaire de ladite propriété au moment de l'acquisition de celle-ci. Subsidiairement, le tribunal conclut que, s'il y avait eu transfert, il s'agirait d'un remboursement de prêt puisque la propriété aurait dû être considérée comme le paiement d'un montant dû par M. Isaac à l'appelante. Par conséquent, l'ARC ne pouvait émettre un avis de cotisation à l'encontre de l'appelante en vertu de l'article 325 L.T.A.

LES ENJEUX EN MATIÈRE DE RÉMUNÉRATION DES CADRES



Joël Carrier
Avocat, M. Fisc.
Samson Bélair/Deloitte & Touche s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 48:3

1. TENDANCES ACTUELLES EN MATIÈRE DE RÉMUNÉRATION 48:4

1.1. SONDAGE *TOP FIVE TOTAL REWARDS PRIORITIES FOR 2006* 48:4
1.1.1. Méthodologie du sondage *Top Five Total Rewards Priorities for 2006* 48:4
1.1.2. Résultats du sondage en bref 48:5
1.2. INFLUENCE DU MARCHÉ DU TRAVAIL SUR LA RÉMUNÉRATION 48:11
1.2.1. Taux de fécondité 48:11
1.2.2. Vieillissement de la population 48:11
1.2.3. Immigration insuffisante 48:12
1.3. ATTENTES DE LA GÉNÉRATION Y FACE AU MARCHÉ DU TRAVAIL 48:12

1.4. ADAPTER LA RÉMUNÉRATION À LA PERFORMANCE DE LA HAUTE DIRECTION 48:13

2. ANALYSE DE DIFFÉRENTS RÉGIMES DE RÉMUNÉRATION 48:15

2.1. LE RÉGIME DE DROITS À LA PLUS-VALUE D'UNITÉS FICTIVES 48:16
2.1.1. Profil du régime 48:16
2.1.2. Mises en garde 48:18
2.2. RÉGIME DE PARTS DIFFÉRÉES ET RESTREINTES 48:22
2.2.1. Profil du régime 48:22
2.3. RÉGIME D'UNITÉS D'ACTIONS DIFFÉRÉES 48:26
2.3.1. PROFIL DU RÉGIME 48:26

3. LES ENJEUX COMPTABLES 48:30

3.1. HISTORIQUE 48:31
3.2. DÉFINITIONS 48:32
3.3. TRAITEMENTS COMPTABLES POUR LES PAIEMENTS À BASE D'ACTIONS 48:33
3.3.1. Types de paiements à base d'actions 48:33
3.4. TRAITEMENT COMPTABLE DES RÉGIMES DE RÉMUNÉRATION ANALYSÉS 48:34
3.4.1. Régime de droits à la plus-value d'unités « fantômes » 48:34
3.4.2. Régime de parts différées et restreintes 48:35
3.4.3. Régime d'unités d'actions différées 48:35

CONCLUSION 48:36

INTRODUCTION*

La rémunération des cadres et des employés clés d'une entreprise constitue plus que jamais un sujet d'intérêt. En effet, le succès d'une entreprise dépend le plus souvent de la qualité et de la compétence de sa main-d'œuvre. Dans un contexte où la main-d'œuvre est de plus en plus rare et conséquemment recherchée, il est primordial pour une entreprise de s'assurer de pouvoir attirer, motiver et retenir ses meilleurs éléments. Un des moyens de plus en plus utilisé par les entreprises afin d'atteindre ces buts est de mettre en place un régime de rémunération incitative.

Bon an, mal an, on retrouve au menu des différentes conférences fiscales, une ou plusieurs présentations portant sur la rémunération des cadres et des dirigeants d'entreprises[1]. Le défi est donc d'apporter un éclairage nouveau ou différent sur un sujet fort populaire mais ne faisant que rarement l'objet de modifications législatives.

Le régime de rémunération incitative le plus populaire est sans aucun doute le régime d'option d'achat d'actions. Au fil des ans, de nombreuses conférences ont traité des avantages, inconvénients, particularités fiscales,

---

* L'auteur tient à remercier M[e] Michel Rossignol et M[me] Isabelle Arsenault de leur précieuse collaboration à la rédaction de ce texte. De plus, l'auteur tient à remercier particulièrement M. Nick Capanna, CA, de son aide lors de la rédaction du chapitre 3, « Les enjeux comptables ». L'auteur assume toutefois la responsabilité du contenu du présent texte.

1 Éric GÉLINAS, « Considérations fiscales relatives aux modes de rémunération pour les employés clés », dans *Congrès 2005*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2006, pp. 12:1-32; Elaine MARCHAND, « Options d'achat d'actions dans un contexte d'acquisition », dans *Congrès 2005*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2006, pp. 30:1-46; Luc LACOMBE, « Fiscalité et stratégies de l'exercice des options d'achat d'actions », dans *Congrès 2005*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2006, pp. 39:1-36; Hugues LACHANCE, « Rémunération de l'actionnaire dirigeant », dans *Congrès 2004*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2005, pp. 1:1-30; Éric GÉLINAS, « Considérations fiscales relatives à l'introduction d'employés dans l'actionnariat », dans *Congrès 2004*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2005, pp. 8:1-36; Luc LACOMBE, « Intéressement d'employés dans l'actionnariat », dans *Congrès 2002*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2003, pp. 21:1-70; Luc LACOMBE, « Option de différer l'imposition du revenu d'emploi : article 7 L.I.R. », dans *Congrès 2001*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2002, pp. 23:1-86; Diane HENRY, « Rémunération de l'actionnaire-dirigeant », dans *Congrès 2001*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2002, pp. 43:1-26.

défis comptables et défis liés à la gouvernance d'entreprise rattachés à ce type de régime. Il est donc de mise de ne pas répéter ce qui a été analysé et discuté maintes fois déjà.

Ainsi, le présent texte portera notamment sur d'autres types de régimes de rémunération destinés aux cadres et employés clés d'une entreprise et sera divisé en trois parties. D'abord, nous dresserons un tableau des tendances actuelles en matière de rémunération. Ensuite, nous analyserons trois régimes de rémunération : le régime de droits à la plus-value d'unités « fantômes », le régime de parts différées et restreintes et le régime d'unités d'actions différées. Enfin, nous ferons un survol des différents enjeux comptables liés aux régimes de rémunération analysés.

1. TENDANCES ACTUELLES EN MATIÈRE DE RÉMUNÉRATION

1.1. SONDAGE *TOP FIVE TOTAL REWARDS PRIORITIES FOR 2006*

Au cours des prochaines pages, nous procéderons à l'analyse d'un sondage mené en 2006 par des spécialistes en matière de rémunération de la firme Deloitte Consulting[2] et dont l'objectif est de déterminer quelles sont les priorités des employeurs en ce qui concerne les différents aspects de la rémunération globale : rémunération, coût des avantages sociaux, rétention du talent, vieillissement de la main-d'œuvre, etc.

Par la suite, nous ferons un survol d'autres éléments socio-économiques qui ont une influence sur les pratiques de rémunération et sur l'environnement du travail en général.

1.1.1. Méthodologie du sondage *Top Five Total Rewards Priorities for 2006*

Le sondage a été réalisé pour la 12e année consécutive par l'équipe de Capital Humain de Deloitte en collaboration avec l'International Society of Certified Employee Benefits Specialists.

---

[2] DELOITTE CONSULTING, *Top Five Total Rewards Priorities for 2006*, sondage 2006.

Quatre cent vingt-deux organisations ont répondu au sondage de cette année. Les résultats sont demeurés constants au travers des régions et des segments d'industrie, avec peu de différences notables[3].

L'expression *total rewards* se traduit par « rémunération globale » et comprend l'ensemble de la rémunération, les avantages et tous les autres paiements directs ou indirects que peuvent recevoir les employés.

Dans le cadre du sondage, en plus de classer en ordre d'importance les cinq priorités en matière de rémunération dans leur propre organisation, on a demandé aux répondants d'identifier les actions relatives à des problématiques de rémunération entreprises par leur compagnie au cours des 12 derniers mois.

1.1.2. Résultats du sondage en bref

Quatre-vingt-onze pourcent des répondants ont déclaré que le contrôle des coûts des programmes de santé était une de leurs cinq priorités en matière de rémunération tandis que 55 % des répondants ont placé cet élément en première place parmi leurs priorités.

Au même moment, les priorités arrivant en deuxième et troisième place pour les répondants laissent entrevoir des tensions dans les priorités des employeurs en matière de rémunération. En effet, les employeurs reconnaissent la nécessité de mettre en place une rémunération globale concurrentielle qui agira comme source de motivation pour les employés mais en même temps, admettent vouloir imposer une portion plus importante des différents coûts reliés aux avantages sociaux à ces mêmes employés[4].

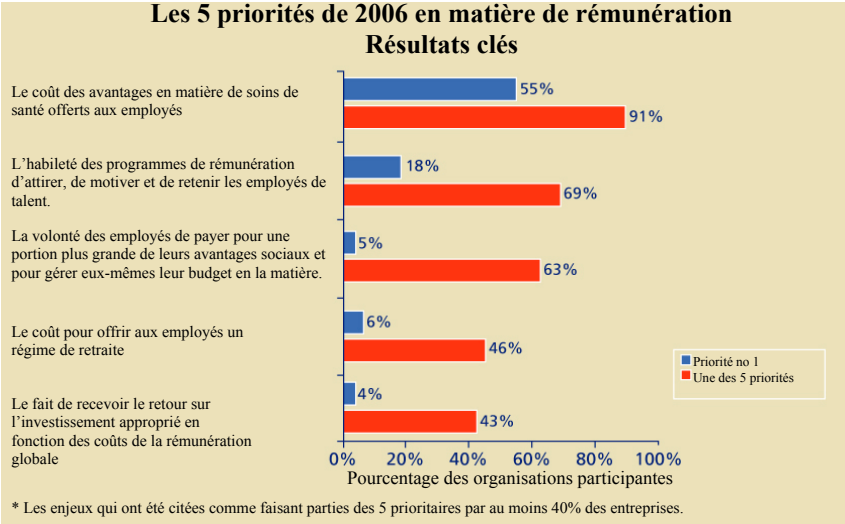
---

[3] Pour le secteur de la consommation, les répondants sont légèrement moins préoccupés que les répondants des autres industries par le coût des régimes de retraite et un peu plus préoccupés par la volonté des employés de payer une portion plus importante des coûts reliés aux avantages sociaux. Pour ce qui est du secteur de la santé, les répondants sont légèrement plus préoccupés que les répondants des autres industries par la volonté des employés de payer une portion plus importante des coûts reliés aux avantages sociaux et par la capacité de leur industrie d'attirer, de retenir et de motiver les employés.

[4] Parmi les autres priorités citées par les répondants au sondage, notons :

- la capacité des employés à prendre leur retraite (citée par 35 % des répondants);
- l'impact des modifications législatives récentes comme 409A et Sarbanes-Oxley (34 %);

(à suivre…)



Non seulement, le contrôle des coûts des programmes de santé est-il la priorité première des employeurs, mais de plus, trois des quatre autres priorités sont également de nature financière. En effet, on retrouve dans l'ordre à partir de la troisième position l'augmentation de la responsabilité financière assumée par les employés, de façon directe (soit en payant une plus grande part des coûts) ou indirecte (par la gestion d'un budget individuel ou la participation à un régime de type « cafétéria »[5]), les coûts afférents à un régime de retraite ainsi que les manières d'obtenir le meilleur

(…suite)

- le coût pour offrir aux retraités des régimes de soins de santé (29 %);
- l'inefficacité et la nature fragmentée des régimes de rémunération (27 %);
- la complexité administrative des régimes d'avantages sociaux (17 %);
- l'impact des marchés financiers sur les programmes de rémunération (11 %);
- l'augmentation des demandes des actionnaires par rapport aux programmes de rémunération (7 %);
- la dilution des actions en raison des programmes d'actionnariat pour les employés (6 %).

[5] On entend par régime de type « cafétéria » un régime dont les employés peuvent choisir les protections désirées parmi plusieurs options, dans les limites d'un montant alloué par l'employeur.

retour (attraction, motivation et rétention) sur les dollars investis en régimes de soins de santé, de retraite, etc.

Il est significatif de noter que le pourcentage des répondants qui ont indiqué la responsabilisation des employés a augmenté de façon significative par rapport à l'édition précédente du sondage (63 % *versus* 52 %, en 2005). L'utilisation de régimes de type « cafétéria » est une mesure dont peut se prévaloir un employeur afin d'augmenter la responsabilisation des employés.

Il est important de préciser que le sondage a été mené auprès d'entreprises américaines et que, par conséquent, les résultats démontrent des préoccupations qui peuvent différer des entreprises canadiennes ou québécoises. En effet, le coût des assurances médicales au Canada n'atteint pas les niveaux américains notamment en raison des coûts astronomiques des soins médicaux aux États-Unis. De plus, il est à considérer que les assurances offertes par les entreprises canadiennes sont des assurances complémentaires à l'assurance médicale offerte par les différents régimes publics provinciaux.

Il faut toutefois noter que la place occupée par les assureurs privés dans le secteur de la santé au Canada augmente constamment : les contributions privées (les contributions directes des usagers plus les dépenses des assureurs privés) représentent maintenant plus de 30 % des dépenses totales en santé au Canada[6] et selon le Congrès du travail du Canada, le coût des assurances privées a augmenté d'environ 11 % par année au cours des dernières années[7].

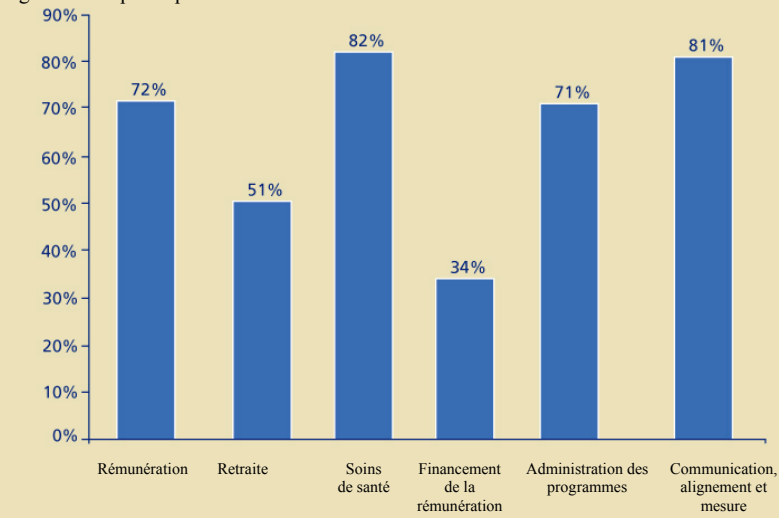
Malgré ces différences, les principales conclusions du sondage demeurent pertinentes en raison des autres priorités citées par les employeurs. Le tableau suivant montre les différents programmes que les employeurs prévoient modifier ou ont modifié au cours des 12 derniers mois, en tout ou en partie.

---

6 Extrait tiré du site Internet de l'Institut canadien d'information sur la santé : INSTITUT CANADIEN D'INFORMATION SUR LA SANTÉ, *Dépenses totales de santé par source de financement, Canada, de 1975 à 2005*, (en ligne) : http://secure.cihi.ca/cihiweb/dispPage.jsp?cw_page=home_f.

7 Extrait tiré du site Internet du Congrès du travail du Canada : Ken GEORGETTI, « Les soins de santé privés : coûteux et inégaux », (en ligne) : http://congresdutravail.ca/.

Tableau 4. Redéfinition des programmes de rémunération globale*



*Entreprises qui redéfinissent ou qui prévoient redéfinir leurs programmes de rémunération globale

L'élément le plus susceptible de faire l'objet de modifications est évidemment les programmes de soins de santé. En effet, 82 % des répondants prévoient apporter des modifications, en tout ou en partie, à leurs programmes de soins de santé, dans le but, pour les trois quarts de ces répondants, de contenir ou réduire les coûts des différents programmes offerts aux employés.

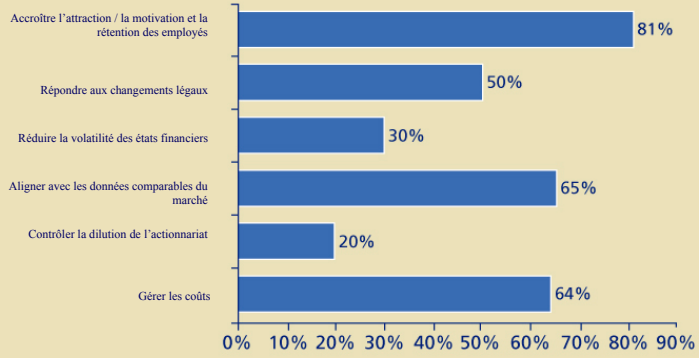
Il est logique de constater, à la lumière des résultats présentés précédemment, que les programmes de soins de santé soient plus susceptibles d'être l'objet de modifications par les employeurs. En effet, la volonté ou le désir des employeurs de contrôler les coûts reliés aux programmes de soins de santé vont irrémédiablement amener ces derniers à vouloir apporter des modifications afin d'atteindre les objectifs souhaités.

Les tableaux ci-après nous démontrent que la réduction des coûts n'est pas la seule raison invoquée par les répondants au sondage afin d'apporter des modifications aux différents programmes de rémunération composant la rémunération globale des employés. Parmi les 72 % de répondants prévoyant apporter des modifications à la composante « rémunération » de la

rémunération globale offerte aux employés, trois motifs ressortent clairement :

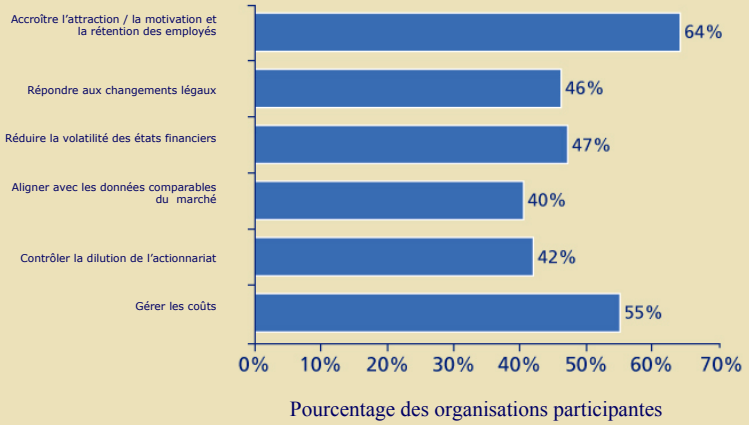
- accroître l'attraction, la motivation et la rétention des employés;
- aligner avec les données comparables du marché; et
- gérer les coûts.

Tableau 3. Raisons principales pour revoir les programmes de rémunération globale



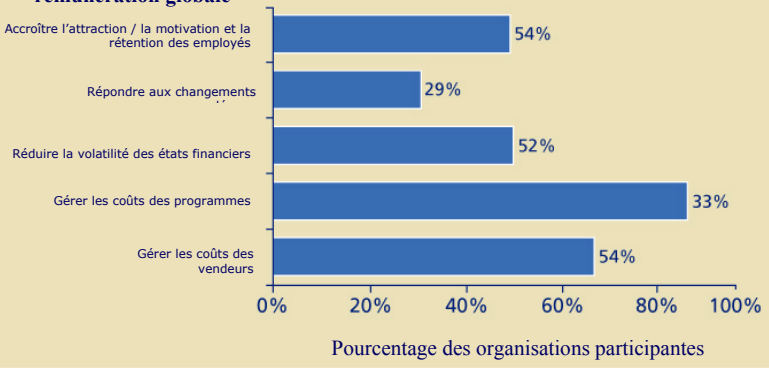
Les raisons invoquées afin d'apporter des modifications aux régimes de retraite des entreprises sont identiques, avec des pourcentages légèrement différents :

Tableau 4. Raisons principales pour revoir les régimes de retraite



Enfin, le dernier tableau présente le pourcentage des répondants qui prévoient modifier la structure financière de la rémunération globale et les raisons invoquées qui sont, comme pour les deux graphiques précédents, les mêmes :

Tableau 5. Raisons principales pour revoir la structure financière de la rémunération globale



1.2. INFLUENCE DU MARCHÉ DU TRAVAIL SUR LA RÉMUNÉRATION

À la lumière des résultats présentés ci-dessus, force est de constater que l'attraction, la rétention et la motivation des employés constitue une priorité importante pour les employeurs. La rareté de la main-d'œuvre qualifiée et compétente explique en bonne partie pourquoi les employeurs se livrent une concurrence féroce pour aller chercher et retenir les meilleurs employés disponibles.

Plus près de nous, il existe différents facteurs, externes à l'entreprise, qui expliquent pourquoi certaines entreprises québécoises et canadiennes vivent ou s'apprêtent à vivre aux cours des prochaines années des pénuries de main-d'œuvre.

1.2.1. Taux de fécondité

En 2002, le taux de fécondité s'établissait au Québec à 1,5[8] alors que le taux minimal de renouvellement de la population est de 2,1. Conséquemment, la population du Québec devrait commencer à décliner après avoir atteint un sommet de 8,1 millions d'habitants en 2031. Par comparaison, le taux canadien pour la même année était de 1,51 tandis que le taux américain était de 2,04. Il faut espérer que l'amélioration des congés parentaux offerts aux parents québécois saura contribuer à améliorer ce taux à long terme[9].

1.2.2. Vieillissement de la population

Environ 10 millions de Canadiens sont nés entre 1946 et 1965 et composent la génération des *baby-boomers*. Conséquemment, les premiers *boomers* arrivent maintenant à 60 ans et nombre d'entre eux approchent de la retraite. De plus, il est prévu que d'ici 2015, 48 % de la population active aura entre 45 et 64 ans.

Enfin, si aujourd'hui 10 personnes en âge de travailler font vivre 5 personnes inactives, en 2050, ce ratio sera passé à 10 personnes en âge de travailler pour faire vivre 7 personnes inactives. Évidemment, ce défi n'est

---

8 Le taux de fécondité se mesure en nombre d'enfant par femme en âge de procréer.

9 Les chiffres préliminaires de 2006 semblent démontrer que le taux de natalité au Québec aurait augmenté à environ 1,6. Il serait toutefois prématuré d'établir une corrélation entre cette augmentation et les nouvelles mesures incitatives mises en place en 2006.

pas unique au Québec ou au Canada : le passage des *baby-boomers* à la retraite représente un défi auquel la plupart des pays industrialisés devront faire face au cours des prochaines années.

1.2.3. Immigration insuffisante

Il est bien connu que le Canada est une terre d'accueil pour les immigrants depuis sa création. Toutefois, le Québec, malgré le fait qu'il représente 23,4 % de la population canadienne, n'a reçu que 16,5 % des immigrants qui se sont établis au Canada entre le 1er juillet 2005 et le 30 juin 2006. Les nouveaux arrivants préfèrent de loin l'Ontario (52,3 % des nouveaux immigrants pour 38,9 % de la population) ou la Colombie-Britannique (17,2 % des nouveaux immigrants pour 13,2 % de la population)[10].

Tous ces facteurs, combinés au fait que plusieurs secteurs d'emploi au Québec et au Canada vivent déjà des pénuries de main-d'œuvre, font en sorte que les employeurs doivent ou vont devoir rivaliser d'imagination pour palier aux difficultés actuelles ou futures en matière de main-d'œuvre.

Un récent sondage mené par Léger Marketing pour le compte de Deloitte & Touche[11] confirme d'ailleurs cette tendance : 35 % des actionnaires dirigeants d'entreprises privées canadiennes ont mentionné l'attraction et la rétention des employés comme un défi auquel leur entreprise sera confrontée au cours des trois à cinq prochaines années.

1.3. ATTENTES DE LA GÉNÉRATION Y FACE AU MARCHÉ DU TRAVAIL

De nombreux spécialistes se sont penchés sur les différences qui caractérisent la génération Y par rapport à la génération du *baby-boom*. Évidemment, ce texte n'a pas pour but de faire la synthèse de toutes les publications sur le sujet! Toutefois, il peut être intéressant de jeter un coup d'œil sur certaines tendances relevées par des spécialistes[12] qui influenceront peut-être les pratiques des employeurs en matière de rémunération.

---

[10] Extrait tiré du site Internet de Statistique Canada : STATISTIQUE CANADA, (en ligne) : http://www.statcan.ca/menu-fr.htm.

[11] SONDAGE LÉGER MARKETING, *Owner Value Study Among Owners of Private Companies of Consequence in Canada*, publié par Deloitte & Touche, LLP, 2006.

[12] François TROTTIER, « Génération Y et rémunération – Devrons-nous revoir nos façons de faire? », dans *Les prévisions salariales 2006, les tendances de la*

(à suivre…)

La génération Y se compose des gens de moins de 26 ans, c'est-à-dire nés en 1980 ou après. Leurs comportements face au marché du travail s'apparentent souvent à ceux des membres de la génération X, nés entre 1967 et 1980. La plupart des membres de la génération Y sont des enfants de *baby-boomers* et plusieurs ont été élevés comme des « enfants-rois ».

Parmi les attentes des membres de cette génération, notons les points suivants :

- les « Y » sont généralement bien informés et discutent ouvertement de leur salaire avec leurs collègues et amis;
- ils sont généralement plus axés sur le court terme;
- ils sont généralement plus intéressés par les bonis liés au travail d'équipe que ceux liés au travail individuel;
- ils sont généralement moins intéressés par les incitatifs à long terme et les régimes de retraite;
- ils forment la génération de l'équilibre travail – vie personnelle.

L'employeur qui voudra satisfaire aux attentes de cette génération devra modifier certaines de ses pratiques. Par exemple, il est suggéré de mettre en place des mesures visant à mieux justifier et communiquer les décisions salariales. De même, certains accommodements comme la flexibilité des horaires et la réduction des semaines de travail pourraient avoir un certain succès.

1.4. ADAPTER LA RÉMUNÉRATION À LA PERFORMANCE DE LA HAUTE DIRECTION

En plus des questions de rareté de la main-d'œuvre, il est important d'analyser un facteur qui exerce une influence significative sur les pratiques de rémunération des cadres, soit les questions reliées à la gouvernance des entreprises. Ce facteur est devenu incontournable au cours des dernières années en raison de l'actualité financière.

(…suite)

rémunération, Ordre des conseillers en ressources humaines et en relations industrielles agréés du Québec, 2006, (en ligne) : http://www.orhri.org/remuneration/ 2006.

Par exemple, de nombreux scandales financiers (pensons à l'affaire Enron ou, plus près de nous, aux déboires de Hollinger) ont éclaté aux cours des dernières années et ont ébranlé la confiance des investisseurs/épargnants envers les dirigeants des entreprises publiques. De plus, l'écart entre la rémunération de la haute direction des entreprises par rapport à la rémunération moyenne des employés a augmenté significativement au cours des dernières années[13].

À cet effet, un consensus se dégage selon lequel il est nécessaire de revoir la gouvernance des pratiques de rémunération de la haute direction des entreprises publiques. De plus en plus d'investisseurs, surtout institutionnels, remettent en question les pratiques de rémunération de la haute direction de ces entreprises.

Par exemple, la Caisse de dépôt et placement du Québec prévoit dans ses politiques sur la rémunération des hauts dirigeants que :

> « Au chapitre de la rémunération, la Caisse favorise le principe voulant que la rémunération des dirigeants d'une entreprise soit liée aux résultats de l'entreprise et aux gains qui en découlent pour les actionnaires.
>
> Tout en gardant l'entreprise compétitive, le conseil d'administration devrait faire preuve de modération lors de la détermination de la rémunération des principaux dirigeants et être sensible aux préoccupations manifestées par la société.
>
> La Caisse favorise également une politique de rémunération axée sur une partie variable liée aux résultats de l'entreprise ou à l'atteinte d'objectifs. Quant à la rémunération du principal dirigeant, la Caisse souhaite qu'elle soit établie par un comité du conseil d'administration composé exclusivement de membres externes et indépendants[14]. »

Les tendances à prévoir dans ce domaine sont notamment le recours plus systématique à une rémunération basée sur la performance, l'utilisation de

---

[13] Voir site Internet : DELOITTE & TOUCHE LLP, « Ethics and Leadership – The Evolution of Compensation Governance » et « DeloitteLearning – Executive Compensation », (en ligne) : http://www.deloitte.com/dtt/home/0%2C1044%2Csid% 25253D1000%2C00.html

[14] CAISSE DE DÉPÔT ET PLACEMENT DU QUÉBEC, « Rémunération des hauts dirigeants », dans *Régie d'entreprise – Politique et sommaire des principes régissant l'exercice du droit de vote de la Caisse de dépôt et placement du Québec*, février 1998, p. 6.

plans différés d'acquisition d'actions et l'amélioration des programmes de rémunération au comptant.

En terminant, il est important de souligner que le présent texte n'aborde pas les règles américaines qui touchent la rémunération différée[15]. Ces règles, fort complexes, peuvent avoir une influence significative sur les régimes de rémunération offerts par les entreprises. Il est bon de garder à l'esprit que ces règles peuvent s'appliquer aux entreprises canadiennes dans certaines circonstances.

2. ANALYSE DE DIFFÉRENTS RÉGIMES DE RÉMUNÉRATION

La première partie du présent texte visait à comprendre quelques-uns des défis actuels auxquels sont confrontées les entreprises. En réponse à cette réalité, la seconde partie de ce texte vise à faire une synthèse de trois différents régimes de rémunération destinés à l'intention des cadres et des employés clés : le régime de droits à la plus-value d'unités fictives, le régime de parts différées et restreintes et le régime d'unités d'actions différées. Bien qu'il existe une multitude de régimes de rémunération incitative, le choix de l'un de ces régimes va s'effectuer en fonction des objectifs et des désirs de l'employeur quant à l'orientation de sa rémunération incitative. Également, certains régimes sont mieux adaptés à la structure ou au type de l'entreprise.

Par exemple, dans l'optique où une entreprise publique souhaite harmoniser les intérêts de ses actionnaires avec ceux de ses employés, elle pourrait être moins tentée d'offrir à ces derniers un régime d'option d'achat d'actions et dont les options deviennent acquises (*vested*) par le simple passage du temps. En effet, l'implantation d'un tel régime aurait notamment pour conséquence de diluer l'actionnariat de l'entreprise en plus de permettre à des employés, détenteurs d'options qui ont été acquises par le passage du temps, de bénéficier d'un avantage en raison de l'exercice des options malgré une performance moyenne. Dans le même sens, si une entreprise désire offrir une rémunération basée sur des critères autres que le cours de l'action, un régime de droits à la plus-value d'unités fictives (« fantômes ») serait plus approprié.

---

[15] *Internal Revenue Code of 1986* et mod., § 409A, ajouté par l'*American Jobs Creation Act of 2004*, Pub. L. n° 108-357, adoptée le 22 octobre 2004, § 885(a).

2.1. LE RÉGIME DE DROITS À LA PLUS-VALUE D'UNITÉS FICTIVES

2.1.1. Profil du régime

Le régime de droits à la plus-value d'unités fictives est un dérivé des régimes de droits à la plus-value d'actions (DPVA), ces derniers étant plus couramment désigné en anglais *Stock Appreciation Rights* ou « SARS ». Sommairement, le régime de droits à la plus-value d'unités fictives a l'avantage d'être très flexible car il permet à l'employeur d'utiliser des critères de rendement différents que la valeur des actions de l'entreprise. De plus, ce type de régime peut être implanté dans des sociétés privées sans avoir à procéder à une évaluation formelle des actions de la société.

2.1.1.1. Fonctionnement

Le régime de droits à la plus-value d'unités « fantômes » doit être prévu dans une convention. Selon cette convention, l'employeur octroie à l'employé participant une prime sous forme d'unités de participation fictives dont la valeur initiale est nulle. Ainsi, au moment où ces unités sont octroyées à l'employé, elles n'ont aucune valeur. L'employé peut recevoir des unités de participation en fonction de ses années de service, de sa position hiérarchique ou de son importance au sein de l'organisation.

Par ailleurs, il doit être établi dans la convention prévoyant le régime de droits à la plus-value d'unités « fantômes » que l'employé n'a droit à la plus-value des unités qu'au terme d'une période de performance qui est prédéterminée. La période de performance peut être de trois ans, tel qu'applicable aux régimes de bonis différés, ou encore plus longue selon les objectifs de l'entreprise. De cette façon, les unités « fantômes » acquièrent prospectivement une valeur inhérente et deviennent acquises graduellement au cours de cette période de performance.

Le calcul de la valeur des unités est fait selon une formule spécifique choisie par l'employeur qui doit également être prévue à l'intérieur de la convention relative à l'émission des unités de participation. Ainsi, il n'est pas obligatoire que les unités de participation suivent le rendement des actions réelles de la société. En effet, d'autres facteurs de performance peuvent être utilisés. Par exemple, des mesures telles le bénéfice avant intérêts, impôts et amortissements ou la performance d'une division de

l'entreprise peuvent être utilisées, selon les objectifs de l'entreprise[16]. Cette flexibilité permet à une société privée d'implanter un tel régime sans avoir à procéder à des évaluations périodiques de la valeur de ses actions. L'utilisation d'autres mesures que la valeur des actions peut également être recherchée par une société publique dont les objectifs de rémunération ne sont pas liés au cours de l'action.

De plus, il est important de noter que lorsqu'un tel régime est mis en place de façon appropriée et si certaines conditions sont respectées, il est possible de différer l'imposition des montants payables au-delà de trois ans. Une fois le terme du régime atteint, l'employé recevra une contrepartie en argent pour un montant égal à la plus-value des unités pour cette période.

2.1.1.2. Considérations fiscales

Le montant versé en vertu d'un régime de droits à la plus-value d'actions fictives est payable en argent sans émission d'actions. Par conséquent, l'article 7 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[17] ne s'applique pas étant donné qu'il n'y a aucune entente reliée à l'émission d'actions entre l'employé et l'employeur.

Par ailleurs, la contrepartie monétaire reçue par l'employé en échange d'unités constitue pour ce dernier un avantage imposable lié à l'emploi. De ce fait, le montant doit être inclus dans le revenu imposable de l'employé pour l'année selon le régime général d'imposition des articles 5 et 6 L.I.R. Pour sa part, l'employeur peut alors déduire le montant ainsi versé à l'employé.

2.1.1.3. Avantages et inconvénients du régime

En résumé, les avantages et les inconvénients du régime de droits à la plus-value d'unités « fantômes » se présentent comme suit :

i) Les avantages de ce régime :

---

16 *Tax Window Files*, dans *Tax Works* (CD-ROM), Don Mills, Ont, CCH Canadian, interprétation technique 2000-0056537, 24 novembre 2000.

17 *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), 5e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »), incluant également les dispositions équivalentes prévues dans la *Loi sur les impôts*, L.R.Q., c. I-3 et mod.

- il a l'avantage d'être très flexible. En effet, il permet d'utiliser des critères de rendement autres que la valeur des actions sous-jacentes. Pour cette raison, le régime a pour effet d'aider à concilier les intérêts des employés et des actionnaires;

- il n'a pas pour conséquence de diluer l'actionnariat de la société car aucune action n'est émise;

- de l'implantation d'un tel régime découle une meilleure rétention des employés;

- la période de performance peut être de 3, 5 ou même 10 ans, ce qui fait de ce type de régime, suivant la période de performance, un régime à court ou à moyen terme;

- il est possible d'implanter le régime de droits à la plus-value d'unités « fantômes » pour des sociétés de personnes, notamment les sociétés en nom collectif.

ii) Les inconvénients de ce régime :

- le produit en espèces reçu au règlement de l'unité est imposable en totalité à titre de revenu d'emploi pour le participant, et ce, dans l'année où il est reçu;

- la déduction d'impôt de l'employeur est reportée jusqu'à l'année du versement;

- contrairement aux régimes d'options d'achat d'actions, l'employé ne bénéficie pas de traitement fiscal privilégié.

2.1.2. Mises en garde

Certaines règles fiscales particulières peuvent avoir un impact non désiré sur le régime d'actions fictives. Ce sont les règles sur les intérêts courus, les règles sur les ententes d'échelonnement du traitement et la doctrine du *constructive receipt*.

2.1.2.1. Règles sur les intérêts courus

Le régime de droits à la plus-value d'unités d'actions fictives peut être assujetti à l'application des règles sur les intérêts courus prévues au

paragraphe 12(4) L.I.R.[18] Sommairement, en vertu de ces règles, un individu qui est propriétaire d'une créance doit inclure, dans son revenu, les intérêts courus dans l'année sur la créance, et ce, même si les intérêts sont encore impayés. Lorsque le taux d'intérêt n'est pas défini selon la convention relative à la créance, les articles 7000 du *Règlement de l'impôt sur le revenu*[19] et suivants prévoient un taux prescrit. Or, puisque les actions fictives peuvent être perçues comme une créance due immédiatement par la société envers son employé, celui-ci pourrait alors se trouver à être imposé sur des montants qu'il n'a pas reçus.

Afin d'éviter l'application des règles sur les intérêts courus, il est donc fortement suggéré de spécifier aux termes de la convention que l'employé n'a pas le droit de demander un montant d'argent avant la date prédéterminée par cette même convention et que les dividendes capitalisés ne doivent pas être calculés selon un taux fixe multiplié par la valeur des unités.

2.1.2.2. L'entente d'échelonnement de traitement

Un régime de droits à la plus-value d'unités d'actions fictives est visé par les règles sur les ententes d'échelonnement de traitement (ci-après « EET »), lorsque certaines conditions sont remplies. L'EET est défini au paragraphe 248(1) L.I.R. comme suit :

> « *entente d'échelonnement du traitement* » Relativement à un contribuable, régime ou mécanisme, qu'il y ait ou non des fonds réservés à cette fin, qui donne à une personne, au cours d'une année d'imposition, le droit de recevoir un montant après l'année, droit dont il est raisonnable de considérer que l'existence ou la création a, entre autres principaux objets, celui de reporter l'impôt payable en vertu de la présente loi par le contribuable sur un montant lui revenant au titre d'un salaire ou traitement pour des services qu'il a rendus au cours de l'année ou d'une année d'imposition antérieure — y compris un droit assujetti à une ou plusieurs conditions sauf s'il y a une forte probabilité qu'une de ces conditions ne sera pas remplie; ne sont pas des ententes d'échelonnement du traitement :

---

[18] Ce principe a été confirmé par l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») à l'occasion de la Table ronde suivante : « Revenue Canada Round Table », dans *1984 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1985, pp. 783-847, question 12, à la page 794 : « [In] the Department's view, [...] a debt obligation is considered to arise whenever a binding liability is created and the principal amount of the liability can be quantified [...]. »

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

a) les régimes de pension agréés;

b) les régimes d'assurance invalidité ou de sécurité du revenu prévus dans une police d'une compagnie d'assurance;

c) les régimes de participation différée aux bénéfices;

d) les régimes de participation des employés aux bénéfices;

e) les fiducies d'employés;

f) les régimes collectifs d'assurance-maladie ou d'assurance contre les accidents;

g) les régimes de prestations supplémentaires d'assurance-chômage;

h) les fiducies, visées à l'alinéa 149(1)y), pour indemnités de vacances ou de congés;

i) les régimes ou mécanismes dont le seul but est de dispenser à des employés d'un employeur un enseignement ou une formation qui vise à améliorer leur compétence au travail ou leurs connaissances en rapport avec ce travail;

j) les régimes ou mécanismes établis dans le but de différer le traitement ou salaire de sportifs professionnels pour les services qu'ils rendent en cette qualité au sein d'un club appartenant à une ligue qui organise des parties régulièrement programmées;

k) les régimes ou mécanismes en vertu desquels des contribuables ont le droit de recevoir une gratification ou un paiement analogue, payable dans les trois ans suivant la fin d'une année d'imposition, pour des services qu'ils ont rendus au cours de cette année;

l) les régimes ou mécanismes visés par règlement. »

Sommairement, l'EET est un mécanisme qui donne droit à l'employé de recevoir un montant dans une année future et dont il est raisonnable de considérer qu'un des principaux objectifs de ce mécanisme ou régime est de reporter l'imposition sur un traitement ou salaire pour des services rendus au cours de l'année ou d'une année antérieure.

Lorsque le régime d'actions fictives satisfait aux paramètres prévus à la définition d'EET, les dispositions de l'alinéa 6(1)a) et du paragraphe 6(11) L.I.R. s'appliquent. Dans un tel cas, l'accroissement de valeur des unités est imposable annuellement pour l'employé et aucun report n'est disponible. La définition d'EET est très large mais comporte plusieurs exceptions.

Afin d'éviter que le régime d'actions fictives soit qualifié d'EET, il faut notamment s'assurer que les conditions suivantes sont respectées :

i) les unités ne doivent pas avoir de valeur à la date d'octroi;

ii) l'employé ne doit pas avoir le droit de recevoir la valeur de ses unités avant la fin de la période de performance[20];

iii) la valeur des unités ne doit être déterminée qu'au moment où la période de performance prend fin, et ce, selon les indicateurs prévus au terme de la convention. En effet, le montant reçu par l'employé ne doit pas dépendre de la valeur des services qui ont déjà été rendus mais plutôt pour des services futurs;

iv) aucun des buts principaux du régime ne doit être de retarder l'imposition mais plutôt de s'assurer de fidéliser les employés à l'entreprise;

v) l'employé ne doit pas être protégé en cas de fluctuation à la baisse de la valeur des unités. Par exemple, il ne doit pas être protégé en cas de baisse de valeur des unités par l'émission d'unités supplémentaires ou par un paiement minimum.

De plus, la définition d'EET prévoit certaines exceptions statutaires. Notamment, en vertu du paragraphe 6801(d) R.I.R., un régime d'unités d'actions différées est exempt des règles d'application de l'EET lorsque certaines conditions sont remplies[21]. De même, un régime de pension agréé[22] ou un régime prévoyant le paiement de bonis au plus tard dans les trois ans suivant la fin de l'exercice financier auquel le boni se rattache[23] seraient exclus des règles sur les EET.

2.1.2.3. La doctrine du *constructive receipt*

La doctrine du *constructive receipt* fait en sorte qu'un montant mis à la disposition de l'employé sans condition, crédité à son compte ou séparé des

---

20 Voir à ce sujet, la sous-section 2.1.2.3. sur la doctrine du *constructive receipt*.

21 Le présent texte, à la section 2.3., analyse ce régime plus en profondeur.

22 Par. 248(1) « entente d'échelonnement du traitement », al. a) L.I.R.

23 Par. 248(1) « entente d'échelonnement du traitement », al. k) L.I.R.

fonds de l'employeur, est un montant réputé reçu par l'employé[24]. L'employé doit donc être imposé sur ce montant pour l'année au cours de laquelle il est réputé l'avoir reçu.

Afin de prévenir cette conséquence fiscale indésirable, il est possible de prévoir spécifiquement dans la convention que l'employé n'a pas le droit d'exiger le paiement du montant avant la date d'échéance prédéterminée.

Par ailleurs, dans le cadre d'une interprétation technique[25], l'ARC suggère de procéder comme suit afin d'éviter l'application de la doctrine du *constructive receipt*. D'abord, le régime doit prendre fin à une date prédéterminée dans la convention et l'employeur doit donner un avis à cet effet à ses employés au moins deux semaines avant cette date. Par la suite, l'employé qui le désire doit aviser par écrit son employeur, avant la date prédéterminée, du fait qu'il ne désire pas recevoir un montant en argent. Cette lettre qui confirme la renonciation de l'employé à son droit de recevoir un montant d'argent étant retournée avant la date prédéterminée, la doctrine du *constructive receipt* ne devrait pas s'appliquer. Par conséquent, le montant d'argent dont le versement est ainsi différé sera plutôt assujetti à l'impôt dans l'année où il est réellement versé.

2.2. RÉGIME DE PARTS DIFFÉRÉES ET RESTREINTES

2.2.1. Profil du régime

Le régime de parts différées et restreintes est un mécanisme qui vise à favoriser la détention de parts, par les employés, dans une fiducie de revenus ou dans une société par actions publique.

Afin d'implanter un tel régime, la mise en place d'un régime de prestations aux employés (ci-après « RPE ») est nécessaire[26].

---

[24] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-502, « Régimes de prestations aux employés et fiducies d'employés », 28 mars 1985.

[25] Ces conditions sont énoncées dans *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 16, interprétation technique 9821425, 19 octobre 1998 et AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 24, par. 10 et 11.

[26] Le régime de prestations aux employés est défini au paragraphe 248(1) L.I.R. comme suit :

> « Mécanisme dans le cadre duquel des cotisations sont versées à une autre personne – appelée "dépositaire d'un régime de prestations aux employés" à

(à suivre…)

2.2.1.1. Fonctionnement

Dans un premier temps, tel qu'il a été mentionné précédemment, un RPE doit être créé. Par la suite, l'employeur, une fiducie de revenus ou une société publique, verse une partie ou la totalité des primes ou des bonis destinés aux employés participants dans le RPE, permettant de ce fait au RPE d'acquérir des parts ou des actions de l'employeur.

Afin d'alléger le texte (et conjugué au futur incertain des fiducies de revenus) et même si un tel régime peut être mis en place autant dans une fiducie de revenus que dans une société par actions, nous utiliserons les termes « actions » pour désigner les actions ou les parts et « société » pour désigner la fiducie de revenus ou la société par actions publique. L'acquisition d'actions sur le marché libre fait en sorte qu'aucune nouvelle action du trésor de l'employeur n'est émise. De ce fait, il n'y a aucune dilution de l'actionnariat.

Les actions acquises par le RPE doivent ensuite être affectées de restrictions liées à leur disposition. Par exemple, le RPE pourrait prévoir que

---

(…suite)

la présente loi – par un employeur ou par toute autre personne avec qui l'employeur a un lien de dépendance et en vertu duquel un ou plusieurs paiements sont à faire à des employés ou anciens employés de l'employeur ou à des personnes qui ont un lien de dépendance avec l'un de ces employés ou anciens employés, ou pour le bénéfice de ces employés, anciens employés ou personnes – sauf un paiement qui n'aurait pas à être inclus dans le calcul du revenu du bénéficiaire compte non tenu du sous-alinéa 6(1)a)(ii) et de l'alinéa 6(1)g); ne sont pas des régimes de prestations aux employés :

a) les régimes visés au sous-alinéa 6(1)a)(i) ou à l'alinéa 6(1)d) ou *f*);

b) les fiducies visées à l'alinéa 149(1)y);

c) les fiducies d'employés;

c.1) les ententes d'échelonnement du traitement applicables à un contribuable dans le cadre desquelles des montants différés doivent être ajoutés comme avantages en vertu de l'alinéa 6(1)a) dans le calcul du revenu de ce contribuable;

c.2) les conventions de retraite;

d) les mécanismes dont le seul but est de dispenser à des employés de l'employeur un enseignement ou une formation qui vise à améliorer leur compétence au travail ou leurs connaissances en rapport avec ce travail;

e) les mécanismes visés par règlement. »

l'employé qui reçoit les actions ne pourra en disposer sur le marché avant une échéance de quatre ans. Ces restrictions ont pour conséquence d'escompter la valeur des actions. Évidemment, la diminution de valeur des actions doit être appuyée par une évaluation. Par ailleurs, cette diminution de valeur doit être proportionnelle à l'importance de la restriction imposée. Les actions sont ensuite distribuées aux employés.

2.2.1.2. Considérations fiscales

La distribution des actions aux employés fait en sorte que ceux-ci reçoivent un avantage imposable. Cet avantage est toutefois réduit en raison de la diminution de valeur des actions. En d'autres termes, l'employé reçoit un escompte sur l'avantage imposable qu'il reçoit. Toute hausse subséquente de la valeur des actions sera imposée à titre de gains en capital lors de la disposition.

Illustrons les conséquences fiscales de ce régime à l'aide d'un exemple :

Un employeur déclare et verse un boni au profit d'un employé dans un RPE d'un montant de 1 000 $. Par la suite, le RPE acquiert des actions de la société de revenus sur le marché libre pour une valeur correspondante de 1 000 $.

Les actions acquises par le RPE seront assujetties à des restrictions liées à leur disposition. Aux fins de notre exemple, l'employé qui reçoit les actions ne pourra pas en disposer sur le marché avant quatre ans. Ces restrictions ont pour conséquence d'escompter la valeur des actions. Plus précisément, pour les fins de notre exemple, supposons que la réduction de valeur est de 10 %, soit 100 $. Cette réduction de 100 $ de la valeur des actions a un impact immédiat sur l'impôt découlant de l'avantage imposable sur lequel l'employé sera imposé.

Par ailleurs, lorsque l'employé disposera des actions, l'augmentation de valeur des actions sera imposée à titre de gain en capital (au taux marginal de 24,11 % pour un résident du Québec en 2006). Plus précisément, aux fins de notre exemple, si après quatre ans les parts sont vendues alors que leur juste valeur marchande (ci-après « JVM ») est de 1 200 $, l'employé devra s'imposer, à ce moment-là, sur un gain en capital de 300 $, c'est-à-dire la différence entre 1 200 $ et le coût pour l'employé de 900 $.

2.2.1.3. Avantages et inconvénients du régime

En résumé, les avantages et les inconvénients du régime de parts différées et restreintes se présentent comme suit :

i) Les avantages de ce régime :

- il favorise la détention d'actions à long terme par les employés;
- il favorise la rétention des employés et l'harmonisation des intérêts de ces derniers avec les intérêts des actionnaires;
- il permet un avantage imposable réduit pour les employés;
- il n'a pas pour conséquence de diluer les intérêts des détenteurs d'actions dans la société étant donné que les actions sont négociées sur le marché libre.

ii) Les inconvénients de ce régime :

- il s'applique seulement aux sociétés publiques;
- le montant reçu par l'employé est pleinement imposable dans l'année du versement;
- la déduction pour l'employeur est reportée jusqu'à l'année du versement et limitée au moindre du montant contribué par l'employeur au RPE et de la valeur des actions distribuées aux employés;
- l'impôt est payable par les employés au moment de la distribution des actions, mais il est impossible pour ces derniers de disposer des actions afin de financer cet impôt. Généralement, cet impôt est plutôt financé par une prime en espèces versée à l'employé. Cet inconvénient explique la faible popularité de ce type de régime. En plus, pour l'employeur, la déduction est limitée au moindre du montant contribué au RPE et de la valeur des actions distribuées aux employés.

2.3. RÉGIME D'UNITÉS D'ACTIONS DIFFÉRÉES

2.3.1. Profil du régime

Le régime d'unités d'actions différées (ci-après « RUAD ») est généralement qualifié de régime à long terme. Plus précisément, il s'agit d'un régime qui est mis en place pour les employés clés d'une entreprise afin de s'assurer de leurs services pour une longue période, souvent jusqu'à la retraite[27].

2.3.1.1. Fonctionnement

Les modalités de fonctionnement du RUAD sont régies par le paragraphe 6801(d) R.I.R. comme suit :

> « En application de l'alinéa *l*) de la définition d'"entente d'échelonnement du traitement", au paragraphe 248(1) de la Loi, les mécanismes et régimes suivants constatés par écrit ne sont pas des ententes d'échelonnement du traitement :
>
> […]
>
> d) le mécanisme ou le régime qu'établit une société avec son employé ou l'employé d'une société liée à celle-ci par lequel l'employé (ou, après son décès, son représentant légal ou une personne à sa charge ou de sa parenté) reçoit ou peut recevoir un montant qu'il est raisonnable d'imputer aux fonctions d'une charge ou d'un emploi qu'il a exercé pour le compte de la société ou de la société qui lui est liée, si :
>
> (i) d'une part, tous les montants à recevoir dans le cadre du mécanisme ou du régime sont reçus après la date du décès de l'employé, de sa retraite ou de la perte de sa charge ou de son emploi et au plus tard à la fin de l'année civile qui suit cette date,
>
> (ii) d'autre part, le total de tous les montants à recevoir dans le cadre du mécanisme ou du régime est fonction de la juste valeur marchande des actions du capital-actions de la société ou de la société qui lui est liée, à un moment de la période commençant un an avant la date du décès de l'employé, de sa retraite ou de la perte de sa charge ou de son emploi et se terminant au moment où le montant est reçu,
>
> sauf dans les cas où le mécanisme ou le régime ou la série d'opérations qui le comprend, donne à l'employé ou à la personne avec laquelle il a un lien de

[27] Les employés clés comprennent généralement les cadres, les dirigeants, ainsi que les administrateurs de l'entreprise.

> dépendance le droit immédiat ou futur, absolu ou conditionnel, de recevoir ou d'obtenir un montant ou un avantage accordé ou devant l'être en vue de supprimer ou d'atténuer l'effet de toute réduction de la juste valeur marchande des actions de la société ou de la société qui lui est liée. »

En résumé, pour bénéficier du traitement fiscal préférentiel, le régime doit satisfaire à un certain nombre de conditions, à savoir que :

- le régime doit être établi entre une société et son employé;
- les paiements ne peuvent être reçus par l'employé qu'après sa retraite, son décès ou la fin de son emploi (« l'événement déclencheur »);
- les paiements doivent être faits au plus tard à la fin de l'année civile qui suit « l'événement déclencheur »;
- les montants à recevoir doivent être fonction de la JVM des actions de la société ou d'une société liée à celle-ci;
- les unités deviennent acquises graduellement au cours de la période de performance, et ce, jusqu'au moment où cette période prend fin;
- l'employé ne doit pas être protégé en cas de diminution de valeurs des unités;
- l'équivalent des dividendes versés sur les actions peut être capitalisé à la valeur des unités.

Ainsi, dans le cadre d'un RUAD, l'employé doit choisir de convertir tout ou une partie de sa rémunération ou de ses bonis en unités d'actions différées[28]. Par la suite, les unités reçues vont fluctuer en fonction de la valeur des actions sous-jacentes. Diverses interprétations techniques portant sur ce que constitue « un montant à recevoir établi en fonction de la JVM des actions d'une société » ont été publiées au cours des dernières années[29].

---

[28] L'ARC a confirmé que le salaire, les bonis et les commissions faisaient partie de la rémunération pouvant être versée dans un RUAD. Voir à ce sujet *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 16, interprétations techniques 2001-0095243, 20 mars 2002 et 2000-0011903, 8 novembre 2000.

[29] *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 16, interprétations techniques 2002-0174693, 9 avril 2003 et 9931263, 29 mars 2000.

Une fois la retraite, la cessation d'emploi ou le décès survenu, l'employeur doit payer la valeur des unités au plus tard le 31 décembre de l'année qui suit cet événement.

Le RUAD doit être structuré de façon à ce que l'employeur distribue un montant en argent plutôt qu'en actions de son capital-actions.

2.3.1.2. Considérations fiscales

Le montant versé en vertu du RUAD est payable en argent sans émission d'actions. Par conséquent, l'article 7 L.I.R. ne s'applique pas étant donné qu'il n'y a aucune entente reliée à l'émission d'actions entre l'employé et l'employeur.

Puisque les unités sont échangées en contrepartie d'argent, le montant ainsi reçu par l'employé constitue un avantage lié à l'emploi. De ce fait, le montant doit donc être inclus dans le revenu imposable de l'employé pour l'année, selon le régime général d'imposition des articles 5 et 6 L.I.R. Pour sa part, l'employeur peut déduire le montant ainsi versé à l'employé.

Par ailleurs, il faut mentionner qu'il existe certaines difficultés en ce qui concerne l'interprétation du paragraphe 6801(d) R.I.R.

Analysons d'abord le cas de certains employeurs qui offrent un régime de rémunération complémentaire selon lequel l'employé pourra recevoir un montant en provenance du régime complémentaire, net de tout montant payable en vertu du RUAD. La question qui se pose est celle de savoir si un tel régime de rémunération complémentaire va à l'encontre du principe voulant que le RUAD ne doit pas protéger les employés en cas de baisse de valeur des actions sous-jacentes. À ce sujet, il est possible d'argumenter que l'intention d'un tel régime est de limiter les obligations financières futures de l'employeur plutôt que de protéger les employés en cas de baisse de valeur des actions sous-jacentes. Toutefois, il semble que les autorités fiscales ne se soient pas encore prononcées sur ce sujet. Ainsi, pour s'assurer du bien-fondé de cet argument, il serait recommandé de demander une décision anticipée en matière d'impôt afin d'éviter une contestation potentielle des autorités fiscales de la validité du régime.

Une autre situation à prévoir lors de l'établissement d'un RUAD concerne la dissolution prématurée d'un tel plan. En effet, un employeur peut juger qu'il est préférable de dissoudre le RUAD et de distribuer les montants avant la date du décès, de la retraite ou de la perte de l'emploi de l'employé. Un plan faisant l'objet d'une telle dissolution sera-t-il

rétroactivement défini comme étant une EET? Dans l'affirmative, existe-t-il un allègement spécial envisageable dans l'optique où la dissolution résulte d'un changement de circonstances? Par changement de circonstances, mentionnons, par exemple, la dissolution du RUAD à la suite d'une acquisition de l'entreprise par de nouveaux actionnaires qui ne veulent pas assumer les obligations du régime existant.

Techniquement, dans ces circonstances, la distribution des bénéfices devrait s'effectuer tel qu'elle est prévue selon les règles de l'EET, ayant pour conséquence que les montants distribués soient imposables dans l'année pour laquelle les unités d'actions différées sont devenues acquises plutôt que dans l'année pour laquelle la valeur des unités a été reçu. Or, sur ce point, l'ARC s'est prononcée dans le cadre d'une demande de décision anticipée[30]. Sommairement, les faits de cette décision anticipée étaient les suivants. Un régime avait été liquidé suivant une réorganisation corporative. L'impact de cette réorganisation était majeur puisqu'une grande partie, sinon la totalité des actifs de l'entreprise avaient été vendus. L'employeur avait ensuite distribué les montants aux individus qui avaient conservé des fonctions d'administrateurs au sein de la société. Devant ces faits, l'ARC a déterminé que ces individus ne seraient imposés que dans l'année au cours de laquelle le régime ne remplirait plus les exigences prévues au paragraphe 6801(d) R.I.R. Il est important de noter que le régime en question ne prévoyait pas la possibilité que le régime puisse être liquidé de façon prématurée. Si un RUAD prévoyait une telle clause, nous croyons qu'un tel régime ne satisferait pas aux critères prévus au paragraphe 6801(d) R.I.R.

Inversement, lorsque les actifs d'une entreprise sont vendus à un nouvel acquéreur et que des employés sont transférés à l'emploi de ce nouvel employeur, ce dernier peut souhaiter continuer le RUAD à titre de régime incitatif pour ses cadres et ses employés clés. Or, malgré les volontés de ce nouvel employeur, le montant devra être distribué et inclus dans le revenu du participant, en raison de la terminaison de son lien d'emploi avec le vendeur. Il demeure possible au nouvel acquéreur d'établir un nouveau régime, mais cela engendrera des coûts additionnels substantiels. Parmi les possibilités disponibles afin de continuer le RUAD, le nouvel acquéreur pourrait plutôt faire l'acquisition des actions de la société.

Enfin, parmi les autres situations à prévoir lors de l'établissement d'un RUAD, mentionnons la rédaction d'une clause en prévision du changement de contrôle de l'entreprise. En effet, dans une telle situation, un employeur

---

30 *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 16, décision anticipée 2001-0085613, 6 mars 2002.

peut juger qu'il est préférable de dissoudre le RUAD et de distribuer les montants avant la date du décès, de la retraite ou de la perte de l'emploi de l'employé.

2.3.1.3. Avantages et inconvénients du régime

i) Les avantages de ce régime :

- il n'y aucune imposition pour l'employé au moment de l'attribution des unités (c'est-à-dire au moment où la rémunération est gagnée). De plus, il n'y a pas de limite au montant que l'employé peut diriger vers le régime. Ainsi, ce régime est très intéressant dans le cas où l'employé n'a pas besoin de tout ou d'une partie de son salaire pour vivre;

- il n'y aucune réduction du nombre d'options pouvant être émises en vertu d'un régime et aucune dilution de l'actionnariat;

- report d'imposition pour l'employé pour toute la rémunération convertie en unités;

- il favorise l'harmonisation des intérêts des employés avec ceux des actionnaires.

ii) Les inconvénients de ce régime :

- report de la déduction pour l'employeur jusqu'au moment du paiement des unités à l'employé;

- l'employeur pourrait avoir besoin de couverture (*hedging*) afin de pouvoir assumer ses obligations futures;

- l'impossibilité d'implanter un tel régime pour une société en nom collectif ou une fiducie de revenus;

- la possibilité d'implanter un tel régime pour une société privé. Toutefois, cela requiert généralement une évaluation formelle des actions de la société.

3. LES ENJEUX COMPTABLES

Au cours des dernières années, les normes comptables ont évolué de façon significative quant au traitement comptable des régimes de

rémunération incitative. En raison des impacts de l'implantation d'un régime de rémunération à l'intention des cadres et des employés clés sur les états financiers d'une entreprise, les implications comptables font maintenant partie intégrantes du processus d'analyse préalable à l'implantation du régime.

Les paragraphes qui suivent dressent un portrait sommaire des différents traitements comptables applicables aux régimes de rémunération analysés préalablement. Il est évident que les détails propres à chaque régime de rémunération doivent être examinés en profondeur avant de se prononcer sur le traitement comptable à appliquer.

3.1. HISTORIQUE

Le 1er janvier 2002, l'Institut canadien des comptables agréés (ci-après « ICCA ») a introduit le chapitre 3870[31] « Rémunérations et autres paiements à base d'actions », et ce, dans le but d'établir les normes canadiennes de constatation, de mesure et d'information applicable aux options d'achat d'actions (ci-après « OAA ») ainsi que les autres formes de rémunérations à base d'actions. Avant l'introduction de ce chapitre, les principes comptables généralement reconnus canadiens ne comprenaient aucune norme relative aux rémunérations à base d'actions.

Le Conseil des normes comptables (ci-après « CNC ») de l'ICCA s'est grandement inspiré de nos voisins américains en encourageant la constatation d'une charge pour les OAA consenties aux employés, selon une méthode d'évaluation fondée sur la juste valeur, mais sur une base volontaire. Par conséquent, le traitement comptable pour les sociétés était d'affecter directement les capitaux propres, et ce, sans avoir à affecter le bénéfice net en n'inscrivant aucune charge aux résultats. Toutefois, cette exception de comptabiliser la rémunération en utilisant la méthode de juste valeur sur une base volontaire ne concernait que les attributions d'OAA aux employés qui ne prévoyaient pas un règlement en espèces. En effet, le traitement comptable des autres paiements à base d'actions, soit les attributions directes d'actions, les bonis versés en fonction du prix de l'action ainsi que les autres instruments de capitaux propres, devaient obligatoirement être comptabilisés selon la méthode de la juste valeur.

---

[31] INSTITUT CANADIEN DES COMPTABLES AGRÉÉS, *Manuel de l'ICCA*, vol. I, Toronto, ICCA, chap. 3870.

En décembre 2003, la décision du CNC d'apporter des modifications au chapitre 3870 du *Manuel de l'ICCA* (ci-après « *Manuel* ») a eu comme effet d'éliminer l'exception du choix de l'utilisation de la méthode de la juste valeur pour les OAA. En effet, depuis le 1er janvier 2004 (1er janvier 2005, pour les sociétés fermées), les sociétés doivent obligatoirement utiliser une méthode de comptabilisation fondée sur la juste valeur pour tous les paiements à base d'actions, incluant les OAA.

3.2. DÉFINITIONS

On retrouve plusieurs définitions au chapitre 3870 du *Manuel* à l'égard des rémunérations et des autres paiements à base d'actions. Voici quelques-unes d'entres elles qui sont importantes pour le présent texte :

> « *Attribution* – ensemble d'instruments assortis des même modalités, octroyés en même temps soit à un seul salarié, soit à un groupe de salarié. Une attribution peut comporter des dates multiples pour l'acquisition des droits (ce qu'on appelle l'acquisition graduelle de droits), et des diverses parties d'une attribution peuvent avoir des durées prévues différentes.
>
> *Juste valeur* – montant de la contrepartie dont conviendraient les parties compétentes agissant en toute liberté fans des conditions de pleine concurrence.
>
> *Date d'attribution* – date à laquelle une entreprise et un salarié s'entendent sur les modalités de l'Attribution d'une rémunération à base d'actions. Dans le cas d'une attribution pour services rendus au cours de la période, la date d'attribution peut être la fin de la période plutôt que la date ultérieure où l'attribution est consentie en faveur d'un salarié si les trois conditions suivantes sont réunies :
>
> i) l'attribution est prévue dans les modalités d'un plan formalisé mis en place;
>
> ii) le plan énumère les facteurs qui déterminent le montant total des attributions aux salariés au titre de cette période (par exemple, un pourcentage du bénéfice net);
>
> iii) l'attribution se rapporte aux services rendus par le salarié au cours de la période.
>
> *Valeur intrinsèque* – excédent du cours de l'action sous-jacente sur le prix d'exercice d'une option.
>
> *Période de service* – période ou périodes au cours desquelles le salarié rend les services en contrepartie d'option sur actions ou d'attributions similaires. Si la période de service n'est pas définie comme une période antérieure ou plus courte, elle est réputée correspondre au délai d'acquisition des droit.

Acquisition de droits – fait de devenir titulaire de droits à un avantage. Les droits d'un salarié à l'attribution d'une rémunération à base d'actions deviennent acquis à la date à laquelle le droit du salarié de recevoir ou de conserver des actions ou des espèces dans le cadre de l'attribution n'est plus subordonné à la condition que le salarié demeure au service de l'entreprise ou à la réalisation d'une condition de performance (autre que l'atteinte d'un cours cible ou d'une valeur intrinsèque déterminée). D'ordinaire, lorsque les droits à une option sur actions sont acquis, le salarié peut exercer l'option immédiatement. »

3.3. TRAITEMENTS COMPTABLES POUR LES PAIEMENTS À BASE D'ACTIONS

3.3.1. Types de paiements à base d'actions

Le chapitre 3870 du *Manuel* identifie quatre types de régimes de rémunération à base d'actions :

- les attributions directes d'actions;
- les droits à la plus-value d'actions;
- les attributions réglées en espèces ou sous toute autre forme d'actifs; et
- les régimes d'OAA[32].

Le traitement comptable peut potentiellement être différent pour chacun des types de régime.

3.3.1.1. Les attributions directes

En règle générale, la première étape du traitement comptable à l'égard des attributions directes consiste à calculer la juste valeur des actions des parts à la date de l'attribution afin d'amortir cette juste valeur sur la période d'activité. Il importe de mentionner que dans les cas d'attributions directes il n'y a aucun ajustement supplémentaire au total de la charge calculée si le prix des actions varie après la date de l'attribution.

---

[32] L'auteur désire spécifier qu'étant donné que les régimes d'OAA ne sont pas traités dans le présent texte, par conséquent, les enjeux comptables relatifs aux OAA n'y sont pas analysés.

3.3.1.2. Droits à la plus-value des actions et attributions réglées en espèces

Le traitement comptable des droits à la plus-value des actions et les attributions réglées en espèces requiert en premier lieu le calcul de la valeur intrinsèque de l'attribution ou de la valeur du passif liée à cette dernière à la date d'attribution.

Contrairement aux attributions directes où on ne doit pas apporter d'ajustements subséquents à la date d'attribution, en présence de droits à la plus-value d'actions et d'attributions réglées en espèces, le total du passif doit faire l'objet d'un ajustement au fur et à mesure que la valeur intrinsèque de l'attribution varie après la date d'attribution, et ce, jusqu'au moment du versement. On doit amortir la nouvelle valeur intrinsèque de façon cumulative sur la période d'activité.

3.4. TRAITEMENT COMPTABLE DES RÉGIMES DE RÉMUNÉRATION ANALYSÉS

3.4.1. Régime de droits à la plus-value d'unités « fantômes »

En présence d'un régime de droit à la plus-value d'unités « fantômes », on doit adopter le traitement comptable relatif aux droits à la plus-value des actions. Lorsque le régime est basé en fonction de la valeur d'une action, la première étape consiste à calculer la valeur intrinsèque de l'attribution à la date de ladite attribution ainsi qu'à la fin de chaque période puisqu'il faudra ajuster le passif ou les capitaux propres dans la mesure où la valeur intrinsèque aura fluctué à la fin de chaque période. Le cas échéant, il faudra également amortir périodiquement la nouvelle dépense sur la période d'activité. La nouvelle dépense sera déterminée en fonction de la différence entre le prix fixé pour les droits à la plus-value et le cours de l'action sous-jacente à la fin de chaque période.

Le mode de paiement de l'attribution détermine si on doit affecter le total du passif ou les capitaux propres au moment de comptabiliser la charge de rémunération. En effet, si l'attribution est réglée en espèces, alors on doit constater un passif couru. Par ailleurs, si l'attribution est réglée en instruments de capitaux propres (par exemple, des actions), on doit alors comptabiliser un apport de capital et affecter les capitaux propres. Dans l'éventualité où le règlement de l'attribution peut s'effectuer sous l'une ou l'autre des deux formes, on doit affecter le passif et la dépense si le paiement est au gré de l'employé et on va généralement affecter les capitaux propres si le paiement est au gré de l'employeur.

Lorsque le régime de droit à la plus-value d'unités « fantômes » n'est pas établi en fonction de la valeur d'une action, mais d'un autre vecteur de performance (par exemple, EBE ou *EBITDA*, en anglais), le traitement comptable est semblable à celui d'un boni. Par conséquent, on constate la dépense de rémunération au moment où la rémunération est gagnée et non lorsqu'elle est payée. On retrouvera également une charge à payer au bilan. Toutefois, il n'existe pas encore à ce jour de lignes directrices claires sur le traitement comptable des régimes basés en fonction d'un vecteur de performance autre que la valeur d'une action. Cependant, comme ce genre de régime est généralement réglé en espèces, il faudra généralement constater un passif au bilan.

3.4.2. Régime de parts différées et restreintes

Un régime de parts différées et restreintes est particulier puisqu'il permet aux employés de recevoir des parts d'une société assujettie à des restrictions par l'intermédiaire d'un régime en fiducie d'avantages sociaux par capitalisation (c'est-à-dire un régime de prestations aux employés).

Le traitement comptable d'un régime de parts différées et restreintes s'apparente à celui des attributions directes d'actions. En effet, la première étape consiste en un calcul de la juste valeur des parts à la date d'attribution afin d'amortir cette juste valeur sur la période d'activité. Il importe de se rappeler que bien que le prix des actions peut fluctuer après la date d'attribution, on ne doit jamais en tenir compte dans le traitement comptable. Par conséquent, il n'y aura jamais d'ajustement supplémentaire au total de la charge calculée initialement dans un régime de parts différées et restreintes.

3.4.3. Régime d'unités d'actions différées

Dans un régime d'unités d'actions différées, l'équivalent des primes sont converties en unités fictives et elles sont payables au moment de la cessation d'emploi. En règle générale, la comptabilisation d'un tel régime est similaire à celle des droits à la plus-value d'actions. Il importe de rappeler qu'il y a une réévaluation du passif/capitaux propres à chaque période afin de tenir compte de la variation du prix de l'action ou de la mesure du rendement. L'écart, le cas échéant, est comptabilisé dans les résultats.

Lorsque les unités sont totalement acquises au moment de l'attribution, la constatation d'une dépense est de mise ainsi que la comptabilisation d'un passif ou d'un apport de capital selon que l'attribution est réglée en espèces (passif) ou en instruments de capitaux propres (apport de capital). Il est possible que les attributions soient assujetties à des restrictions : par

exemple, un employé pourrait devoir fournir trois années de service avant que les droits octroyés ne soient acquis (*vested*). Dans un tel cas, au lieu de constater une dépense, il importe de considérer un traitement comptable graduel, et ce, en amortissant la dépense sur la période de trois ans.

Finalement, il est important de mentionner qu'il existe plusieurs enjeux comptables à prendre en considération lors de la mise en place d'un régime d'unités d'actions différées mais que l'objectif du présent texte n'est pas de procéder à une analyse exhaustive de toutes les règles comptables applicables à un tel régime. De plus, l'entrée en vigueur prochaine des lignes directrices à l'égard des dérivés incorporés aura pour effet de complexifier davantage la notion de détermination de valeur.

CONCLUSION

Nous avons vu quelques-unes des tendances actuelles en matière de rémunération et quelques-uns des défis qui se présenteront aux entreprises dans les prochaines années étant donné notamment la concurrence entre les entreprises pour embaucher les meilleurs éléments, le vieillissement de la population ou encore la rareté de la main-d'œuvre dans certains secteurs de l'économie.

En réponse à ces défis, il existe diverses options qui s'offrent aux entreprises afin d'améliorer la rétention et la motivation de leurs employés actuels et favoriser l'embauche de nouveaux employés. Le régime d'options d'achat d'actions, le plus connu des régimes de rémunération incitative et souvent le plus apprécié par les employés, est un régime de plus en plus contesté par certains actionnaires des sociétés publiques. Il existe de nombreuses possibilités et nous en avons analysé quelques-unes.

Enfin, nous avons vu certains enjeux comptables reliés à la mise en place des régimes de rémunération et leurs impacts sur les états financiers des entreprises.

Compte tenu des coûts importants liés à la mise en place d'un régime de rémunération incitative, il est donc primordial pour un employeur d'établir ses objectifs et ses priorités en matière de rémunération afin de procéder à l'implantation d'un tel régime. En effet, le choix du régime aura un impact important sur la situation de sa main-d'œuvre, les succès de l'entreprise et évidemment, sur sa santé financière…

LA PLANIFICATION SUCCESSORALE DU CADRE SUPÉRIEUR

Caroline Rhéaume
Avocate, M. Fisc., Adm.A., Pl. Fin.
Partenaires Financiers Richardson Limitée

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 49:3

1. CADRES SUPÉRIEURS – MESURES À PRENDRE DE LEUR VIVANT 49:3

1.1. CADRES SUPÉRIEURS – LISTE DE CONTRÔLE (NON EXHAUSTIVE) 49:4
1.2. STRATÉGIES FISCALES 49:5
1.2.1. Prestation consécutive au décès 49:5
1.2.2. Options d'achat d'actions 49:5

2. CADRE SUPÉRIEUR – ANNÉE DU DÉCÈS 49:9

2.1. GÉNÉRALITÉS 49:9
2.2. DÉDUCTION EN VERTU DE L'ALINÉA 110(1)D.01) L.I.R. 49:10
2.3. PAIEMENTS PÉRIODIQUES 49:11

2.4. DROITS OU BIENS EN VERTU DES PARAGRAPHES 70(2) ET (3) L.I.R. – *BULLETIN D'INTERPRÉTATION* IT-212R3 ..... 49:12
2.5. DISTINCTION ENTRE LES PAIEMENTS PÉRIODIQUES ET LES DROITS OU BIENS – EXEMPLES 49:15

3. OPTIONS D'ACHAT D'ACTIONS NON EXERCÉES 49:17

4. OPTIONS D'ACHAT D'ACTIONS EXERCÉES AVEC REPORT D'IMPÔTS 49:19

5. PERTES 49:19

5.1. SOLDE DES PERTES EN CAPITAL NETTES 49:20

6. CADRE SUPÉRIEUR EMPLOYÉ D'UNE SOCIÉTÉ PRIVÉE 49:20

7. RÉGIME DE PARTICIPATION DES EMPLOYÉS AUX BÉNÉFICES 49:21

8. RÉGIME DE PARTICIPATION DIFFÉRÉE AUX BÉNÉFICES 49:21

9. REPORT DE L'IMPÔT SUR 10 ANS 49:21

CONCLUSION 49:22

INTRODUCTION

Les cadres supérieurs font souvent appel à leur comptable, fiscaliste ou planificateur financier afin d'obtenir des conseils dans le but de réduire leurs impôts durant leurs années actives. Les employeurs de plusieurs cadres supérieurs leur offrent même de défrayer une partie ou la totalité des coûts reliés à leur planification financière ou fiscale annuelle. Or, ces cadres négligent souvent leur planification successorale. Trop occupés par leurs fonctions journalières, pensant que ce moment n'arrivera jamais, ils remettent à plus tard (comme plusieurs autres clients) la discussion relative à la planification en cas de décès.

Il est donc important d'aborder cette question avec eux, surtout avec ceux qui bénéficient de différents régimes incitatifs tels un régime d'options d'achat d'actions, un régime fantôme ou de bonis différés. Dans bien des cas, le cadre supérieur n'est pas informé de tous les bénéfices reliés aux régimes incitatifs auxquels il participe et en ignore leur traitement fiscal. Il connaît généralement encore moins les options disponibles pour sa succession à la suite de son décès. Le cadre supérieur ne tient pas toujours un registre de ses droits acquis et de ceux qui le deviendront en vertu des différents régimes auxquels il participe. Ce texte donne un aperçu des éléments à discuter avec des clients cadres supérieurs et malgré le fait que le terme « cadre supérieur » y soit employé tout au long, il est clair que plusieurs de ces éléments s'appliquent aussi à d'autres contribuables.

Ce texte fait référence à la *Loi de l'impôt sur le revenu*[1] et ne traite pas de la *Loi sur les impôts*[2] sauf exception. Bien que la plupart des dispositions traitées dans ce texte s'appliquent de façon similaire au Québec, il est recommandé de bien vérifier le tout, certains taux, déductions ou crédits pouvant avoir des particularités différentes au niveau provincial.

1. CADRES SUPÉRIEURS – MESURES À PRENDRE DE LEUR VIVANT

Pour le professionnel de la planification financière ou de la fiscalité qui conseille des cadres supérieurs participant à différents régimes de rémunération incitative, il est important de mettre en place un processus de suivi et de s'assurer de conserver tous les documents pertinents à un seul et même endroit. En effet, chaque régime contient ses propres règles d'octroi,

---

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

2 L.R.Q., c. I-3 et mod.

d'acquisition (*vesting*) et d'exercice. Avoir en note le nom et le numéro de téléphone de la personne responsable du programme de rémunération de l'employeur est également conseillé.

1.1. CADRES SUPÉRIEURS – LISTE DE CONTRÔLE (NON EXHAUSTIVE)

a) Obtenir une copie des différents régimes incitatifs dont le client bénéficie et faire un résumé de chacun en incluant les délais donnés à la succession pour prendre avantage des différents régimes, le cas échéant;

b) Vérifier le traitement fiscal canadien des régimes ou des avantages qui ont été octroyés par une société étrangère. Par exemple, certains régimes d'options d'achat d'actions étrangers peuvent ne pas se qualifier à la déduction selon l'alinéa 110(1)d) L.I.R. Il n'est pas rare que le cadre, bien que travaillant pour une société canadienne, soit membre de régimes parrainés par la société mère étrangère;

c) Regrouper les copies de ces régimes et les coordonnées des personnes ressources au même endroit. Obtenir, le cas échéant, une autorisation du client pour discuter directement avec ces personnes en son nom;

d) S'assurer qu'une personne, autre que le client, connaît l'endroit où se trouve ces documents;

e) Obtenir annuellement le détail des droits qui deviennent acquis et des droits exercés en vertu des différents régimes. Idéalement, faire des tableaux résumant le tout et les mettre à jour chaque année;

f) Vérifier le Formulaire T-4 et le Relevé 1 du client pour connaître le montant des avantages imposables qui se rapporte aux régimes incitatifs;

g) Vérifier si le cadre supérieur a des obligations fiscales dans un pays étranger à la suite de l'octroi ou de l'exercice de certains droits en vertu des régimes incitatifs (par exemple, s'il possède une carte verte ou si des options d'achat d'actions qu'il détient lui ont été octroyées alors qu'il travaillait dans un pays étranger);

h) S'assurer, dans le cas où une convention entre actionnaires existe, qu'elle ne contredit pas le testament du client et *vice versa*;

i) Vérifier, lors de la révision, du testament, s'il comporte une disposition spécifique indiquant aux liquidateurs de prendre les mesures nécessaires et de faire les choix appropriés en vertu des régimes incitatifs. Étant

donné que les délais pour exercer des options d'achat d'actions ou pour faire des choix en vertu de certains régimes fantômes se comptent en termes de jours ou de quelques mois, il est important que les liquidateurs agissent rapidement. En incluant une disposition spécifique à cet effet, cela pourra aider les liquidateurs à réagir plus rapidement;

j) S'assurer que le client a un mandat pour cause d'inaptitude.

1.2. STRATÉGIES FISCALES

1.2.1. Prestation consécutive au décès[3]

Il peut être intéressant pour le cadre supérieur de faire ajouter à son contrat d'emploi une clause aux termes de laquelle son employeur s'engage à verser à sa succession, advenant son décès, un montant qui se qualifie de prestation consécutive au décès. Dans la mesure où le montant est versé en reconnaissance des services rendus par le cadre supérieur à l'intérieur de sa charge ou de son emploi, sa succession pourrait recevoir jusqu'à 10 000 $ sans impôt. L'employeur bénéficie de la déduction du montant versé dans le calcul de son revenu.

1.2.2. Options d'achat d'actions

1.2.2.1. Report de l'avantage relié à l'exercice d'options d'achat d'actions

Depuis l'adoption du paragraphe 7(8) L.I.R. qui permet à un employé d'exercer des options d'achat d'actions de sociétés publiques tout en reportant l'inclusion au revenu de l'avantage relié à l'exercice de ces options, plusieurs cadres supérieurs se sont prévalus de ce choix. Or, en exerçant ce choix, l'avantage relié à l'exercice des options d'achat d'actions est cristallisé. L'employé sait à l'avance sur quel montant il devra éventuellement payer de l'impôt et que ce montant sera traité comme du revenu d'emploi (toute augmentation ou perte de valeur des actions étant toutefois traitée comme un gain ou une perte en capital). Le paiement de l'impôt est reporté jusqu'à la disposition des actions ou, plus précisément, jusqu'à l'avènement du premier des événements suivants :

---

[3] Par. 248(1) « prestation consécutive au décès » L.I.R.; voir également AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-508R, « Prestations consécutives au décès », 12 février 1996.

a) la vente des actions;

b) le contribuable devient non-résident du Canada; ou

c) en cas de décès.

Bien des cadres supérieurs qui ont bénéficié du paragraphe 7(8) L.I.R. n'ont pas nécessairement pensé aux conséquences financières d'une baisse de valeur des actions acquises aux termes des options d'achat d'actions. Or, toute perte en capital survenant lors de la disposition des actions ne peut venir réduire le montant à inclure au revenu à titre de revenu d'emploi. La perte en capital ne peut être réclamée qu'à l'encontre d'un gain en capital.

Si une telle situation est imminente, il est important de discuter avec le cadre supérieur de différentes stratégies, notamment de l'utilisation de certains types de placement, qui permettront de réduire le revenu d'emploi dans l'année de la disposition des actions et qui pourront permettre la réalisation d'un gain en capital futur pouvant être réduit ou éliminé en déduisant la perte en capital subie à l'encontre de ce gain. Évidemment, toute recommandation de placement doit se faire en ayant en tête les objectifs de placement du cadre supérieur, son profil d'investisseur et sa tolérance au risque. Il est toujours hasardeux de recommander un placement pour ses attributs fiscaux si cette suggestion va à l'encontre de la politique de placement du client.

Tel qu'il est discuté ci-après à la section 5.1. (Solde des pertes en capital nettes), la perte en capital subie pourra, lors d'un décès, si certaines conditions sont remplies, venir réduire le revenu d'emploi résultant des mesures de report qui cessent alors de s'appliquer. Comme il est impossible de prévoir la date d'un décès et qu'il n'est pas toujours envisageable ou souhaitable de conserver certaines actions pendant plusieurs années, des ventes d'actions régulières et un bon suivi du cours des actions s'imposent donc.

1.2.2.2. Donations d'actions à la suite de l'exercice d'une option

Bien des cadres supérieurs contribuent à des causes qui leur tiennent à cœur et font des dons à divers organismes de bienfaisance. Plusieurs d'entre eux connaissent les avantages de faire un don en argent mais ne sont pas

nécessairement familiers avec les dons de titres. Depuis le 2 mai 2006[4], les dons de titres constatant une option d'achat d'actions d'employé sont encore plus avantageux qu'auparavant. Aux termes de l'alinéa 110(1)d.01) L.I.R., l'avantage imposable relié à l'exercice d'option d'achat d'actions selon l'alinéa 7(1)a) L.I.R. est ramené à zéro si le titre fait l'objet d'une donation à un organisme de bienfaisance autre qu'une fondation privée. Pour donner droit à cette déduction, l'action doit répondre aux critères suivants :

a) le titre est visé au sous-alinéa 38a.1)(i) L.I.R.;

b) le don est fait au cours de l'année et au plus tard le 30^{e} jour suivant le jour où le contribuable a acquis l'action; et

c) le contribuable peut déduire un montant en vertu de l'alinéa 110(1)d) L.I.R.

La donation d'un titre constatant une option d'achat d'actions d'employé donne ainsi droit aux déductions selon les alinéas 110(1)d) et 110(1)d.01) L.I.R., ce qui, de façon générale, ramène l'avantage imposable à zéro. Le crédit d'impôt pour don est toutefois calculé en fonction de la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») des actions, ce qui procure un avantage fiscal des plus intéressants.

Baisse de la valeur des actions

Selon le libellé de l'alinéa 110(1)d.01), si la valeur des actions au moment du don est inférieure à la valeur lors de l'exercice de l'option, la déduction est calculée en fonction du montant de l'avantage imposable en tenant compte de la valeur au moment du don. On prend donc comme hypothèse que la valeur de l'option lorsque survient le décès est égale à sa valeur au moment du don. La déduction peut donc être réduite par l'application de cette règle.

---

[4] CANADA, ministère des Finances, *Le plan budgétaire de 2006*, 12 mai 2006. Le ministère des Finances du Québec a indiqué son intention d'harmoniser sa législation en ce qui a trait aux donations de titres dans QUÉBEC, ministère des Finances, *Bulletin d'information* 2006-2, « Harmonisation à certaines mesures du Budget fédéral du 2 mai 2006 et certaines autres mesures fiscales », 29 juin 2006. Cette mesure devrait, en principe, inclure les dons d'options d'achat d'actions.

Levée des options sans encaissement suivie d'un don

Des règles similaires s'appliquent si le cadre supérieur procède à une levée d'option sans encaissement (c'est-à-dire qu'il lève l'option et demande au courtier de vendre les actions immédiatement, puis il fait don d'une partie ou de la totalité du produit de disposition à l'organisme de bienfaisance (*cashless exercise*)[5], plutôt que de donner les actions directement. Très souvent, c'est la différence entre le produit de disposition et le prix d'exercice qui fait l'objet du don.

Ces mesures donnent donc une certaine flexibilité au cadre supérieur qui peut soit donner les actions, soit donner de l'argent à l'organisme de bienfaisance. Toutefois, la formule choisie peut avoir un impact sur la déduction en vertu de l'alinéa 110(1)d.01) L.I.R.

Exemple

En janvier 2006, Dominique s'est vu octroyer l'option d'acheter 1 000 actions de son employeur pour 10 $ par action. Ces actions se qualifient en vertu du sous-alinéa 38a.1)(i) L.I.R. Lorsque Dominique exerce l'option, la JVM par action est de 15 $.

Scénario 1 : Dominique donne les actions à un organisme de bienfaisance alors qu'elles valent toujours 15 $ par action.

a) Dominique est réputé avoir reçu un avantage imposable correspondant à 5 000 $, soit 15 000 $ (JVM des actions au moment de l'exercice) moins 10 000 $ (prix d'exercice);

b) il a droit à une déduction de 2 500 $ en vertu de l'alinéa 110(1)d) L.I.R.;

c) si Dominique donne les actions à un organisme de bienfaisance, autre qu'une fondation privée, il aura droit à une déduction supplémentaire de 2 500 $ selon l'alinéa 110(1)d.01) L.I.R.;

d) Dominique aura droit à un crédit d'impôt pour don basé sur une valeur de 15 000 $.

---

[5] Par. 110(2.1) L.I.R.

Scénario 2 : Dominique demande à son courtier de remettre le produit de la vente des actions à un organisme de bienfaisance, après paiement du prix d'exercice.

a) Dominique est réputé avoir reçu un avantage imposable correspondant à 5 000 $, soit 15 000 $ (JVM des actions au moment de l'exercice) moins 10 000 $ (prix d'exercice);

b) il a droit à une déduction de 2 500 $ selon l'alinéa 110(1)d) L.I.R.;

c) étant donné qu'il donne 5 000 $ à l'organisme de bienfaisance (soit le produit de disposition moins le paiement à l'employeur), il aura droit à une déduction d'environ 850 $ en vertu de l'alinéa 110(1)d.01) L.I.R., puisqu'il donne un tiers du produit de disposition;

d) le crédit d'impôt pour don est basé sur la valeur du don, soit 5 000 $.

Nous constatons donc que le cadre supérieur doit effectuer le don du produit de disposition total et non seulement le gain financier réalisé s'il désire pouvoir maximiser ses déductions et ses crédits.

2. CADRE SUPÉRIEUR – ANNÉE DU DÉCÈS

2.1. GÉNÉRALITÉS

De même que pour tout autre contribuable, la succession du cadre supérieur doit produire la déclaration de revenu du décédé à la plus tardive des dates suivantes :

- à la date normale de production de la déclaration de revenus;
- six mois après le décès[6].

Ainsi, dans le cas d'une personne décédée après le 31 octobre d'une année en cours, et avant le 1er mai de l'année suivante, un délai de production supplémentaire est accordé.

Ce délai peut notamment permettre au liquidateur de consulter un spécialiste pour effectuer une planification *post mortem*. On voudra souvent

6 Al. 150(1)b) et 150(1)d) L.I.R.

indiquer une mention spéciale à cet effet dans le testament afin que le liquidateur n'oublie pas de consulter les experts en la matière dans les plus brefs délais.

Au décès, les règles du paragraphe 70(5) L.I.R. trouvent application, sauf si des biens sont transférés au conjoint ou à une fiducie exclusive au conjoint en vertu du paragraphe 70(6) L.I.R. Toutefois, il est important de retenir que le roulement au conjoint ne doit pas être vu comme une panacée. Il peut être avantageux pour la succession de ne pas bénéficier du roulement en faveur du conjoint. En effet, il pourrait être intéressant de transférer le bien au conjoint avec un coût majoré en présence des éléments suivants :

- le défunt a accumulé des pertes;
- le défunt détenait des biens admissibles à la déduction pour gain en capital et il lui restait un solde de déduction;
- il y a possibilité de récupérer de l'impôt minimum payé dans les années antérieures;
- le défunt a prévu des dons de bienfaisance dans son testament.

Le choix en vertu du paragraphe 70(6.2) L.I.R. s'effectue bien par bien. Il peut être fait sur certains biens et non sur d'autres, même si les biens font partie de la même catégorie. Par exemple, le choix pourrait être fait sur 25 des 100 actions de la société ABC.

Il n'est toutefois pas possible de choisir le montant sur lequel le défunt sera imposé. Il n'y a pas une fourchette de valeurs comme c'est le cas au paragraphe 85(1) L.I.R. Une fois que le choix en vertu du paragraphe 70(6.2) L.I.R. a été effectué, alors le paragraphe 70(5) L.I.R. trouve application.

Il devrait être envisagé, lors de la rédaction, que les biens pouvant faire l'objet du choix en vertu du paragraphe 70(6.2) L.I.R. ne feront pas partie de la fiducie au conjoint, si une telle fiducie est prévue au testament.

2.2. DÉDUCTION EN VERTU DE L'ALINÉA 110(1)D.01) L.I.R.

La déduction selon l'alinéa 110(1)d.01) L.I.R. ne s'applique pas dans l'année du décès. Si un cadre supérieur détient des options d'achat d'actions au moment de son décès, l'inclusion au revenu s'effectue en vertu de l'alinéa 7(1)e) et non de l'alinéa 7(1)a) L.I.R. Si un cadre supérieur considère faire don des actions acquises à la suite de l'exercice d'une option d'achat

d'actions d'employé, il doit le faire de son vivant, s'il veut maximiser ses déductions.

2.3. PAIEMENTS PÉRIODIQUES

La rémunération incitative (sauf les options d'achat d'actions) entre soit dans la catégorie de droits ou biens, soit dans la catégorie des paiements périodiques.

Si le cadre supérieur était en droit de recevoir des paiements périodiques à son décès, ceux-ci sont à inclure dans son revenu en vertu du paragraphe 70(1) L.I.R. Il s'agit de sommes gagnées, non reçues mais non exigibles au moment du décès. Aux termes de l'alinéa 70(1)a) L.I.R., une somme payable périodiquement qui n'a pas été payée à un individu avant son décès est réputée s'être accumulée en sommes quotidiennes égales pendant la période à l'égard de laquelle elle était payable. La valeur de la partie des sommes ainsi réputées s'être accumulées jusqu'au jour du décès doit être incluse dans le calcul du revenu du contribuable pour l'année au cours de laquelle il est décédé. On peut penser aux montants suivants :

- les intérêts courus mais non exigibles;
- les loyers échus;
- le salaire gagné mais payable plus tard;
- les redevances non exigibles;
- les rentes non exigibles;
- les primes de rendement gagnées mais non exigibles.

Il n'y a aucune planification possible pour ces montants : ils doivent tous être ajoutés dans la déclaration de revenus finale du défunt pour l'année du décès.

Le *Bulletin d'interprétation* IT-210R2[7] indique que seuls les salaires accumulés au début de la période de paie durant laquelle un employé meurt jusqu'à la date du décès sont inclus dans le revenu de l'employé en vertu de l'alinéa 70(1)a) L.I.R. Lorsque la somme exigible et impayée concerne une période de paie antérieure, elle peut être incluse dans le revenu en vertu du paragraphe 70(2) L.I.R. dans une déclaration distincte de droits ou biens. Le paragraphe 70(2) L.I.R. s'applique également à une rémunération rétroactive ou à des rajustements de salaire non payés en date du décès de l'employé.

Il est à noter que les dépenses se rapportant à un montant inclus au revenu selon l'alinéa 70(1)a) L.I.R. peuvent être prises en déduction, dans la mesure où elles auraient été déductibles si elles avaient été payées. On peut penser, entre autres, aux frais d'intérêts. Si ces dépenses sont supérieures au revenu brut inclus au revenu, l'excédent est déductible des autres revenus du contribuable.

Le *Bulletin d'interprétation* IT-210R2 précise que s'il est vraiment difficile de déterminer si le revenu gagné par un contribuable avant son décès constitue une somme payable périodiquement, un droit ou un bien, le cas est normalement résolu en faveur du contribuable.

2.4. DROITS OU BIENS EN VERTU DES PARAGRAPHES 70(2) ET (3) L.I.R. – *BULLETIN D'INTERPRÉTATION* IT-212R3[8]

Les droits ou biens sont à inclure dans la déclaration de revenu finale du contribuable à moins qu'un choix à l'effet contraire soit fait.

Les droits ou biens sont des sommes gagnées non reçues mais qui sont exigibles au moment du décès. Le défunt a simplement fait défaut de réclamer leur paiement, alors qu'il avait un droit absolu à ces montants. Il s'agit, notamment, de :

- coupons d'intérêt échus mais impayés;
- dividendes déclarés mais impayés;

---

[7] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-210R2, « Revenu de personnes décédées – Sommes payables périodiquement et crédit d'impôt à l'investissement », 22 novembre 1996, par. 3.

[8] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-212R3, « Revenu de personnes décédées – Droits ou biens », 1er janvier 1995, par. 2.

- chèques non encaissés mais dont la date de paiement est échue;
- crédits de congé annuel inutilisés mais exigibles;
- primes de rendement déclarées mais non payées si le décédé avait un droit absolu à la prime avant son décès;
- droits au revenu d'une fiducie;
- participation résiduelle d'un associé d'une société de personnes;
- montant pour salaire impayé pour une période se terminant avant le décès;
- paiement de salaire rétroactif;
- droits acquis dans un régime de rémunération incitatif.

Un régime de pension américain de type IRA des États-Unis (*Individual Retirement Account*) fait partie des droits ou biens lorsque son détenteur décède avant que le régime ne vienne à échéance et dans la mesure où les biens du régime n'ont pas été utilisés pour l'acquisition d'une rente irrévocable[9]. Pour ce qui est de la rémunération qui peut se qualifier de droits ou biens, il y a trois façons d'imposer cette rémunération.

Premièrement, le revenu peut être inclus dans la déclaration de revenu finale du décédé avec tous les autres revenus.

Deuxièmement, la valeur des droits ou biens peut être incluse dans une déclaration distincte de droits ou biens. Cette option permet de réclamer une série distincte de crédits d'impôt. Le choix doit être fait sur tous les droits ou biens à l'exception de ceux transférés à des bénéficiaires. La déclaration distincte permet d'obtenir le même résultat que si les montants étaient imposés entre les mains d'un autre contribuable. Les économies d'impôt proviennent évidemment de l'utilisation des crédits d'impôt et des taux d'imposition progressifs. Ce choix est révocable aux termes du paragraphe 70(4) L.I.R.

---

9 *Tax Window Files*, dans *Tax Works* (en ligne), Don Mills, Ont., CCH Canadian, interprétation technique 2003-0046111E5, 16 avril 2004.

Troisièmement, le représentant légal du défunt peut choisir de transférer les droits ou biens à un ou plusieurs bénéficiaires afin qu'ils soient inclus dans le revenu du ou des bénéficiaires et non pas dans le revenu du défunt[10]. Cela peut être avantageux dans la mesure où le taux d'imposition du bénéficiaire est inférieur à celui du décédé et celui applicable à la déclaration de droits ou biens, ou si le bénéficiaire ne peut pas autrement utiliser tous ses crédits d'impôt non remboursables.

Grâce à cette option, il est possible de différer l'imposition de ces sommes jusqu'au moment de leur encaissement. Si des bénéficiaires ont peu ou pas de revenu, il est avantageux de leur distribuer les droits ou biens.

Le bénéficiaire est alors réputé avoir acquis le bien à un coût égal au total :

- de la fraction du coût du bien qui n'a pas été déduite par le contribuable décédé dans le calcul de son revenu;

- des dépenses engagées pour acquérir le bien aux termes du paragraphe 69(1.1) L.I.R.

Avantages à produire une déclaration distincte selon le paragraphe 70(2) L.I.R. :

- possibilité de fractionnement du revenu car le revenu déclaré sur la seconde déclaration est assujetti aux taux d'imposition progressifs;

- certains crédits d'impôt peuvent être réclamés une seconde fois tels le crédit de base, le crédit pour conjoint, le crédit d'équivalent pour personne à charge, le crédit pour soins à domicile et le crédit pour personne âgée;

- le crédit pour pension doit être réclamé dans la déclaration contenant le revenu de pension en vertu du paragraphe 118(3) L.I.R; les autres, dans n'importe laquelle des déclarations selon l'article 118.93 L.I.R.;

- il y a des crédits qui ne peuvent être réclamés qu'une seule fois tels le crédit d'impôt pour dons, pour frais de scolarité, pour frais médicaux,

---

[10] Par. 70(3) L.I.R.

pour déficience, pour assurance emploi et pour la contribution au régime des rentes du Québec;

- la déclaration distincte peut tenir compte des dépenses afférentes au revenu gagné et inclus dans cette déclaration.

La déclaration de droits ou biens doit être produite au plus tard :

- un an après le décès;

- 90 jours suivant la mise à la poste de l'avis de cotisation pour l'année du décès.

2.5. DISTINCTION ENTRE LES PAIEMENTS PÉRIODIQUES ET LES DROITS OU BIENS – EXEMPLES

La question du traitement fiscal d'une gratification payable à un cadre et demeurée impayée au moment du décès a été abordée lors de la Table ronde de Revenu Canada en 1991[11]. La question était la suivante : « Une gratification à un cadre qui est impayée au moment du décès constitue-t-elle un "droit ou bien" à l'égard duquel le représentant légal d'un contribuable décédé peut exercer les choix prévus par les paragraphes 70(2) et 70(3) L.I.R.? »

La position de l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») est la suivante :

> « Dans la mesure où l'employé a une créance exécutable à la date du décès à l'endroit de l'employeur pour la gratification déclarée, la valeur de ce droit à la date du décès serait considérée comme un « droit ou bien » au sens du paragraphe 70(2).
>
> Cependant, si l'employeur est tenu par contrat de verser une gratification chaque année ou selon une base périodique autre qu'annuelle, mais que la gratification pour la période n'a pas été déclarée à la date du décès, le montant est considéré comme un paiement périodique de rémunération imposable en vertu du paragraphe 70(1)[12]. »

---

11 « Table ronde de Revenu Canada », dans *1991 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1992, pp. 50:1-83, question 27, à la page 50:55.

12 *Id.*

L'interprétation technique 2006-0168181E5[13] donne un exemple de la nuance à faire entre un paiement périodique et un droit ou bien. Les faits soumis sont les suivants. Une société privée dont le décédé était actionnaire a pour habitude de verser annuellement un boni à ses deux actionnaires. Monsieur X est décédé le 31 mai 2005. Un boni a été déclaré le 31 juillet 2005 et payé en janvier 2006. La question était de savoir si le boni devait être inclus dans la déclaration de revenu finale du décédé, dans une déclaration de droits ou biens, ou dans la déclaration de revenu de la succession.

L'ARC a indiqué que lorsqu'un employé a un droit acquis au montant et qu'il peut en demander paiement au moment du décès, le boni peut se qualifier de droit ou bien au sens du paragraphe 70(2) L.I.R. Si l'employeur a plutôt une obligation contractuelle de verser un boni annuellement ou sur une autre base périodique, mais que le boni n'a pas encore été déclaré lors du décès, le montant se qualifie plutôt de paiement périodique imposable en vertu du paragraphe 70(1) L.I.R.

Il est intéressant de noter que les montants versés en vertu d'un régime d'actions fantôme selon le paragraphe 6801d) du *Règlement de l'impôt sur le revenu*[14] peuvent avoir plus d'une qualification. Généralement, les montants déjà crédités au compte de l'employé au moment de son décès seront des droits ou biens. Les unités qui deviennent acquises à la suite du décès de l'employé conformément aux termes du régime sont généralement imposables en vertu du paragraphe 70(1) L.I.R.[15]

À la lecture des interprétations techniques et des décisions anticipées, il appert, qu'en règle générale, les montants déjà acquis (*vested*) au moment du décès en vertu d'un régime incitatif peuvent être déclarés dans une déclaration de revenu distincte selon le paragraphe 70(2) L.I.R.

À cet effet, vous pouvez consulter les décisions anticipées suivantes :

---

13 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2006-0168181E5, 31 mai 2006.

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

15 *Tax Window Files*, *op. cit*., note 9, interprétations techniques 9814633, 11 juin 1999 et 9700293, 27 juin 1997.

a) Les décisions 2005-0144541R3 et 2004-0096311R3[16] qui visent un régime d'actions restreintes (*restricted share unit plan)* qui se qualifie comme boni payable sur trois ans[17].

b) La décision anticipée 2004-0072041R3[18] pour les régimes fantômes qui se qualifient selon le paragraphe 6801d) R.I.R. et qui sont basés sur la valeur des actions de l'employeur.

c) La décision anticipée 2004-0088331R3[19] qui traite d'un régime en vertu duquel des membres du conseil d'administration ont le choix de recevoir une partie de leur rémunération sous forme d'unités plutôt que sous forme de jetons de présence et selon lequel les officiers de la société peuvent recevoir leurs bonis sous forme d'unités. Ces unités peuvent être rachetées pour de l'argent en cas de décès, de retraite ou de fin d'emploi.

d) La décision anticipée ATR-45[20] qui traite d'un régime fantôme basé sur l'augmentation de valeur future des actions de l'employeur (*share appreciation rights plan* ou SAR). L'unité n'a aucune valeur au moment de son octroi. Dans ce cas, il a été établi que le paiement versé et qui représente l'augmentation de valeur du SAR entre la date d'octroi et la date de rachat est imposable lors de sa réception à titre de revenu d'emploi. À partir du moment où un employé a le droit de recevoir un montant en vertu du SAR, s'il ne demande pas le paiement, le régime peut alors devenir une entente d'échelonnement du traitement.

3. OPTIONS D'ACHAT D'ACTIONS NON EXERCÉES

La plupart des régimes d'options d'achat d'actions prévoient soit que les options expirent au décès de l'employé, soit qu'elles peuvent être transférées à la succession et exercées dans un délai prédéterminé, sinon elles expirent. Les options d'achat d'actions ne sont pas des droits ou biens. Il n'y a pas de

---

16 AGENCE DU REVENU DU CANADA, décisions anticipées 2005-0144541R3, 1er février 2006 et 2004-0096311R3, 17 août 2005.

17 Exception à la définition, par. 248(1) « entente d'échelonnement du traitement » L.I.R.

18 AGENCE DU REVENU DU CANADA, décision anticipée 2004-0072041R3, 13 octobre 2004.

19 *Id*., décision anticipée 2004-0088331R3, 12 janvier 2004.

20 *Id*., décision anticipée ATR-45, 17 février 1992.

possibilité de différer l'impôt au décès. Si les options expirent au moment du décès, il n'y a aucun impact fiscal ni pour le cadre, ni pour sa succession.

Autrement, si les options sont transférées à la succession, le cadre est réputé avoir reçu, immédiatement avant son décès, un avantage égal à l'excédent éventuel de la valeur du droit immédiatement après le décès sur la somme payée pour acquérir ce droit. Dans un tel cas, les alinéas 7(1)a), 7(1)b) et 7(1)c) L.I.R. ne s'appliquent pas.

Exemple

Un cadre décède alors qu'il détient 10 000 options d'achat d'actions octroyées par son employeur, une société publique. Le prix d'exercice est de 10 $ par action. Il n'avait rien payé en considération de l'octroi des options. À son décès, la valeur des actions sous-jacentes est de 20 $ par action. Si les options sont transférées à sa succession, le cadre est réputé avoir reçu un avantage de 100 000 $. Si certaines conditions sont remplies, la succession peut réclamer la déduction selon l'alinéa 110(1)d) L.I.R., pour un avantage imposable total de 50 000 $ au fédéral.

La succession hérite des options avec un coût de base rajusté égal à leur JVM[21]. Dans la mesure où les actions acquises à la suite de l'exercice des options d'achat constituent des biens en capital pour la succession, le coût des options sera ajouté au coût de base rajusté des actions en vertu du sous-alinéa 49(3)b)(ii) L.I.R. Le coût des actions serait donc de 20 $ par action. Si la succession décidait d'exercer immédiatement les options et de vendre les actions, le montant net à recevoir serait égal au bénéfice réputé avoir été reçu par le décédé.

Si la valeur des actions a augmenté entre la date du décès et le moment de l'exercice des options, tout montant qui excède le coût de 20 $ par action serait du gain en capital. Toutefois, si la valeur des actions devait plutôt être inférieure lors de l'exercice des options, l'avantage imposable déclaré par le défunt s'avérera trop élevé par rapport au montant qui sera encaissé par la succession.

Si dans notre exemple la valeur des actions lors de l'exercice de l'option est de 15 $ par action, plutôt que de 20 $ par action, la succession recevra des actions ayant une valeur de 150 000 $ mais avec un coût de base rajusté de 200 000 $. Une perte en capital de 50 000 $ est créée. Dans un tel cas, la

[21] Al. 69(1)c) L.I.R.

Loi de l'impôt sur le revenu prévoit que le représentant légal du défunt peut faire un choix afin de reporter la moitié de la perte à l'encontre de l'avantage imposable du défunt. Ainsi, l'avantage imposable de 50 000 $ est réduit à 25 000 $ en vertu du paragraphe 164(6.1) L.I.R. Ce choix doit être fait dans la première année d'imposition de la succession. Grâce à ce choix, une somme de 25 000 $ sera imposable dans la déclaration de revenu fédérale du défunt, plutôt que le gain initial de 50 000 $. Le coût de base rajusté des actions est alors réduit en conséquence, soit réduit de 50 000 $ dans notre exemple[22], le montant n'étant pas réduit par la déduction selon l'alinéa 110(1)d) L.I.R., la perte étant établie en faisant abstraction du sous-alinéa 164(6.1)a)(iii) L.I.R. Lors de la disposition des actions, il n'y a alors ni gain ni perte pour la succession.

4. OPTIONS D'ACHAT D'ACTIONS EXERCÉES AVEC REPORT D'IMPÔTS

Pour les employés qui avaient fait le choix, à la suite de l'exercice d'options d'achat d'actions d'employés, de reporter l'inclusion d'un revenu d'emploi dans le calcul de leur revenu, il y a fin du report et imposition sur l'avantage relié à l'exercice d'options d'achat d'actions. De plus, il y a disposition réputée des actions en vertu de l'alinéa 70(5)a) L.I.R. Si les actions ont perdu de la valeur depuis leur acquisition, une perte en capital sera créée. En règle générale, une perte en capital résultant de la disposition des actions acquises après l'exercice d'options ne peut pas venir réduire le revenu d'emploi relié à l'exercice d'options d'achat d'actions. Les pertes en capital ne pouvant être réclamées qu'à l'encontre du gain en capital. Une exception à cette règle existe pour l'année du décès et l'année précédente, tel qu'il est discuté ci-dessous, à la section 5.1 (Solde des pertes en capital nettes).

5. PERTES

Les pertes, tant les pertes en capital nettes que les pertes autres que des pertes en capital, qui surviennent dans l'année du décès, peuvent être reportées aux trois années antérieures, en vertu de la règle générale[23]. Les pertes en capital nettes ainsi que les pertes autres qu'en capital des années antérieures peuvent être déduites dans l'année du décès sur la déclaration de revenu finale[24].

---

22 Al. 53(2)t) L.I.R.

23 Al. 111(1)a) et 111(1)b) L.I.R.

24 Par. 111(2) L.I.R.

5.1. SOLDE DES PERTES EN CAPITAL NETTES

En règle générale, une perte en capital ne peut être utilisée que pour réduire un gain en capital. Il y a possibilité de report rétroactif sur trois ans seulement mais indéfiniment de façon prospective.

Si un particulier décède, le paragraphe 111(2) L.I.R. modifie l'alinéa 111(1)b) et le paragraphe 111(1.1) L.I.R. aux fins du calcul du revenu imposable du particulier pour l'année de son décès et l'année précédente. Cette exception permet que des pertes en capital nettes inutilisées soient appliquées contre toute source de revenu dans l'année du décès et dans celle qui précède le décès. Un ordre doit toutefois être respecté. Dans un premier temps, les pertes en capital nettes doivent d'abord servir à annuler les gains en capital imposables de l'année du décès et de l'année précédente. Dans un deuxième temps, toute fraction des pertes en capital nettes inutilisées doit être réduite du montant de toutes les déductions pour gain en capital prévues à l'article 110.6 L.I.R. et demandées pour le particulier dans toute année d'imposition. Les montants qui restent peuvent alors être déduits de tout autre revenu pour l'année du décès et l'année précédente.

6. CADRE SUPÉRIEUR EMPLOYÉ D'UNE SOCIÉTÉ PRIVÉE

Dans certains cas, le cadre supérieur aura reçu des actions aux termes d'une option d'achat d'actions octroyée par une société privée, lesquelles peuvent donner droit à la déduction pour gain en capital de 500 000 $ lors de la disposition d'actions admissibles de petites entreprises. Une des conditions d'application de l'exemption est qu'au moment de la disposition des actions, la société soit une société exploitant une petite entreprise. Pour satisfaire à cette définition, la totalité ou presque de la JVM des éléments d'actifs de la société doit être attribuable à des éléments qui sont utilisés principalement dans une entreprise que la société exploite activement. À cette fin, l'alinéa 110.6(14)g) L.I.R. précise que bien que cette condition ne soit pas remplie au moment du décès d'un contribuable, dans la mesure où elle aura été satisfaite à un moment donné au cours de la période de 12 mois précédant le décès du particulier, les actions pourront néanmoins se qualifier aux fins de la déduction pour gain en capital. Cet aspect est donc à vérifier sur une base annuelle.

7. RÉGIME DE PARTICIPATION DES EMPLOYÉS AUX BÉNÉFICES

L'employé qui décède sera imposé dans l'année du décès sur le montant attribué dans cette année par le régime, que l'attribution soit conditionnelle ou non[25]. Ce montant doit être déclaré dans la déclaration finale. Le bénéficiaire du régime n'est pas assujetti à l'impôt lors de la réception des montants du régime de participation des employés au bénéfice (RPEB). Si la succession subit une perte au moment où elle reçoit le paiement; par exemple, si le paiement était conditionnel et que la condition n'a pas été satisfaite, aucune déduction ne peut être réclamée dans la déclaration finale. La succession peut toutefois réclamer une déduction dans le calcul de son revenu[26]. Le terme «personne» est défini au paragraphe 248(1) L.I.R. et comprend non seulement un particulier, mais aussi la succession, l'héritier ou le représentant légal de ce particulier[27].

8. RÉGIME DE PARTICIPATION DIFFÉRÉE AUX BÉNÉFICES

Les membres d'un régime de participation différée aux bénéfices sont imposables sur les paiements reçus du régime[28]. Si une somme forfaitaire est payée directement à un conjoint survivant, ce montant peut être transféré directement dans un régime de pension agréé, un régime enregistré d'épargne-retraite ou un autre régime de participation différée aux bénéfices pour le bénéfice du conjoint.

9. REPORT DE L'IMPÔT SUR 10 ANS

En vertu du paragraphe 159(5) L.I.R., il est possible de reporter le paiement de l'impôt au décès sur 10 ans à la condition de fournir une garantie acceptable. Les biens donnés en garantie ne pourront pas être distribués aux légataires et aux héritiers. Il ne faut pas oublier que les intérêts sur les impôts impayés s'accumulent[29]. Le paiement de l'impôt résultant d'une déclaration de droits ou biens pourra être payé en 10 versements

---

25 Al. 6(1)d) L.I.R.

26 Par. 144(9) L.I.R.

27 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-379R, « Régime de participation des employés aux bénéfices – Sommes attribuées aux bénéficiaires », 29 septembre 1999, par. 17.

28 Al. 56(1)i), par. 147(10) et 147(19) L.I.R.

29 Par. 159(7) L.I.R.

annuels égaux si les conditions énoncées au paragraphe 159(5) L.I.R. sont remplies. Les Formulaires T2075 et TP-1032 doivent être produits et une garantie acceptable à l'égard du paiement de l'impôt doit être fournie.

Au moment du décès, deux scénarios doivent être considérés :

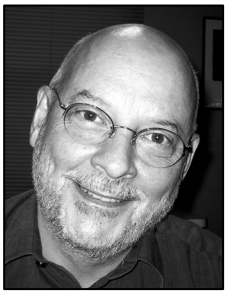
a) l'employé cadre décède alors qu'il possède des options d'achat d'actions non exercées;

b) l'employé cadre décède alors qu'il détient des actions dont le revenu résultant de l'exercice des options a été différé.

CONCLUSION

Bien conseiller un cadre supérieur va au-delà de la planification fiscale et financière annuelle. Des stratégies fiscales et financières à court et à long terme doivent également être envisagées. Un bon suivi de l'évolution des régimes incitatifs est de mise. Une liste de contrôle et des tableaux personnalisés sont des outils très utiles lorsque vient le temps de conseiller le cadre supérieur ou sa succession. Grâce à des conseils judicieux et à l'utilisation des déductions et des crédits disponibles, le cadre supérieur pourra faire croître son patrimoine et maximiser sa succession.

LA SÉCURITÉ FINANCIÈRE DU CADRE SUPÉRIEUR



Robert Vaillancourt
Conseiller en sécurité financière
PPI Québec inc.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 50:3

1. LES COMPOSANTES D'UN PROGRAMME DE SÉCURITÉ FINANCIÈRE 50:3

1.1. LA COMPOSANTE QUI PROTÈGE LE REVENU 50:4
1.1.1. L'assurance invalidité 50:4
1.2. LES COMPOSANTES QUI PROTÈGENT LES ACTIFS 50:5
1.2.1. L'assurance maladie grave 50:5
1.2.2. L'assurance soins de longue durée 50:6
1.2.3. L'assurance vie 50:7
1.3. LA COMPOSANTE PERMETTANT D'AVOIR ACCÈS À DES SOINS MÉDICAUX HAUT DE GAMME 50:7
1.3.1. L'assurance soins médicaux 50:7

2. LES CONSIDÉRATIONS FISCALES 50:8

3. LA MISE EN PLACE D'UN PROGRAMME DE SÉCURITÉ FINANCIÈRE 50:10

3.1. L'APPROCHE TRADITIONNELLE : PROTECTIONS ET PRESTATIONS DÉFINIES 50:10

3.1.1. Les inconvénients de l'approche traditionnelle 50:10

3.2. LA NOUVELLE APPROCHE : LA CONTRIBUTION DÉFINIE 50:13

3.2.1. Les avantages de la nouvelle approche à contribution définie 50:14

4. ET SI NÉCESSAIRE, UNE FORMULE MIXTE… 50:17

CONCLUSION 50:17

INTRODUCTION

L'instauration d'un programme de sécurité financière est un moyen simple et efficace dont disposent les entreprises commerciales pour donner une valeur ajoutée à la rémunération de leurs cadres supérieurs.

Nous considérerons dans le présent texte deux facettes majeures d'un programme de sécurité financière : ses composantes et sa mise en place à l'intérieur d'une entreprise.

En examinant les composantes d'un programme de sécurité financière, nous découvrirons les nombreuses possibilités qu'offrent de nos jours les produits d'assurance de personnes. Ils permettent à leur détenteur de se prémunir adéquatement contre divers risques qui menacent leur sécurité financière.

Nous démontrerons ensuite que le choix d'une formule appropriée pour la mise en place du programme à l'intérieur de l'entreprise permet de maximiser les bénéfices qu'en retireront autant le cadre que l'employeur.

1. LES COMPOSANTES D'UN PROGRAMME DE SÉCURITÉ FINANCIÈRE

Un programme de sécurité financière à l'intention des cadres supérieurs doit remplir plusieurs fonctions :

- protéger le revenu et les actifs du cadre contre les pertes financières qu'entraîne une maladie ou une blessure;

- assurer à sa famille un filet de sécurité dans l'éventualité d'un décès prématuré; et enfin

- offrir au cadre les ressources pour se faire traiter rapidement dans les meilleurs établissements médicaux.

Un tel programme est un moyen original pour une société de se différencier des entreprises concurrentes. La plupart des employeurs ne réalisent pas que la sécurité financière est le maillon faible de leur politique de rémunération des cadres supérieurs. Suppléer à cette faiblesse permet à l'entreprise qui veut attirer et retenir des cadres supérieurs de disposer d'un atout majeur.

En effet, l'assurance collective ne peut remplir ces différentes fonctions. Si elle est un outil de grande valeur pour protéger les employés subalternes, il en va autrement pour les cadres supérieurs. Des prestations souvent sans envergure, combinées à des définitions contractuelles restrictives, rendent ce type d'assurance peu adapté à la réalité particulière des cadres. Seule une combinaison de produits d'assurance individuelle permet de répondre adéquatement à tous ces besoins.

1.1. LA COMPOSANTE QUI PROTÈGE LE REVENU

1.1.1. L'assurance invalidité

Nous évoquions ci-dessus l'inadéquation de l'assurance collective pour garantir la sécurité financière du cadre par opposition à un produit d'assurance individuelle. La protection du revenu fournit un exemple éloquent de ces limites.

Dans la majorité des cas, l'assurance invalidité de longue durée du collectif plafonne le montant d'assurance à un niveau convenable pour un employé subalterne, mais inadapté au revenu du cadre. Ainsi, si le plafond a été fixé à 5 000 $ mensuellement, le cadre qui gagne 20 000 $ par mois se retrouvera dans une situation déficitaire en cas d'invalidité. D'autre part, les définitions du contrat collectif sont, la plupart du temps, restrictives en ce sens qu'elles définissent l'invalidité totale sur la base de l'occupation régulière pour les deux ou cinq premières années d'invalidité seulement. Et ce, sans compter que la plupart des polices collectives n'offrent pas de prestations en cas d'invalidité partielle.

Les garanties d'un contrat d'assurance invalidité individuelle, par contre, sont beaucoup plus étendues. L'invalidité totale y est définie en fonction de l'occupation régulière jusqu'à l'âge de 65 ans. De plus, un tel contrat permet de toucher des prestations en cas d'invalidité partielle; ces prestations sont payables en proportion de la perte de revenu subie par le cadre.

Les montants maximums de prestation mensuelle payables dans le cadre d'un contrat individuel se situent généralement autour de 25 000 $, ce qui dépasse largement les plafonds habituels de l'assurance collective. De plus, tel que nous le constaterons plus loin, une autre composante du programme de sécurité financière – l'assurance maladie grave – permet, si besoin est, d'augmenter indirectement la prestation maximum accordée par les polices individuelles.

Le contrat individuel est garanti irrévocable : la police ne peut être modifiée ou annulée par l'assureur. La prime est nivelée et garantie pour toute la durée du contrat. Ces polices comprennent de nombreuses autres garanties : rente de rétablissement, présomption d'invalidité totale, prestation de décès, aucune intégration aux prestations gouvernementales (Commission de la santé et de la sécurité du travail, Régime de rentes du Québec ou Société de l'assurance automobile du Québec), augmentation automatique de la prestation, etc.

1.2. LES COMPOSANTES QUI PROTÈGENT LES ACTIFS

1.2.1. L'assurance maladie grave

De même que l'assurance invalidité, l'assurance maladie grave est une police irrévocable dont la prime est garantie pour toute la durée du contrat.

Cette police paye une prestation forfaitaire 30 jours après que l'assuré a reçu le diagnostic d'une des maladies graves énumérées au contrat. Les principales maladies couvertes sont la crise cardiaque, l'accident vasculaire cérébral, le cancer, le pontage coronarien, les maladies d'Alzheimer et de Parkinson, le coma, la surdité, la cécité, la perte de membres, la paralysie, la sclérose en plaques, etc. La plupart des polices offertes sur le marché couvrent entre 18 et 25 maladies. Le paiement de la prestation forfaitaire met fin au contrat.

Une fois qu'il a survécu à la période de 30 jours, l'assuré reçoit une prestation qui peut aller de 10 000 $ à 1 M$. Il est libre de disposer de cette somme comme il l'entend. Cette liberté d'utilisation de la prestation rend cette police particulièrement intéressante puisqu'elle permet à l'assuré d'utiliser les sommes reçues en fonction de ses besoins propres.

Ainsi, un assuré victime de paralysie, confiné à un fauteuil roulant, pourra décider de consacrer le montant forfaitaire à l'aménagement de sa maison et de son véhicule. Un autre qui aurait souffert d'une quelconque maladie pourrait utiliser ce montant pour s'offrir des soins infirmiers à domicile, payer ses dettes, liquider son hypothèque, augmenter son fonds de retraite ou encore, tel que nous l'évoquions ci-dessus, s'en servir pour accroître son revenu d'invalidité. Cette option s'avère particulièrement intéressante pour les cadres qui reçoivent une importante rémunération. En effet, les assureurs couvrent le revenu jusqu'à une certaine limite. Ainsi, un cadre qui gagne annuellement 500 000 $ est admissible à une prestation d'invalidité maximum de 13 500 $ par mois. Considérant que son salaire

mensuel net est de 21 000 $, il peut utiliser la somme forfaitaire reçue de la police maladie grave pour compenser le manque à gagner de 7 500 $.

La plupart des assureurs offrent des couvertures renouvelables pour 10 ou 20 ans ou encore des protections à primes nivelées jusqu'à 65 ans, 75 ans ou 100 ans. L'assuré a le loisir d'ajouter à cette police un avenant de remboursement des primes qui permet au titulaire de recevoir, à l'échéance du contrat, ou après une certaine période si la police est résiliée, le plein remboursement de toutes les primes payées s'il n'a pas réclamé.

1.2.2. L'assurance soins de longue durée

Moins répandue que l'assurance invalidité ou maladie grave, l'assurance soins de longue durée risque de gagner en popularité avec le vieillissement des *baby-boomers*. On prévoit en effet que 50 % des personnes actuellement âgées de 65 ans ou plus auront besoin de soins de longue durée[1].

Le contrat prévoit le versement d'une prestation quotidienne pouvant aller jusqu'à 300 $ si l'assuré doit recevoir des soins de longue durée en établissement ou à domicile. Pour être admissible à la prestation quotidienne, l'assuré doit souffrir d'une maladie cognitive ou être incapable d'exercer au moins deux activités de la vie quotidienne telles que prendre son bain, s'habiller, s'alimenter, faire sa toilette, éliminer ou se déplacer.

Tout comme les autres protections décrites ci-dessus, l'assurance soins de longue durée est une police dont les garanties sont irrévocables. La prime, toutefois, n'est pas nivelée pour toute la durée du contrat. La plupart des assureurs se réservent le droit de l'augmenter après le cinquième anniversaire de la police. Certains limitent l'augmentation éventuelle de la prime à 50 % de la prime initiale, alors que d'autres ne fixent aucun plafond. Dans la plupart des contrats, la prime est payable tant que la police est en vigueur. Par contre, on rencontre aussi des périodes de paiement des primes limitées à 20 ans ou jusqu'à 65 ans, selon la plus éloignée de ces échéances.

Le besoin de soins de longue durée est probablement celui qui aura le plus d'impact financier sur les actifs d'un individu. Il suffit d'imaginer les coûts énormes qu'entraînent les soins apportés à une personne, victime d'un AVC grave, qui exige une attention constante, 24 heures sur 24, sept jours sur sept.

---

[1] RBC ASSURANCES, *Guide du représentant*, « Assurances soins de longue durée », octobre 2002, p. 5.

1.2.3. L'assurance vie

Nous ne voulons pas trop nous attarder sur cette composante déjà fort bien connue. Son rôle de base est de fournir à la famille du cadre les ressources financières dont elle aura besoin dans l'éventualité où ce dernier décéderait prématurément.

Sous la forme de police universelle, permanente ou temporaire, ces contrats demeurent irrévocables et les primes sont garanties pour la durée de la police. Cette protection permet de compléter la couverture collective qui, la plupart du temps, se limite à une ou deux fois le salaire.

1.3. LA COMPOSANTE PERMETTANT D'AVOIR ACCÈS À DES SOINS MÉDICAUX HAUT DE GAMME

1.3.1. L'assurance soins médicaux

Ce type de protection est apparu sur le marché au cours des dernières années. Il offre à l'assuré la possibilité d'aller se faire traiter dans les meilleurs établissements médicaux aux États-Unis, ou ailleurs dans le monde.

S'il est détenteur d'une police de soins médicaux, le cadre pourra se soustraire au système de santé public pour aller se faire soigner rapidement dans des établissements médicaux privés nationaux ou outre-frontières. Ces polices couvrent généralement les frais engagés pour des soins médicaux et hospitaliers à concurrence de 2 M$, 3 M$ ou 5 M$ pour la vie de l'assuré. Les coûts de transport, les repas et l'hébergement sont également payés.

L'intérêt de ces polices ne réside pas seulement dans la couverture de soins médicaux. La plupart d'entre elles permettent aussi, préalablement aux soins, de profiter des services de firmes spécialisées telles que « Best Doctors ». Ces entreprises possèdent une expertise médicale leur permettant de conseiller judicieusement les assurés afin qu'ils soient en mesure de prendre des décisions éclairées.

Prenons un exemple afin d'illustrer le fonctionnement de l'assurance soins médicaux. Un cadre reçoit un diagnostic de cancer. S'il utilise le système de santé public, il devra vivre avec ses nombreux inconvénients tels les longs délais pour :

- passer les tests;

- recevoir les résultats;
- rencontrer les spécialistes;
- entamer les traitements, etc.

Évidemment, ces délais peuvent avoir des conséquences sur l'issue de la maladie.

La police de soins médicaux lui permettra d'avoir un autre choix que le système de santé public. Dans un premier temps, son dossier médical sera envoyé à « Best Doctors » qui le référera à une équipe médicale spécialisée dans le type de cancer dont souffre le cadre. Une fois le diagnostic confirmé, on indiquera à l'assuré quels sont les meilleurs spécialistes pour traiter son affection. Par la suite, des arrangements seront pris pour régler son admission dans l'établissement hospitalier, organiser son transport et autres détails.

Certes, l'intérêt d'une telle protection est de permettre au cadre de se faire traiter dans des délais très courts et de ne pas subir les aléas du système de santé public. Mais elle lui permet également d'avoir accès à des traitements médicaux à la fine pointe de la technologie qui ne sont pas offerts au Canada.

Contrairement aux autres couvertures évoquées plus haut, le contrat est renouvelable annuellement et n'est pas garanti. Les assureurs se réservent le droit de ne pas le renouveler si la police pour un groupe d'assurés qui, pour différentes raisons telles que l'âge, le sexe ou la situation géographique, ont connu des réclamations largement supérieures aux prévisions.

La prime, également, n'est pas garantie; elle est susceptible de croître chaque année en raison du vieillissement de l'assuré et de l'accroissement des coûts médicaux assumés par l'assureur.

2. LES CONSIDÉRATIONS FISCALES

Notre intention, dans le présent texte, n'est pas de faire une étude exhaustive des règles fiscales, mais de simplement rappeler les règles d'imposition susceptibles de s'appliquer aux produits qui peuvent être inclus dans un programme de sécurité financière. Pour chacune des couvertures, présumons que la prime est payée par l'employeur et que le bénéficiaire des prestations est le cadre.

Les primes d'assurance vie payées par l'entreprise sont imposables entre les mains du cadre, autant au fédéral qu'au provincial. Elles sont déductibles pour l'entreprise alors que la prestation de décès est non imposable lorsque le bénéficiaire la reçoit.

La *Loi de l'impôt sur le revenu*[2] confère à l'employeur la capacité de mettre sur pied un régime d'assurance salaire[3]. Dans le cadre d'un tel régime, les primes payées par l'employeur sont considérées comme une dépense déductible pour l'entreprise et ne sont pas imposables pour l'employé. Si des prestations d'invalidité sont versées au cadre, elles seront imposables. Pour compenser la perte occasionnée par le paiement de l'impôt, les assureurs augmentent le montant des prestations qu'ils accorderaient normalement. Ainsi, un salarié qui a un revenu annuel de 250 000 $ verra sa prestation mensuelle d'invalidité maximum passer de 8 275 $, pour une prestation non imposable, à 14 400 $ dans le cadre d'un régime imposable.

En ce qui a trait aux protections de maladie grave et de soins de longue durée, la tendance dominante est de considérer que ces primes sont payées dans le cadre d'une assurance collective contre les accidents et la maladie[4]. En conséquence, elles ne seraient pas imposables entre les mains de l'employé au fédéral; elles le sont toutefois au provincial. Pour l'entreprise, la prime est pleinement déductible aux deux paliers de gouvernement. Les prestations que recevrait éventuellement le cadre ne seront pas imposables.

Les primes payées par l'employeur pour la police de soins médicaux dans le cadre d'un régime privé d'assurance maladie[5] ne sont pas imposables pour l'employé au fédéral et elles sont déductibles pour l'entreprise aux deux niveaux de gouvernement. Le remboursement des traitements et des frais médicaux ne seront pas imposables, le cas échéant.

---

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

3 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-428, « Régime d'assurance-salaire », 30 avril 1979, par. 5.

4 S.-al. 6(1)a)(i) L.I.R.; « Table ronde sur les services financiers », dans *Congrès 2004*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2005, pp. 48:1-22, question 11., aux pages 48:20-22.

5 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-339R2, « Signification de Régime privé d'assurance-maladie (1988 et années d'imposition suivantes) », 8 août 1989, par. 1.

3. LA MISE EN PLACE D'UN PROGRAMME DE SÉCURITÉ FINANCIÈRE

La mise en place d'un programme de sécurité financière peut être la source de multiples embûches si elle n'est pas faite correctement. L'influence des assurances collectives et des régimes de retraite à prestations définies incitent les employeurs à utiliser une approche traditionnelle lorsqu'il s'agit de définir les protections qui feront partie du programme et les montants des prestations qui seront attribués aux cadres. Plus précisément, la tendance est de donner la même chose à tout le monde, par exemple deux fois le salaire en assurance vie, une fois le salaire pour les maladies graves, 150 $ par jour pour les soins de longue durée, 10 000 $ par mois de prestations d'invalidité, etc.

Les employeurs, inspirés par un souci de justice, tendent à situer l'équité en fonction des protections et du montant des prestations, plutôt que selon le coût de leur contribution au programme de chacun de leurs cadres. Nous démontrerons que cette approche n'offre pas de si grandes garanties d'équité et qu'il existe une façon plus simple et plus équitable de faire les choses.

3.1. L'APPROCHE TRADITIONNELLE : PROTECTIONS ET PRESTATIONS DÉFINIES

3.1.1. Les inconvénients de l'approche traditionnelle

3.1.1.1. Parlons un peu d'équité…

Décider d'offrir les mêmes protections et les mêmes prestations à tous peut être, malgré les apparences, doublement inéquitable.

D'une part, les cadres n'ont pas les mêmes besoins. Leur situation matrimoniale, leur âge et leurs objectifs financiers peuvent considérablement varier de l'un à l'autre. Il est facile de comprendre qu'un jeune cadre en début de carrière sera davantage préoccupé de protéger son revenu plutôt que des actifs qu'il n'a pas encore eu le temps d'accumuler. De même, il aura tendance à se prémunir en cas de décès prématuré puisque, justement, il est encore en manque d'actifs. Par contre, le cadre plus âgé, qui jette un regard sur l'horizon de sa retraite, verra davantage une occasion de protéger ses actifs dans l'instauration d'un programme de sécurité financière.

De plus, indépendamment de ces considérations basées sur l'âge des participants au programme, des facteurs plus personnels peuvent entrer en ligne de compte. Certains craignent plus le fait d'être victimes d'une maladie grave plutôt que d'un décès prématuré. D'autres seront plus sensibles aux

soins de longue durée parce qu'ils auront accompagné un proche qui requérait des soins en établissement ou à domicile.

Bref, tous ces facteurs nous font comprendre que des protections et des prestations définies, parce qu'elles sont les mêmes pour tous, ne sont pas nécessairement équitables en regard des besoins et des préférences personnelles du cadre.

D'autre part, il peut aussi y avoir iniquité si les sommes allouées par les employeurs au programme de chacun des cadres varient considérablement de l'un à l'autre. Prenons l'exemple de deux cadres : l'un âgé de 53 ans, fumeur; l'autre âgé de 42 ans, non-fumeur. Le premier gagne 280 000 $ annuellement et le second, 250 000 $. L'employeur décide de déterminer lui-même les protections qui seront mises en place ainsi que les montants des prestations qui se répartiront de la façon suivante :

		L'APPROCHE TRADITIONNELLE	
		Cadre 1 **53 ans** **Fumeur** **280 000 $**	**Cadre 2** **42 ans** **Non-fumeur** **250 000 $**
ASSURANCE VIE	**Prestation**	2 × le salaire 560 000 $	2 × le salaire 500 000 $
	Prime	**11 818 $**	**2 932 $**
ASSURANCE INVALIDITÉ	**Prestation**	8 000 $	8 000 $
	Prime	**8 066 $**	**3 173 $**
ASSURANCE MALADIE GRAVE	**Prestation**	1 × le salaire 280 000 $	1 × le salaire 250 000 $
	Prime	**14 677 $**	**2 787 $**
ASSURANCE SOINS DE LONGUE DURÉE	**Prestation**	150 $/jour	150 $/jour
	Prime	**3 104 $**	**1 485 $**
ASSURANCE SOINS MÉDICAUX	**Prestation**	3 M$	3 M$
	Prime	**4 648 $**	**957 $**
TOTAL	**Prime totale**	**42 313 $**	**11 334 $**
	Pourcentage du salaire	**15 %**	**4,5 %**

Comme nous pouvons le constater, la prime totale du cadre de 53 ans représente 15 % de son salaire, alors que celle du cadre de 42 ans ne représente que 4,5 %. Un écart de 10,5 %. Si, aux yeux de l'employeur, l'équité semble se situer au niveau des prestations uniformes pour tous, on réalise qu'il ne s'agit là que d'une apparence d'équité. Comment, en effet, un employeur pourrait-il justifier cet écart de presque 31 000 $ annuellement entre les contributions qu'il accorde à ces deux cadres qui, en termes salariaux, se situent pratiquement au même niveau?

3.1.1.2. Contrôle des coûts

L'employeur qui choisit l'approche à prestations définies recevra une soumission qui lui donnera un coût pour l'ensemble de ses cadres. C'est à la lumière de ce chiffre qu'il prendra sa décision, présumant que la prime se situera à ce chapitre.

Or, il s'avère que la prime totale risque d'être significativement plus élevée que celle illustrée par la soumission qui présume que tout le monde est en bonne santé. L'expérience nous apprend que la tarification qui sera faite pour chacun des cadres révélera le fait que certains d'entre eux souffrent de diabète, d'autres d'hypertension ou de surpoids. Ou encore que l'un d'eux est fumeur parce qu'il se permet une ou deux cigarettes par mois, ce qu'il avait omis de mentionner au moment où la soumission a été préparée.

Une fois la tarification terminée, l'employeur qui s'attendait à une facture globale d'un montant X pourrait voir grimper le coût de 30 %, 40 % ou même de 50 %. Une formule basée sur les prestations définies est une porte ouverte à un dépassement budgétaire.

3.1.1.3. Problème d'assurabilité

L'approche des prestations définies comporte une autre faille. Si un employeur espère donner à tous les mêmes protections et les mêmes prestations, il risque d'arriver à la conclusion que c'est impossible une fois que les assureurs auront terminé la tarification. Sur un groupe de 10, 15 ou 20 cadres, il est fort probable que quelques-uns d'entre eux verront leur demande d'assurance refusée pour des raisons médicales.

Ainsi, la proposition d'assurance d'un cadre pourra être refusée en invalidité parce qu'il consulte actuellement un psychologue. Par contre, cette situation ne créera aucun problème pour les autres demandes d'assurance qui ne seront pas refusées à cause d'un problème de stress. Ou encore, un cadre

verra sa demande d'assurance maladie grave déclinée parce que les antécédents médicaux de sa famille comportent plusieurs cas de cancer, ce qui ne touchera pas nécessairement les autres protections. Que fera l'employeur dans une telle situation, lui qui s'était engagé à fournir à chacun de ses cadres un ensemble de protections comportant des prestations définies? Sera-t-il toujours en mesure de se conformer à sa règle d'équité?

3.1.1.4. Désaccord sur les choix des protections et des prestations

Tel que nous l'avons souligné ci-dessus, les besoins des cadres en matière de sécurité financière peuvent être significativement différents de l'un à l'autre. Pour cette raison, il sera difficile pour l'employeur de prendre une décision qui fasse l'unanimité sur les protections et les montants de prestation qui composeront le programme de sécurité financière. Quoiqu'il choisisse, il risque de mécontenter un certain nombre de ses cadres qui n'adhéreront pas à son choix. Alors qu'il avait décidé d'investir de fortes sommes dans un programme de sécurité financière pour rendre sa rémunération plus attrayante, voilà qu'il est passé à côté de son objectif en créant du mécontentement chez certains.

3.2. LA NOUVELLE APPROCHE : LA CONTRIBUTION DÉFINIE

Ainsi que nous venons de le constater, l'approche traditionnelle pour la mise en place d'un programme de sécurité financière peut être une source de multiples problèmes en ce qui a trait à l'équité, au contrôle des coûts, à la question d'assurabilité et au choix des protections et des prestations qui composeront le programme.

Une autre approche, simple et flexible, permet de contourner toutes ces difficultés. Il s'agit tout simplement pour l'employeur de déterminer un pourcentage du salaire du cadre qui sera consacré annuellement au financement du programme de sécurité financière. Une fois ce pourcentage fixé, par exemple 10 %, c'est le cadre qui décide de la façon qu'il investira cette somme dans son programme en fonction des protections et des montants de prestations qu'il désire. Voyons comment cette approche s'applique, eu égard aux difficultés de l'approche traditionnelle que nous avons soulevées ci-dessus.

3.2.1. Les avantages de la nouvelle approche à contribution définie

3.2.1.1. La question de l'équité

Nous avons souligné deux aspects de la formule traditionnelle qui la rendent inéquitable : le fait que les cadres ne puissent pas choisir leurs protections en fonction de leurs besoins, ainsi que les écarts importants qu'il peut y avoir entre la contribution que l'employeur accorde à un cadre par rapport à un autre. L'approche basée sur le pourcentage permet de contourner ces deux obstacles.

En s'inspirant de l'exemple de 10 %, reprenons le cas du cadre de 42 ans qui gagne 250 000 $ et de celui de 53 ans qui gagne 280 000 $. Le premier recevrait une enveloppe budgétaire de 25 000 $ et le second de 28 000 $. Chacun est libre d'utiliser la somme impartie pour acheter les protections et les montants de prestation qu'il veut. Ce faisant, l'approche du pourcentage confère au programme une totale flexibilité, chaque cadre pouvant établir en toute liberté son programme selon ses priorités.

Puisque l'employeur versera pour chacun de ses cadres une contribution équivalente de 10 %, il ne risque plus d'engendrer des écarts spectaculaires entre la contribution consacrée à l'un ou l'autre. Alors que dans l'exemple cité plus haut, nous avions un fossé de près de 31 000 $ annuellement entre les deux cadres, nous sommes ici dans une situation de pleine équité. Aucun cadre ne recevra une plus importante contribution de son employeur sous prétexte qu'il est plus vieux, fumeur ou qu'il se voit imposer une surprime par l'assureur. C'est le cadre qui devra ajuster les éléments de son programme de sécurité financière en fonction du risque qu'il représente. De sorte que le cadre de 53 ans devra limiter ses protections ou ses montants de prestations pour rester à l'intérieur de l'enveloppe annuelle de 28 000 $ fixée par l'employeur.

Si nous reprenons le tableau précédent, nous arrivons à des résultats radicalement différents :

		L'APPROCHE TRADITIONNELLE		L'APPROCHE À CONTRIBUTION DÉFINIE	
		Cadre 1 **53 ans** **Fumeur** **280 000 $**	**Cadre 2** **42 ans** **Non-fumeur** **250 000 $**	**Cadre 1** **53 ans** **Fumeur** **280 000 $**	**Cadre 2** **42 ans** **Non-fumeur** **250 000 $**
ASSURANCE VIE	**Prestation**	2 × le salaire 560 000 $	2 × le salaire 500 000 $	200 000 $	2 M$
	Prime	**11 818 $**	**2 932 $**	**4 350 $**	**11 427 $**
ASSURANCE INVALIDITÉ	**Prestation**	8 000 $	8 000 $	4 000 $	8 000 $
	Prime	**8 066 $**	**3 173 $**	**4 071 $**	**3 173 $**
ASSURANCE MALADIE GRAVE	**Prestation**	1 × le salaire 280 000 $	1 × le salaire 250 000 $	200 000 $	750 000 $
	Prime	**14 677 $**	**2 787 $**	**10 766 $**	**7 965 $**
ASSURANCE SOINS DE LONGUE DURÉE	**Prestation**	150 $/jour	150 $/jour	270 $/jour	200 $/jour
	Prime	**3 104 $**	**1 485 $**	**4 161 $**	**1 445 $**
ASSURANCE SOINS MÉDICAUX	**Prestation**	3 M$	3 M$	3 M$	3 M$
	Prime	**4 648 $**	**957 $**	**4 648 $**	**957 $**
TOTAL	**Prime totale**	**42 313 $**	**11 334 $**	**27 996 $**	**24 667 $**
	Pourcentage du salaire	**15 %**	**4,5 %**	**10 %**	**10 %**

Par opposition aux deux premières colonnes qui illustraient les protections et les coûts imposés par l'employeur, les deux nouvelles colonnes montrent, à l'aide d'un exemple, comment peut fonctionner le programme lorsque ce sont les cadres qui choisissent les protections et les montants de prestation qui s'y rattachent. Le cadre 1, fumeur, âgé de 53 ans, a dû ajuster ses choix à cette réalité. Le cadre 2, non-fumeur âgé de 42 ans, a pu également faire ses choix personnels, la règle étant de ne pas dépasser l'enveloppe budgétaire de 10 % fixée par l'employeur. Par conséquent, nous sommes en mesure de constater que la formule est plus équitable si nous considérons que la contribution de l'employeur est la même pour les deux cadres et que chacun bénéficie d'une grande flexibilité pour choisir les prestations en fonction de ses besoins.

3.2.1.2. Contrôle des coûts

C'est particulièrement à ce chapitre que la formule du pourcentage révèle toute son efficacité. Tel qu'il a été souligné ci-dessus, l'employeur qui impose des prestations constatera immanquablement l'augmentation spectaculaire du coût initialement prévu quand les propositions d'assurance seront en tarification. Avec la formule du pourcentage, le cadre est contraint de demeurer dans les paramètres de l'enveloppe budgétaire fixée par l'employeur. De sorte que si la tarification amène des surprimes, ce sera au cadre à modifier ses choix de protections et de prestations pour faire en sorte que sa prime totale demeure dans les limites du budget accordé par l'employeur.

Ainsi, dans l'exemple cité plus haut, le cadre à qui il serait imposé une surprime de 50 % en assurance vie devrait alors abaisser le montant de la prestation demandée pour faire en sorte qu'il reste dans les limites du montant qu'il peut dépenser.

3.2.1.3. Problème d'assurabilité

Quand l'employeur impose des protections, il se heurte à un obstacle si l'un de ses cadres n'est pas assurable pour l'une ou plusieurs des protections demandées.

La formule du pourcentage offre une grande flexibilité à cet égard. Le cadre qui l'utilise peut davantage jouer avec les choix qu'il a faits selon les décisions prises par les assureurs. Ainsi, si le cadre n'est pas assurable en invalidité parce qu'il a un problème de stress, il pourra tout simplement consacrer la portion du budget qu'il avait prévu pour la prime de l'assurance invalidité afin d'augmenter une autre couverture d'assurance telle que l'assurance vie, l'assurance maladie grave ou les soins de longue durée. Si, par contre, on lui refuse la protection en maladie grave à cause de ses antécédents médicaux personnels ou familiaux, il pourra alors décider d'augmenter son assurance invalidité ou ses soins de longue durée.

Il est rare qu'un cadre ne soit assurable pour aucun des produits qui composent un programme de sécurité financière. Les protections sont différentes et l'évaluation du risque qu'en fait l'assureur reflète ces différences de sorte qu'il y a presque toujours une façon pour un cadre de modifier son programme initial en fonction des décisions des assureurs, genre d'exercice qu'il serait passablement difficile de faire quand l'employeur impose un programme avec des protections et des prestations rigides.

3.2.1.4. Désaccord possible sur le choix des protections

Il n'est guère nécessaire d'en dire davantage pour comprendre que la formule du pourcentage règle ce problème. Chacun étant libre d'inclure dans son programme ce qu'il veut et les montants qu'il désire, l'employeur n'a plus à se préoccuper de créer un consensus autour de sa décision en ce qui concerne le contenu du programme.

4. ET SI NÉCESSAIRE, UNE FORMULE MIXTE...

Il arrive parfois qu'un employeur veuille absolument imposer un minimum de protections. Par exemple, il peut tenir à ce que tous ses cadres aient une pleine protection de leur revenu en cas d'invalidité et une couverture soins médicaux pour aller se faire soigner à l'étranger si nécessaire.

Dans un tel cas, il est facile de combiner la portion obligatoire de l'employeur avec la formule du pourcentage. Une fois déduites les primes pour l'invalidité et les soins médicaux de l'enveloppe budgétaire, le cadre disposera de l'excédent pour établir le reste du programme en fonction de ses besoins.

CONCLUSION

Un programme de sécurité financière est une excellente façon de bonifier la rémunération des cadres en leur donnant des protections qui, dans la plupart des entreprises, ne sont pas offertes.

Les employeurs se cassent souvent la tête pour trouver des façons originales d'intéresser leurs cadres afin de mieux les retenir dans l'entreprise. Comme nous le soulignions au début de ce texte, la sécurité financière est souvent le maillon faible de la rémunération du cadre. Avant de se lancer dans des formules de bonification et de gratification compliquées, l'employeur gagnerait à instaurer un programme de sécurité financière qui répond à un besoin criant chez la plupart des cadres supérieurs.

De plus, en utilisant la formule de la contribution définie, l'employeur enrichit son offre en permettant au cadre de modeler le programme en fonction de ses propres besoins. Du même coup, il évite à son entreprise de heurter les écueils sur lesquels la formule traditionnelle nous conduit inexorablement.

TABLE RONDE SUR LA FISCALITÉ DES STRATÉGIES FINANCIÈRES ET DES INSTRUMENTS FINANCIERS

Coordonnatrice
Jocelyne Gagnon
Adm.A., AVA, M. Fisc., Pl. Fin.
PPI Québec inc.

Paule Gauthier
CA, LL. M., Pl. Fin.
Financière Banque Nationale

Guy Goulet
CA, M. Fisc.
Agence du revenu
du Canada

Marie-Claude Hébert
Avocate
Ministère des Finances
du Canada

TABLE DES MATIÈRES

1. DON D'UNE POLICE D'ASSURANCE VIE À UN ORGANISME DE BIENFAISANCE 51:3

2. ÉLIMINATION DU GAIN EN CAPITAL SUR LE DON DE VALEURS MOBILIÈRES ET DÉFINITION D'ABRI FISCAL 51:4

3. DONS DE POLICES D'ASSURANCE VIE, DONT LE FONDS DE CAPITALISATION (VALEUR DE RACHAT) EST BASÉ SUR DES FONDS MIROIRS DONT LE RENDEMENT DÉPEND D'UN INDICE BOURSIER CHOISI, À DES ORGANISMES PUBLICS DE BIENFAISANCE 51:5

4. OBLIGATION ACHETÉE À PRIME ET PARAGRAPHE 12(9.1) L.I.R. 51:7

5. CONSEILLER FINANCIER EMPLOYÉ ET RÉMUNÉRÉ À LA COMMISSION *VERSUS* CONSEILLER AUTONOME – ALINÉA 8(1)f) L.I.R. 51:8

6. RENTE PRESCRITE 51:10

7. RENTE PRESCRITE ET HYPOTHÈQUE MOBILIÈRE 51:12

8. LE PARAGRAPHE 70(5.3) L.I.R. 51:13

9. DONS DE TITRES COTÉS EN BOURSE À DES ORGANISMES PUBLICS DE BIENFAISANCE 51:14

10. RÈGLE SUR LES PERTES APPARENTES ET TRANSFERT DE PERTES EN CAPITAL ENTRE CONJOINTS 51:15

11. DÉDUCTIBILITÉ D'UNE PRIME D'ASSURANCE 51:17

12. ROULEMENT DES ACTIONS D'UNE SOCIÉTÉ AGRICOLE AUX ENFANTS EN VERTU DU PARAGRAPHE 70(9.2) L.I.R. 51:18

13. PAIEMENTS PÉRIODIQUES *VERSUS* PAIEMENT FORFAITAIRE 51:19

14. ÉTENDUE DE L'ALLÈGEMENT DU PARAGRAPHE 27 DU *BULLETIN D'INTERPRÉTATION* IT-470R 51:22

15. TRANSFERT DE POLICE ENTRE SOCIÉTÉS RATTACHÉES 51:23

16. POLICE SOINS DE LONGUE DURÉE 51:24

1. DON D'UNE POLICE D'ASSURANCE VIE À UN ORGANISME DE BIENFAISANCE

Lorsqu'un intérêt d'un titulaire dans une police d'assurance vie fait l'objet d'un don à un organisme de bienfaisance enregistré, le titulaire doit inclure dans son revenu, en vertu du paragraphe 148(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[1], l'excédent du produit de disposition de son intérêt dans la police sur le coût de base rajusté (ci-après « CBR ») de cet intérêt. De plus, le titulaire pourra avoir droit à un crédit d'impôt pour don en vertu du paragraphe 118.1(3) L.I.R.

Supposons une police d'assurance vie ayant les caractéristiques suivantes :

Valeur du fonds d'accumulation :	88 480 $
Moins le montant de liquidation précoce :	(11 907)
Valeur en espèces :	76 573
Moins avance sur police :	0
Valeur de rachat :	76 573 $

Dans le cas où le donateur fait don de sa police à un organisme de bienfaisance enregistré et qu'il s'engage à payer les primes annuelles pour et au nom de l'organisme de bienfaisance, quel serait le montant à inscrire sur le reçu que l'organisme doit émettre au titulaire de la police d'assurance vie? 88 480 $ ou 76 573 $?

Réponse de l'Agence du revenu du Canada

Le paragraphe 3 du *Bulletin d'interprétation* IT-244R3[2] mentionne que le montant du don d'une police d'assurance vie cédée entièrement à un donataire admissible décrit au paragraphe 118.1(1) L.I.R. de la définition de « total des dons de bienfaisance » correspond à la valeur de la police avec les participations accumulées qui ont été cédées en même temps. Il y est

---

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

2 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-244R3, « Dons par des particuliers de polices d'assurance vie comme dons de charité », 1er janvier 1995, par. 3.

mentionné que la valeur d'une police d'assurance vie est la fraction de la valeur de rachat de la police au moment de la cession absolue qui excède tout prêt sur police d'assurance impayé. Il est à remarquer que l'augmentation de la valeur de rachat d'une police par suite du paiement ultérieur des primes n'entre pas en ligne de compte lorsqu'il s'agit de déterminer le montant admissible d'un don une fois que la police a été entièrement cédée à un donataire admissible.

Dans l'exemple ci-dessus, le montant du don serait de 76 573 $.

2. ÉLIMINATION DU GAIN EN CAPITAL SUR LE DON DE VALEURS MOBILIÈRES ET DÉFINITION D'ABRI FISCAL

À la suite du Budget fédéral du 2 mai 2006[3], la *Loi de l'impôt sur le revenu* a été modifiée pour éliminer le gain en capital sur le don de certaines valeurs mobilières cotées sur une Bourse de valeurs prescrite et sur les parts de fiducie de fonds commun de placement.

Les détenteurs d'actions de sociétés publiques ayant un montant important de gain en capital non réalisé pourront considérer donner ces actions à des fondations publiques et se prévaloir du crédit pour don de bienfaisance calculé sur la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») des titres donnés. Il est possible que la valeur de ce crédit soit supérieure au coût du titre pour le détenteur. En fait, le détenteur serait actuellement incité à donner les titres qui ont le profil coût bas et valeur élevée afin de maximiser les avantages fiscaux conférés par le don.

Les règles actuelles sur les abris fiscaux contenues à l'article 237.1 L.I.R. s'appliquent sur les abris fiscaux dont la définition inclut certains types d'arrangements de dons, aux termes desquels il est raisonnable de considérer, compte tenu des représentations faites, que les biens achetés dans le cadre de ces arrangements feraient l'objet d'un don, entre autres, à un organisme de bienfaisance enregistré, et ce don donnerait droit à des crédits d'impôt (ou à des déductions) plus élevés que le coût net du bien pour le donateur.

L'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») peut-elle confirmer que l'acquisition de valeurs mobilières admissibles à la règle sur le gain en capital mentionnée ci-dessus, si elles font l'objet d'un don de bienfaisance, ne se qualifiera pas d'abri fiscal?

---

[3] CANADA, ministère des Finances, *Le plan budgétaire de 2006*, 2 mai 2006.

Réponse de l'ARC

Nous ne pouvons pas vous confirmer que l'acquisition de valeurs mobilières par un donateur ne serait pas des biens acquis dans le cadre d'un arrangement de don qui constituerait un abri fiscal puisque cette question doit être déterminée à la lumière de tous les faits pertinents.

Selon les *Propositions législatives concernant l'impôt sur le revenu* du 18 juillet 2005[4], lorsqu'un bien a été acquis par le donateur dans le cadre d'un arrangement de don qui constitue un abri fiscal au sens du paragraphe 237.1(1) L.I.R., la JVM de ce bien sera réputée, en vertu du paragraphe 248(35) L.I.R. proposé, correspondre à la JVM réelle du bien ou, s'il est moins élevé, à son coût ou, s'il s'agit d'une immobilisation, à son prix de base rajusté (ci-après « PBR »), pour le donateur immédiatement avant le don, pour ce qui est de déterminer entre autres le montant admissible d'un don. Toutefois, le paragraphe 248(37) L.I.R. proposé prévoit que le paragraphe 248(35) L.I.R. proposé ne s'appliquera pas dans le cas où le bien qui a fait l'objet du don est visé par l'alinéa 38a.1) L.I.R., sans tenir compte de l'exception d'une fondation privée, soit un don à un donataire reconnu d'une action, d'une créance ou d'un droit coté à une Bourse de valeurs visée par règlement, d'une action du capital-actions d'une société de placement à capital variable, d'une part d'une fiducie de fonds commun de placement, d'une participation dans une fiducie créée à l'égard du fonds réservé au sens de l'alinéa 138.1(1)a) L.I.R. ou d'une créance visée par règlement.

Tel qu'il est indiqué dans la *Brochure* P113[5], la JVM d'une valeur mobilière donnée, qui est assujettie à l'alinéa 38a.1) L.I.R., sera considérée aux fins de l'établissement du montant admissible du don.

3. DONS DE POLICES D'ASSURANCE VIE, DONT LE FONDS DE CAPITALISATION (VALEUR DE RACHAT) EST BASÉ SUR DES FONDS MIROIRS DONT LE RENDEMENT DÉPEND D'UN INDICE BOURSIER CHOISI, À DES ORGANISMES PUBLICS DE BIENFAISANCE

Selon les propositions du dernier budget, les dons de titres cotés en Bourse à des organismes de bienfaisance (autres que des fondations privées) seront exonérés de l'impôt sur les gains en capital.

---

4 CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives concernant l'impôt sur le revenu*, 18 juillet 2005.

5 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Brochure* P113, « Les dons et l'impôt », 2 janvier 2007.

Certaines polices d'assurance vie permettent à leur titulaire d'investir dans des placements dont le rendement dépend d'un indice boursier. Lorsqu'un donateur a contracté une police d'assurance vie et qu'il la cède ensuite entièrement à un organisme de bienfaisance, le don de telles polices ayant une forte valeur de rachat basée sur des fonds miroirs dont le rendement est lié à des indices boursiers ne permet pas au donateur de recevoir une aide fiscale accrue. Le montant du don de charité et le produit de la disposition de la police d'assurance correspondent à la valeur de rachat de la police. Le donateur doit inclure dans son revenu l'excédent du produit de la disposition sur le CBR de la police. De fait, le don d'une police d'assurance vie entraîne un impôt sur le gain réalisé. Seul le CBR permettra au donateur de recevoir une aide fiscale qu'il pourra utiliser contre ses autres sources de revenu.

Le ministère des Finances entend-il modifier la législation fiscale de façon à favoriser la donation de police d'assurance vie à des organismes de bienfaisance (autres que des fondations privées) de façon à ce que le traitement fiscal soit similaire (aucun impôt sur le gain de police) à celui des dons de titres cotés en Bourse à de tels organismes?

Dans la négative, comment peut-il justifier que sa politique fiscale sur les dons de bienfaisance varie selon que le don de titres cotés en Bourse soit fait directement par le donateur par rapport au don d'une police d'assurance qui sans détenir directement des titres cotés en Bourse détient des placements basés sur des indices boursiers « fonds miroirs »?

Réponse du ministère des Finances du Canada

Le Budget de 2006 a éliminé l'impôt sur les gains en capital réalisés à l'égard de dons de titres cotés en Bourse faits en faveur de la plupart des organismes de bienfaisance admissibles. Les titres cotés en Bourse sont admissibles à cet avantage fiscal car il est facile de vérifier, de manière indépendante, autant la valeur du bien que l'admissibilité des titres à cet avantage. Vous avez demandé que les polices d'assurance vie dont la valeur dépend d'un indice boursier soient assujetties aux mêmes règles. D'après ce que nous comprenons, ces polices d'assurance vie ne sont pas des biens homogènes (contrairement aux actions de sociétés publiques) et ne s'échangent pas dans des marchés publics réglementés. Le simple fait que la valeur de certaines polices d'assurance vie puisse dépendre des indices boursiers ne dissipe pas nos préoccupations en matière de conformité. Le Ministère est néanmoins disposé à étudier des propositions détaillées concernant l'élargissement de la portée de la disposition, toutefois, il sera nécessaire que toute proposition de ce genre fournisse des détails sur la

nature et la structure de tels contrats admissibles et sur la façon de définir ces contrats d'assurance admissibles.

4. OBLIGATION ACHETÉE À PRIME ET PARAGRAPHE 12(9.1) L.I.R.

Un individu a acquis une obligation, portant intérêt à un taux de 7 % et ayant une valeur nominale de 100 $, à des fins d'investissement. Le titre a été acheté sur le marché secondaire et l'investisseur a payé un prix correspondant à la valeur marchande au moment de l'achat qui diffère du prix d'émission de l'obligation. Le coût de l'obligation est de 124 $, incluant la prime, afin de générer un rendement de 4 % par année qui reflète les conditions du marché à ce moment. Chaque année, l'individu reçoit le montant d'intérêt de 7 % qu'il inclut dans le calcul de son revenu en vertu de l'alinéa 12(1)c) L.I.R.

a) Quel est le traitement fiscal de la prime payée par l'investisseur à l'acquisition de l'obligation?

b) Est-ce que le paragraphe 12(9.1) L.I.R. peut s'appliquer à l'échéance ou à la disposition de l'obligation dans la situation donnée?

Réponse de l'ARC

Dans une situation où un individu acquiert à titre de placement et à prime une obligation portant intérêt sur le marché secondaire, l'ARC est d'avis que la prime payée est un montant qui fait partie du coût de la créance aux fins de l'établissement du PBR de ladite créance. Par conséquent, la perte réalisée lors de la disposition de la créance et résultant de la prime, lors de la disposition de l'obligation (à l'échéance ou à la cession), sera considérée comme étant une perte en capital. En outre, la durée de la période de détention de l'obligation ne change pas la nature de la prime.

Toutefois, lorsqu'un individu détient une obligation à titre de commerçant ou de négociant, l'ARC est d'avis que toute perte réalisée lors de la disposition de l'obligation qui est attribuable au paiement d'une prime sera au titre du revenu.

Le paragraphe 12(9.1) L.I.R. prévoit que lorsqu'un contribuable dispose d'un droit sur une créance à l'égard de laquelle la part des paiements de principal à laquelle il a droit est inégale par rapport à sa part des paiements d'intérêts sur cette créance, la partie du produit de disposition, qui peut raisonnablement être considérée comme une récupération du coût que le

contribuable a engagé pour acquérir la créance, n'est pas incluse dans le calcul de son revenu.

Conformément aux *Notes explicatives*[6] publiées par le ministère des Finances, le paragraphe 12(9.1) L.I.R. a été introduit dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* afin d'éviter qu'un contribuable qui encaisse un coupon détaché ou une obligation résiduelle (y compris de telles créances qui sont des titres de créances indexés) ait à inclure la totalité de la somme reçue dans le calcul de son revenu. Une obligation résiduelle et un coupon détaché sont des types de créances dont les coupons d'intérêts et le principal de l'obligation sont vendus séparément et qui sont des créances prescrites selon l'alinéa 7000(1)b) du *Règlement de l'impôt sur le revenu*[7].

L'ARC est d'avis qu'une obligation comme celle décrite dans l'exemple ci-dessus n'est pas une obligation visée par l'alinéa 7000(1)b) R.I.R. et par conséquent, les dispositions du paragraphe 12(9.1) L.I.R. ne s'appliquent pas.

5. CONSEILLER FINANCIER EMPLOYÉ ET RÉMUNÉRÉ À LA COMMISSION *VERSUS* CONSEILLER AUTONOME – ALINÉA 8(1)F) L.I.R.

M. X est un conseiller financier et travaille pour la Firme Y à titre d'employé rémunéré à la commission.

Au cours de l'année, M. X change d'employeur et se retrouve employé rémunéré à la commission pour l'Employeur Z.

Juste avant de quitter la Firme Y, celle-ci lui réclame un remboursement de 27 000 $ à titre de débit rétroactif pour police résiliée (vendue l'année précédente) et un autre montant de 40 000 $ pour une erreur de transaction.

En vertu de l'alinéa 8(1)f) L.I.R., un employé rémunéré à la commission peut déduire les sommes qu'il a dépensées dans l'année pour gagner le revenu provenant de son emploi.

Durant l'année en question, M. X a reçu de la Firme Y un montant de 4 000 $ duquel il a déduit 3 000 $ à titre de dépenses pour un revenu net de 1 000 $. Il a voulu déduire le montant de 67 000 $ puisqu'il avait reçu des

---

6 CANADA, ministère des Finances, *Notes explicatives*, septembre 1985.

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

commissions de la Firme Z, son deuxième employeur. L'ARC a refusé la déduction sur le fait que l'expression « l'employeur du contribuable » et le mot « emploi » signifient que les dépenses engagées pour gagner un revenu d'un employeur spécifique sont déductibles seulement contre les revenus reçus de cet employeur. Donc, M. X n'a pu déduire que 1 000 $, soit le revenu net de l'année en question provenant de son Employeur Y[8].

Le résultat est vraiment inéquitable puisque M. X avait déjà inclus le montant de 27 000 $ dans ses revenus dans l'année de la vente et maintenant, parce qu'il a changé d'employeur, et que le client a résilié sa police, M. X ne peut pas déduire de ses revenus ce montant.

Dans le cas où M. X avait été un conseiller financier autonome, réalisant un revenu d'entreprise, contrairement à un employé à la commission gagnant un revenu d'emploi, il aurait pu déduire le montant du débit rétroactif ainsi que le montant de l'erreur commise.

En 2004, la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Gifford* c. *La Reine*[9], a publiquement indiqué que les employés sont traités différemment des contribuables gagnant un revenu d'entreprise.

Est-ce que le ministère des Finances est en accord avec nous à savoir que ce résultat n'est pas équitable et qu'il y aurait lieu de modifier l'alinéa 8(1)f) L.I.R. afin que les conseillers financiers employés et rémunérés à la commission puissent être traités de la même façon que les conseillers financiers autonomes?

Réponse du ministère des Finances du Canada

Les employés ne sont pas des travailleurs autonomes et ne sont donc pas considérés comme tels en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. La décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Gifford* est conforme aux principes de la politique fiscale.

Être employé, par opposition à être travailleur autonome, apporte des avantages et des inconvénients qui se reflètent, notamment, à travers les aspects particuliers de l'imposition du revenu d'emploi et de la déductibilité des dépenses d'emploi. Par exemple, les montants à recevoir par un employé

---

8 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2004-0103391E5, 6 mars 2006.

9 [2004] 1 R.C.S. 411 (ci-après « *Gifford* »).

pour services rendus ne sont normalement inclus dans son revenu qu'au moment de leur réception, tandis que le revenu des travailleurs autonomes est imposable selon la comptabilité d'exercice. Inversement, les dépenses relatives à l'emploi ne sont déductibles que si la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne l'autorise expressément, et ce, uniquement dans l'année où elles ont été engagées.

Dans le cas des vendeurs rémunérés à la commission, l'alinéa 8(1)f) L.I.R. autorise la déduction de certaines dépenses d'emploi engagées pour gagner ce revenu de commissions. Cette règle spéciale est limitée au montant du revenu gagné provenant de cet emploi.

Néanmoins, le ministère des Finances examine régulièrement les règles fiscales concernant le revenu et les dépenses d'emploi. Par exemple, ces dernières années, les déductions ont été élargies afin de comprendre le coût des outils admissibles acquis par les apprentis mécaniciens et les personnes de métier. Ainsi, la question de la déductibilité d'un revenu d'emploi remboursé sera prise en considération dans le contexte de notre processus d'examen et de révision continu des règles fiscales touchant les employés.

6. RENTE PRESCRITE

L'article 304 R.I.R. énonce les conditions pour qu'une rente se qualifie de rente prescrite et jouisse d'un traitement fiscal privilégié, c'est-à-dire une imposition uniforme pour toute la durée de la rente, contrairement à une rente non prescrite qui elle est imposée selon le principe inversé d'une hypothèque, c'est-à-dire qu'une partie importante est imposable les premières années (provenant du rendement) et diminue dans le temps pour se terminer à l'espérance de vie du rentier.

La définition de rente prescrite ne permet pas à un enfant de souscrire une telle rente sur la vie d'un de ses parents ou sur la vie des deux (dernier décès).

En effet, le libellé de la sous-division 304(1)c)(iv)(B)(I) R.I.R. se lit comme suit :

> « B) les versements de rente sont payables soit pour une durée déterminée, soit :
>
> I) s'il s'agit d'un particulier, à l'exception d'une fiducie, pour la durée de la vie du premier détenteur ou jusqu'au dernier en date du jour du décès du premier détenteur ou de celui de son époux, son conjoint de fait, son frère ou sa sœur (appelé "survivant" dans le présent sous-alinéa). »

Par exemple, des parents peuvent désirer aider un enfant adulte à améliorer sa situation financière et ne veulent pas simplement lui faire un don d'une somme d'argent forfaitaire, doutant des capacités de gérer cette somme. Les parents désirent faire profiter l'enfant d'un revenu annuel fixe qui l'aidera à défrayer son coût de vie. Vu leur âge déjà avancé, les parents peuvent s'inquiéter du fait qu'ils n'auront plus à un certain moment les facultés mentales pour effectuer de tels dons et qu'ils seront peut-être sous la curatelle publique. Le Curateur n'a pas la capacité légale de donner ou distribuer les biens qu'il gère à une autre personne. Les parents sont conservateurs et désirent un placement sûr, telle une rente viagère qui générera un revenu annuel fixe.

Les parents possèdent d'autres actifs qui produisent suffisamment de revenus pour les soutenir et qui produiront suffisamment de revenus pour soutenir l'enfant après le décès du dernier parent.

Dans une telle situation, le placement idéal serait que les parents achètent une rente viagère sur leur vie conjointe et que les paiements de la rente soient versés à l'enfant à titre de rentier.

Une telle rente ne se qualifierait pas de rente prescrite puisque c'est l'enfant qui serait le rentier. Donc, les parents sont forcés de se désigner rentiers afin que la rente soit qualifiée de rente prescrite et par la suite, de donner le montant après impôts à l'enfant.

La *Loi de l'impôt sur le revenu* ne devrait pas forcer une famille à prendre ce risque et devrait permettre à un enfant d'être le détenteur et le rentier d'un contrat de rente sur la vie de son ou ses parents.

Est-ce que le ministère des Finances pourrait amender l'article 304 R.I.R. afin de permettre qu'un enfant soit le détenteur et le rentier d'un contrat de rente sur la vie de son ou ses parents?

Réponse du ministère des Finances du Canada

Selon les règles actuellement applicables aux rentes prescrites, la période durant laquelle les versements de rente sont payables est limitée à la durée de vie de la dernière personne survivante admissible. Les personnes admissibles comprennent le rentier, son époux ou conjoint de fait, son ex-époux ou ex-conjoint de fait, son frère ou sa sœur. On s'attendrait en général à ce que les versements de rente aux termes du contrat continuent pour la durée de vie du rentier. Pour tenir compte des cas de mort prématurée du rentier, on a ajouté à la liste des personnes admissibles le conjoint survivant

ou, en l'absence de conjoint survivant, le frère survivant ou la sœur survivante. Il convient de noter que les personnes admissibles pourraient être considérées comme appartenant à la même génération. La liste de personnes admissibles semble aussi présumer que le contrat a été souscrit par le rentier.

Le ministère des Finances ne recommanderait pas d'élargir la liste de personnes admissibles à moins d'être convaincu du mérite des arguments en ce sens. Une telle expansion soulèverait notamment des préoccupations liées au partage du revenu et au transfert des taux d'imposition. Les arguments invoqués jusqu'ici à l'appui de l'expansion de la liste de personnes admissibles ne sont pas convaincants.

7. RENTE PRESCRITE ET HYPOTHÈQUE MOBILIÈRE

L'article 304 R.I.R. prévoit les conditions pour qu'un contrat de rente soit un « contrat de rente prescrit » pour une année d'imposition. Entre autres conditions, la division 304(1)c)(iv)(D) R.I.R. prévoit « qu'aucun prêt ne peut exister en vertu du contrat et que les droits du détenteur en vertu du contrat ne peuvent pas faire l'objet d'une disposition avant son décès ».

La *Loi de l'impôt sur le revenu* inclut les contrats de rente dans la définition de « police d'assurance vie » au paragraphe 138(12) L.I.R. La définition du terme « disposition » au paragraphe 148(9) L.I.R. stipule que la cession de la totalité ou d'une partie des intérêts dans une police d'assurance vie en vue de la garantie d'une dette ou d'un prêt, autre qu'une avance sur police, n'est pas considérée comme étant une « disposition ».

Pouvez-vous confirmer que l'exception prévue à l'alinéa f) de la définition du terme « disposition » du paragraphe 148(9) L.I.R. s'applique lorsqu'une hypothèque mobilière conforme aux dispositions du *Code civil du Québec*[10] est consentie sur un « contrat de rente prescrit » qui remplit par ailleurs tous les critères de l'article 304 R.I.R. pour une année d'imposition et que ce contrat continuera à se qualifier comme tel s'il est grevé d'une hypothèque mobilière?

Réponse de l'ARC

Dans une situation où le rentier d'un contrat de rente prescrit consentirait au cours d'une année d'imposition une hypothèque mobilière sur ce contrat de rente prescrit afin de garantir un prêt, nous sommes d'avis que

[10] L.Q. 1991, c. 64.

l'hypothèque mobilière, en soi, n'empêcherait pas les conditions prévues à la division 304(1)c)(iv)(D) R.I.R. d'être respectées. Par conséquent, un contrat de rente prescrit grevé d'une hypothèque mobilière continuerait d'être un contrat de rente prescrit.

8. LE PARAGRAPHE 70(5.3) L.I.R.

Le paragraphe 70(5.3) L.I.R. prévoit, aux fins des règles de dispositions réputées énoncées au paragraphe 70(5) L.I.R., que la JVM d'une action d'une société qui est détenue par un contribuable est déterminée comme si la JVM à ce moment (c'est-à-dire immédiatement avant le décès du contribuable) de toute police d'assurance vie stipulant que la vie du contribuable est assurée est égale à la valeur de rachat de cette police à ce moment.

L'ARC pourrait-elle préciser la portée du paragraphe 70(5.3) L.I.R. dans les situations suivantes :

1) M. A détient la totalité des actions émises et en circulation de Société 1 et de Société 2 (ce qui en fait des sociétés sœurs). Société 1 est titulaire d'un contrat d'assurance vie de type vie universelle. Le capital décès total est de 2 M$, incluant une valeur de rachat de 500 000 $. Société 1 a nommé Société 2 à titre de bénéficiaire de l'ensemble de la prestation d'assurance.

2) M. A détient l'ensemble des actions émises et en circulation de Société 1. M. A détient un million d'actions privilégiées de Société 2, ayant une valeur de rachat fixe de 1 M$. Ces actions lui ont été émises dans le cadre d'une transaction de gel successoral. Les actions ordinaires de Société 2 ont été émises à une fiducie familiale dont les deux enfants d'âge majeur de M. A sont les seuls bénéficiaires. Société 1 est titulaire d'un contrat d'assurance vie de type vie universelle, dont le capital décès total est de 2 M$, incluant une valeur de rachat de 500 000 $. Société 1 a nommé Société 2 à titre de bénéficiaire de l'ensemble de la prestation d'assurance

Réponse de l'ARC

Le paragraphe 70(5.3) L.I.R. ne permet pas d'évaluer des actions détenues par un contribuable avant son décès. Cette disposition n'a pour effet que d'indiquer quelle valeur doit être accordée à une police d'assurance vie aux fins de déterminer la JVM d'un bien qui est réputé avoir fait l'objet d'une disposition en vertu, entre autres, du paragraphe 70(5) L.I.R. En regard

des situations décrites ci-dessus, le paragraphe 70(5.3) L.I.R. n'aurait donc pour effet que de fixer la JVM de la police d'assurance vie sur la vie de M. A à sa valeur de rachat (au sens du paragraphe 148(9) L.I.R.), et ce, aux fins de déterminer la JVM des actions détenues par M. A immédiatement avant son décès. Le paragraphe 70(5.3) L.I.R. ne précise cependant pas quel est l'impact de la valeur de la police d'assurance vie sur celle des biens détenus par un contribuable immédiatement avant son décès, ni comment cette valeur doit être répartie entre différents biens ou différentes catégories d'actions dont la valeur est fonction du produit de l'assurance vie, le cas échéant. La question de déterminer la JVM d'actions appartenant à une personne immédiatement avant son décès et la façon de répartir la JVM d'une police d'assurance vie entre différentes catégories d'actions est une question de fait qui requiert, notamment, l'analyse de la police d'assurance vie et des droits inhérents à chacune des catégories d'actions dont la valeur est fonction du produit de cette police. La Direction des décisions en impôt ne donne généralement pas d'opinion sur des questions d'évaluation, lesquelles sont du ressort des services d'évaluation de l'ARC. Toute question relative à l'application des principes d'évaluation en regard de scénarios tels que ceux décrits ci-dessus peut être adressée à la Division des applications techniques et des évaluations de l'ARC.

9. DONS DE TITRES COTÉS EN BOURSE À DES ORGANISMES PUBLICS DE BIENFAISANCE

Dans le Budget fédéral du 2 mai 2006, le gouvernement propose de ramener à zéro le taux d'inclusion des gains en capital pour ces dons. Cet avantage fiscal ne s'applique actuellement pas aux dons faits à des fondations privées. Les documents budgétaires indiquent que le gouvernement est soucieux de la possibilité de conflits d'intérêt que pourrait occasionner cette mesure, en ce sens qu'un individu détenant un pourcentage d'actions important dans une société pourrait avoir une influence sur l'administration de la fondation détenant également des actions de la même société. Il est mentionné que le gouvernement consultera les fondations privées afin de voir s'il serait possible de développer des mesures de protection, lesquelles permettraient de faire bénéficier les fondations privées de ce genre de dons.

Est-ce que le Ministère peut nous donner un compte rendu des démarches et nous dire si nous pouvons espérer dans un avenir prochain que les dons de titres cotés en Bourse et donnés à des fondations privées jouiront du même traitement fiscal que les dons à des organismes publics?

Réponse du ministère des Finances du Canada

Depuis la publication du Budget 2006, les agents du ministère des Finances ont commencé leur période de consultation par le biais de réunions avec le secteur des fondations privées.

10. RÈGLE SUR LES PERTES APPARENTES ET TRANSFERT DE PERTES EN CAPITAL ENTRE CONJOINTS

L'ARC s'est déjà prononcée sur la validité des transferts de pertes en capital entre conjoints par l'utilisation de la règle sur les pertes apparentes prévue au sous-alinéa 40(2)g)(i) L.I.R.[11] Elle a aussi indiqué que les transferts de pertes à l'intérieur d'un groupe affilié ne constitueraient pas un abus de la loi telle qu'elle est lue dans son ensemble aux fins de l'application de la règle générale antiévitement (ci-après « RGAÉ »)[12].

Adam détient un titre dont la valeur marchande est de 10 000 $ et qui a une perte en capital latente de 5 000 $. Adam ne pourrait pas utiliser sa perte s'il la réalisait, faute de gain en capital suffisant.

Adam vend des actions sur le marché secondaire. Ève, la conjointe d'Adam, achète les mêmes actions sur le marché secondaire cinq jours après la vente par Adam.

Adam réalise une perte à la vente, mais celle-ci est refusée puisque Ève détient toujours le titre 30 jours après la vente parce qu'il s'agit d'une perte apparente.

La perte apparente s'ajoute alors au PBR du titre pour Ève :

Coût du titre pour Ève	10 000 $
Perte refusée pour Adam	5 000 $
Nouveau PBR du titre	15 000 $

Ève vend les actions sur le marché libre après un délai de 30 jours. Elle réalise une perte à ce moment, calculée comme suit :

---

[11] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 972648, 19 janvier 1998.

[12] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 963743, 27 novembre 1996.

Produit de la vente du titre sur le marché	10 000 $
PBR du titre pour Ève	15 000 $
Perte en capital	5 000 $

Revenu Québec peut-il se prononcer à savoir que les transferts de pertes en capital au sein d'un groupe de personnes affiliées en général, et entre conjoints en particulier, ne constituent pas un abus de la loi lue dans son ensemble aux fins de la RGAÉ prévue à l'article 1079.10 de la *Loi sur les impôts*[13].

Réponse de Revenu Québec

Nous sommes d'avis que les opérations de transferts de pertes en capital au sein d'un groupe de personnes affiliées en général, et entre conjoints en particulier, n'entraînent habituellement pas d'abus de la loi lue dans son ensemble aux fins de la RGAÉ prévue à l'article 1079.10 L.I. lorsque par ailleurs, ces opérations sont légalement valides et satisfont aux dispositions techniques de la *Loi sur les impôts*. Par ailleurs, chaque situation sera analysée à la lumière des faits qui lui sont propres, car certaines opérations effectuées au sein d'un groupe de personnes affiliées pourraient être considérées abusives et entraîner l'application de la RGAÉ. La Cour suprême, dans l'arrêt *Hypothèques Trustco Canada* c. *Canada*[14], conclut à un évitement fiscal abusif dans le cas où le contribuable se fonde sur des dispositions particulières de la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour obtenir un résultat que ces dispositions visent à empêcher. Ainsi, il y a évitement fiscal abusif lorsqu'une opération va à l'encontre de la raison d'être des dispositions invoquées. Par exemple, dans l'arrêt *Mathew* c. *Canada*[15], il a été jugé qu'utiliser des dispositions de façon à maintenir et transférer des pertes devant être réalisées par un contribuable n'ayant aucun lien de dépendance avec l'auteur du transfert alors que ces dispositions visent à maintenir et à transférer de telles pertes en tenant pour acquis qu'elles seront utilisées par une personne avec un lien de dépendance avec l'auteur du transfert donne lieu à un évitement fiscal abusif. En conclusion, nous invitons les contribuables à présenter des demandes de décisions anticipées dans toute situation où ils désireraient obtenir la certitude que Revenu Québec n'appliquera pas la RGAÉ à l'égard d'opérations projetées.

---

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

14 2005 D.T.C. 5547 (C.S.C.).

15 2005 D.T.C. 5563 (C.S.C.).

11. DÉDUCTIBILITÉ D'UNE PRIME D'ASSURANCE

L'alinéa 20(1)e.2) L.I.R. permet la déduction d'une prime d'assurance lorsque la police est cédée en garantie d'un emprunt lorsque, entre autres, le prêteur est une institution financière véritable telle que définie au paragraphe 248(1) L.I.R. Le préambule de l'alinéa 20(1)e.2) L.I.R. requiert que le montant déductible doit être raisonnable relativement au montant dû tout au long de l'année par l'emprunteur à l'institution prêteuse.

Le problème se pose lorsque l'institution prêteuse cède ses droits en vertu de l'entente de prêt à un autre véhicule ou institution afin de sécuriser son prêt (juridiquement appelé titrisation). En fait, il n'y a plus de montant dû par le contribuable à l'institution prêteuse originale relativement au prêt original. Dans ce cas, les primes peuvent cesser d'être déductibles en vertu de l'alinéa 20(1)e.2) L.I.R. après la titrisation.

L'ARC a déjà émis une interprétation technique selon laquelle la déduction prévue à l'alinéa 20(1)e.2) L.I.R. ne serait pas disponible si le prêteur n'est plus la même institution financière après la transaction de titrisation.

Ce résultat nous semble inéquitable puisque l'emprunteur peut ne pas être informé de cette transaction et n'a donc pas de contrôle sur les institutions financières participant à de telles transactions de sécurisation.

Serait-il possible pour le ministère des Finances d'amender le préambule de l'alinéa 20(1)e.2) L.I.R. en enlevant les mots « auprès de l'institution »?

Réponse du ministère des Finances du Canada

Si une police d'assurance vie est cédée à une institution financière en garantie d'un emprunt, il semblerait approprié, lorsque les circonstances s'y prêtent, de maintenir la déduction permise en vertu de l'alinéa 20(1)e.2) L.I.R., même si le prêt a été titrisé par l'institution prêteuse originale. La déduction pourrait être permise, par exemple, si la police d'assurance vie continuait de garantir le prêt titrisé. Le ministère des Finances envisage de discuter de la question soulevée avec l'ARC et d'étudier des cas spécifiques afin de déterminer si l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ou le libellé de la *Loi de l'impôt sur le revenu* mène à des résultats inadéquats.

12. ROULEMENT DES ACTIONS D'UNE SOCIÉTÉ AGRICOLE AUX ENFANTS EN VERTU DU PARAGRAPHE 70(9.2) L.I.R.

Un père détient 60 % des actions ordinaires du capital-actions d'une société agricole familiale au sens de la définition donnée à ce terme par le paragraphe 70(10) L.I.R., alors que ses deux fils détiennent chacun 20 % du solde.

Une convention entre actionnaires a été conclue entre le père et ses deux enfants. Une des clauses de cette convention stipule qu'au décès du père, les actionnaires survivants (enfants du père) ont le droit d'acheter pour 1 $ les actions que ce dernier détiendra au moment de son décès.

a) En présumant que toutes les autres exigences du paragraphe 70(9.2) L.I.R. sont satisfaites, par ailleurs, est-ce que les actions du père décédé acquises par les enfants en vertu de la clause de la convention entre actionnaires leur accordant le droit de les acheter pour 1 $ peuvent se qualifier pour le roulement prévu au paragraphe 70(9.2) L.I.R.?

b) Est-ce que votre réponse serait la même si, en plus de la convention entre actionnaires, le testament du père contenait une clause semblable au même effet?

Réponses de l'ARC

a) L'une des conditions pour que le paragraphe 70(9.2) L.I.R. s'applique à l'égard d'une action du capital-actions d'une société agricole familiale d'un contribuable est que cette action soit, par suite du décès du contribuable, transférée ou attribuée (distribuée selon les modifications proposées le 18 juillet 2005) à un enfant du contribuable.

   La question est donc de savoir si les actions acquises par un enfant en vertu de la clause de la convention entre actionnaires ont été transférées ou attribuées par suite du décès du père (*as a consequence of a death*). Selon la convention entre actionnaires, au moment du décès, les enfants obtiennent un droit d'acquérir les actions pour 1 $ et ils n'ont aucune obligation de les acquérir. Nous sommes d'avis que l'acquisition des actions par un enfant se ferait à la suite de l'exercice du droit d'achat obtenu au décès, s'il y a lieu, et non à la suite du décès du père. Par conséquent, le paragraphe 70(9.2) L.I.R. ne s'appliquerait pas à l'égard de cette acquisition par l'enfant. Par ailleurs, il se pourrait que, dans certaines situations, les actions aient été transférées à un bénéficiaire de la succession et qu'elles aient été dévolues irrévocablement à ce

bénéficiaire avant la vente aux enfants qui est prévue à la convention entre actionnaires. Il faudrait alors examiner si les conditions du paragraphe 70(9.2) L.I.R. sont alors respectées à l'égard du transfert au bénéficiaire de la succession.

b) Il nous est difficile de répondre à cette question puisque nous n'avons ni le libellé de la clause du testament ni la convention entre actionnaires. Dans une situation donnée, nous procéderions à l'examen de ces documents pour déterminer si les actions sont acquises en vertu du testament ou par suite du décès ou bien si elles sont acquises en vertu ou par suite de l'exercice du droit d'achat accordé aux enfants par la convention entre actionnaires.

   Si les actions étaient acquises en vertu ou par suite de l'exercice du droit d'achat accordé par la convention entre actionnaires, la réponse serait identique même si le testament comporte une mention de la convention entre actionnaires. Par ailleurs, si les actions étaient acquises en vertu du testament ou par suite du décès plutôt qu'en vertu de la convention entre actionnaires, le paragraphe 248(8) L.I.R. s'appliquerait et les actions seraient considérées transférées par suite du décès du père. Si toutes les autres conditions du paragraphe 70(9.2) L.I.R. étaient respectées, le roulement prévu à ce paragraphe s'appliquerait.

13. PAIEMENTS PÉRIODIQUES *VERSUS* PAIEMENT FORFAITAIRE

L'alinéa 60j) L.I.R. permet, entre autres, de transférer dans un REÉR certains montants forfaitaires de prestation de retraite ou de pension étrangère. Les prestations qui font partie d'une série de paiements périodiques ne peuvent pas être transférées.

Les montants retirés du régime de retraite étranger sont souvent imposés par le pays source, des impôts étant retenus par l'administrateur du régime étranger, et sont généralement considérés comme du revenu de pension ne provenant ni d'une entreprise ni d'un bien. Conséquemment, puisque ces sommes seront aussi imposées au Canada lors du retrait du REÉR, une double imposition peut survenir, à moins que l'impôt étranger payé au retrait d'un montant d'un régime de retraite étranger non agréé ne soit admissible au crédit pour impôt étranger dans l'année du transfert.

Certaines règles générales peuvent être établies pour connaître dans quel cas un transfert peut être avantageux pour le particulier, en l'occurrence, ce sera lorsque l'impôt étranger peut être récupéré en totalité par le mécanisme de crédit pour impôt étranger.

Pour cela, il faut, notamment, un revenu de source canadienne dans l'année du transfert au moins égal au revenu étranger (exprimé en dollars canadiens) généré par le retrait. Par exemple, un particulier détenant un *Individual Retirement Account* (ci-après « IRA ») de 500 000 $ devrait recevoir un revenu de source canadienne dans la même année d'au moins 500 000 $ pour bénéficier pleinement du crédit pour impôt étranger.

Afin de bénéficier du crédit pour impôt étranger lorsque le montant total à transférer excède le revenu canadien d'une année, il est préférable d'étaler le transfert sur plusieurs années, tout en s'assurant de respecter la condition selon laquelle il s'agit d'un retrait forfaitaire et non périodique.

Le particulier pourrait considérer effectuer les transferts suivants :

	Année 1	**Année 2**	**Année 3**
Revenu canadien	200 000 $	200 000 $	200 000 $
Transferts de l'IRA	200 000 $	200 000 $	100 000 $

La *Loi sur l'interprétation des conventions en matière d'impôts sur le revenu*[16] contient une définition de paiements périodiques qui s'applique à l'interprétation des conventions fiscales et qui fait référence aux paiements périodiques pour les régimes de retraite enregistrés au Canada (REÉR, fonds enregistré de revenu de retraite ou régime enregistré de pension). Cette définition n'est donc pas utile pour qualifier les régimes de retraite étrangers, donc non enregistrés.

Lorsque le retrait d'un régime s'effectue sur une période de quelques années par rachats partiels, est-ce que l'ARC peut nous confirmer que les paiements se qualifieront de paiements non périodiques?

Réponse de l'ARC

Aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, un IRA est généralement un mécanisme de retraite étranger. Selon l'article 6803 R.I.R., un mécanisme de retraite étranger est un régime ou un mécanisme auquel s'appliquent les alinéas 408a), 408b) ou 408h) de l'*Internal Revenue Code of 1986*[17] des États-Unis avec ses modifications successives. Lorsqu'un contribuable reçoit

[16] L.R.C. (1985), c. I-4.

[17] *Internal Revenue Code of 1986* et mod.

des montants d'un IRA qui est un mécanisme de retraite étranger, les montants reçus sont inclus dans le calcul de son revenu en vertu de la division 56(1)a)(i)(C.1) L.I.R. à titre de revenu de retraite ou de pension.

Par ailleurs, l'alinéa 60j) L.I.R. prévoit, entre autres, une déduction pour un montant admissible au sens de l'article 60.01 L.I.R. qui est inclus dans le calcul du revenu du particulier pour l'année visée en vertu de la division 56(1)a)(i)(C.1) L.I.R. et transféré à un REÉR du particulier. En outre, l'article 60.01 L.I.R. exclut spécifiquement un montant qui fait partie d'une série de paiements périodiques. On considère que l'article 60.01 L.I.R. s'applique à une somme forfaitaire qui est un paiement effectué en une seule fois, ce qui ne peut pas comprendre chaque versement qui fait partie d'une série de paiements périodiques pour régler une somme forfaitaire donnée.

Par conséquent, nous sommes d'avis que les paiements que vous décrivez dans l'exemple ci-dessus font partie d'une série de paiements périodiques et ils ne constituent pas un montant admissible au sens de l'article 60.01 L.I.R.

Est-ce que le ministère des Finances pourrait prévoir une exception pour les régimes de pension étrangers afin de permettre au contribuable de pouvoir bénéficier pleinement du crédit pour impôt étranger?

Réponse du ministère des Finances du Canada

La question de savoir si un paiement donné fait partie d'une série de paiements périodiques est une question de fait exigeant un examen de tous les faits en rapport avec la situation particulière. Le Ministère considère que la détermination faite ci-dessus par l'ARC est appropriée et n'envisage aucune modification législative à cet égard.

À titre d'observation générale, lorsque des fonds étrangers transférés ne sont pas assujettis à l'impôt canadien, le régime fiscal canadien est très généreux en permettant d'appliquer les impôts étrangers payés sur les fonds transférés contre l'impôt canadien payable sur le revenu d'autres sources.

14. ÉTENDUE DE L'ALLÈGEMENT DU PARAGRAPHE 27 DU *BULLETIN D'INTERPRÉTATION* IT-470R[18]

En nous référant aux interprétations techniques portant les numéros F2001-0070655, F9913907, 9410837, E910350A et E73746[19], notre compréhension de la position de l'ARC à l'égard des commissions reçues par les vendeurs d'assurance vie, qu'ils soient travailleurs autonomes ou employés, est à savoir que de telles commissions ne seraient pas imposables si :

a) la police d'assurance vie a été acquise à des fins personnelles;

b) le vendeur est le propriétaire de la police d'assurance vie;

c) le vendeur est tenu de verser les primes exigées à l'égard de cette police; et

d) le montant de la commission n'est pas substantiel.

A) Est-ce que le fait pour un vendeur d'assurance vie d'acquérir une police d'assurance sur la vie de sa conjointe ou de ses enfants ou de ses parents (père et mère) dont il serait le propriétaire et dont il serait tenu de verser les primes exigées à l'égard de cette police rendrait les commissions reçues imposables?

B) Si la réponse en A) est non, est-ce que, dans les mêmes circonstances, le fait de désigner la succession (ou les enfants) de la personne ou des personnes dont la vie est assurée (ou une fiducie en leur faveur) comme bénéficiaire(s) de la prestation de décès rendrait les commissions imposables?

C) Peut-on avoir plus de précisions sur ce que vous entendez par acquérir une police d'assurance vie « à des fins personnelles »?

D) Peut-on avoir plus de précisions sur ce que vous entendez par un montant de commission qui ne serait pas substantiel?

---

[18] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-470R (consolidé), « Avantages sociaux des employés », 8 octobre 1999, par. 27.

[19] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques F2001-0070655, 30 octobre 2001; F9913907, 10 novembre 1999; 9410837, 6 septembre 1994; E910350A, 28 février 1991 et E73746, 23 mai 1989.

Réponse de l'ARC

Nous aimerions d'abord préciser que les positions exposées au paragraphe 27 du *Bulletin d'interprétation* IT-470R[20] et dans les interprétations techniques portant les numéros F2001-0070655, F9913907, 9410837, E910350A et E73746[21] sont des allègements administratifs qui peuvent ne pas s'appliquer à toutes les situations. À cet égard, nous vous référons au *Bulletin d'interprétation* IT-470R où il est indiqué ceci :

> « [I]l peut fort bien exister un point au-delà duquel le concept de "privilège" ne vaut plus, c'est-à-dire où l'avantage revenant à l'employé ne présente plus un caractère fortuit ou traditionnel par rapport à l'emploi, mais devient une forme déguisée de rémunération supplémentaire[22]. »

Cette détermination est une question de fait qui doit être résolue à la lumière de tous les faits et circonstances propres à une situation donnée. Le montant des couvertures d'assurance ainsi que la fréquence des opérations compte tenu du contexte particulier de la situation donnée, par rapport à ce qu'une famille effectuerait normalement, sont d'autres facteurs à prendre en compte lors de cette détermination.

Par ailleurs, nous sommes d'avis que lorsqu'un vendeur d'assurance vie acquiert une police d'assurance sur sa vie ou celle de son époux (épouse), conjoint de fait ou d'un enfant à charge et qu'il touche une commission sur cette police, cette commission ne serait généralement pas imposable pourvu que le vendeur soit propriétaire de la police et qu'il soit tenu de verser les primes exigées à l'égard de cette police. Le fait qu'une personne autre que le propriétaire de la police soit désignée comme le bénéficiaire de la police ne changerait généralement pas cette position.

15. TRANSFERT DE POLICE ENTRE SOCIÉTÉS RATTACHÉES

Lorsqu'une société transfère un intérêt dans une police d'assurance vie dont elle est le titulaire à un particulier qui est son actionnaire unique, le paragraphe 148(7) L.I.R. prévoit que cette disposition est réputée faite par ladite société pour un produit de disposition égal à la valeur de l'intérêt dans la police au moment de la disposition. Lorsque l'intérêt dans la police d'assurance vie comporte un intérêt dans une valeur de rachat de la police, le

---

20 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 18.

21 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 19.

22 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 18, par. 2.

paragraphe 148(9) L.I.R. prévoit que la valeur de l'intérêt dans la police d'assurance vie est la valeur de rachat.

Par ailleurs, l'ARC a confirmé dans le cadre d'une interprétation technique que dans une telle situation, l'actionnaire cessionnaire d'une telle police d'assurance serait réputé avoir reçu un avantage assujetti au paragraphe 15(1) L.I.R., le montant de l'avantage à inclure dans le calcul du revenu de l'actionnaire étant égal à l'excédent de la JVM de l'intérêt dans la police d'assurance vie sur la contrepartie versée, selon le cas.

Qu'en est-il d'une situation où un particulier serait l'actionnaire unique de deux sociétés et qu'un intérêt dans une police d'assurance vie fasse l'objet d'une disposition par l'une des sociétés en faveur de l'autre société?

Réponse de l'ARC

Nous sommes d'avis que le paragraphe 148(7) L.I.R. s'appliquerait à la situation que vous avez décrite puisqu'il s'agit d'une situation où un intérêt d'un titulaire dans une police d'assurance vie ferait l'objet d'une disposition en faveur d'une personne avec laquelle le titulaire de la police aurait un lien de dépendance.

Par ailleurs, il est possible que la société cédante subisse un appauvrissement en raison de l'opération décrite ci-dessus. Dans un tel cas, dans la mesure où il est démontré qu'aux termes de l'opération la société cédante confère un avantage à l'actionnaire unique, le paragraphe 15(1) L.I.R. s'appliquerait de manière à obliger le particulier à inclure dans le calcul de son revenu la valeur de l'avantage conféré.

16. POLICE SOINS DE LONGUE DURÉE

Les tendances démographiques étant ce qu'elles sont, la planification financière peut difficilement être séparée ou dissociée de la composante santé. La dimension de la santé, ainsi que sa partie sombre liée aux soins prolongés, doivent désormais être intégrées au processus de planification.

Le vieillissement de la population, voire sa longévité, est devenu une réalité incontournable. C'est pourquoi certains assureurs offrent des produits appelés « police soins de longue durée ».

La police comporte deux garanties : une contractuelle et une facultative.

Garantie contractuelle : soins en établissement

Après un délai d'attente de 0 ou de 90 jours, elle prévoit le versement d'une indemnité quotidienne en cas de séjour prolongé dans un établissement de soins de longue durée. C'est une prestation fixe qui est versée à l'assuré, sans égard aux frais réels qu'il doit payer à l'établissement.

Garantie facultative : soins à domicile

Après un délai d'attente de 60 jours ou de 90 jours, elle rembourse le coût des soins de santé nécessaires sur le plan médical, recommandés par un médecin et prodigués par une infirmière.

Le paragraphe 118.2(2) L.I.R. donne une description des frais médicaux qui se qualifient au crédit d'impôt non remboursable.

Est-ce que l'ARC peut nous confirmer que la prime payée par un particulier pour une telle police peut se qualifier comme étant des frais médicaux?

Réponse de l'ARC

Les frais qui se qualifient à titre de frais médicaux dans le calcul du crédit d'impôt pour frais médicaux du paragraphe 118.2(1) L.I.R. sont décrits, entre autres, au paragraphe 118.2(2) L.I.R.

Dans la présente situation, pour être déductibles à titre de frais médicaux, les sommes payées à titre de prime doivent satisfaire à toutes les conditions énoncées à l'alinéa 118.2(2)q) L.I.R. Premièrement, les primes doivent être payées à un régime privé d'assurance maladie tel qu'il est défini au paragraphe 248(1) L.I.R.

Le paragraphe 4 du *Bulletin d'interprétation* IT-339R2, « Signification de Régime privé d'assurance-maladie »[23], stipule que la protection en vertu d'un régime doit porter sur des soins ou des frais d'hospitalisation ou sur des soins ou des frais médicaux qui normalement auraient été admissibles comme frais médicaux en vertu du paragraphe 118.2(2) L.I.R. aux fins du crédit d'impôt pour frais médicaux. Le *Bulletin d'interprétation* IT-519R2

[23] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-339R2, « Signification de Régime privé d'assurance-maladie », 1er janvier 1995, par. 4.

(consolidé), « Crédit d'impôt pour frais médicaux et pour personnes handicapées et déduction pour frais de préposé aux soins »[24], décrit l'interprétation de l'ARC relativement aux frais médicaux admissibles au crédit d'impôt pour frais médicaux. À notre avis, un régime qui prévoit le versement d'une prestation fixe, sans égard aux frais médicaux engagés, ne serait pas un régime privé d'assurance maladie.

Deuxièmement, la prime payée par un contribuable en vertu d'un régime privé d'assurance maladie doit avoir été payée à son égard ou à l'égard d'une personne qui lui est liée et qui habite chez lui.

Par conséquent, nous sommes d'avis qu'une prime payée par un particulier pour une police soins de longue durée de type « Garantie facultative : soins à domicile » peut se qualifier comme étant des frais médicaux si toutes les conditions de l'alinéa 118.2(2)q) L.I.R. sont satisfaites. Cette qualification est une question de fait.

Toutefois, nous sommes d'avis que les primes versées par un particulier pour une police soins de longue durée en vertu d'une « Garantie contractuelle : soins en établissement » ne seraient pas considérées comme des primes versées en vertu d'un régime privé d'assurance maladie et elles ne seraient pas admissibles à titre de frais médicaux donnant droit à un crédit d'impôt.

Finalement, dans une situation hypothétique où la police comprendrait les deux garanties, nous sommes d'avis que la police ne serait pas un régime privé d'assurance maladie et donc les primes ne seraient pas admissibles à titre de frais médicaux donnant droit à un crédit d'impôt.

---

[24] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-519R2 (consolidé), « Crédit d'impôt pour frais médicaux et pour personnes handicapées et déduction pour frais de préposé aux soins », 21 mars 2003.

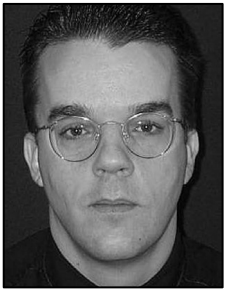
TABLE RONDE SUR LA FISCALITÉ PROVINCIALE

Coordonnateur
Daniel Gosselin
Associé, CGA, M. Fisc.
Raymond Chabot
Grant Thornton s.e.n.c.r.l.

Nelson Breton
Avocat, M. Fisc.
Mallette s.e.n.c.r.l.

Jean-François Drouin
Associé, avocat, LL. M.
PricewaterhouseCoopers
s.e.n.c.r.l.

Marie-Claude Lévesque
Avocate
Samson Bélair
Deloitte & Touche s.e.n.c.r.l.



Paul Jr Bergeron
Avocat, M. Fisc.
Ministère des Finances
du Québec

Annie Rondeau
Avocate, DESS fisc.
Investissement Québec

Céline Davidson
CA, M. Fisc.
Revenu Québec

Lucie L. Labbé
Avocate
Revenu Québec

Josée Morin
Avocate, M. Fisc.
Revenu Québec

ainsi que **Ginette Pelland,** avocate, CGA, M. Fisc., Revenu Québec

TABLE DES MATIÈRES

1. **MESURES RELATIVES À LA NOUVELLE ÉCONOMIE – INCIDENCES DES ACQUISITIONS DE CONTRÔLE** 52:5

2. **CRÉDIT D'IMPÔT POUR PRODUCTION DE TITRES MULTIMÉDIAS** 52:9

3. **AFFAIRE *KRUCO INC.* C. *LA REINE*** 52:11

4. **CRÉDIT D'IMPÔT REMBOURSABLE À L'ÉGARD DE GRANDS PROJETS CRÉATEURS D'EMPLOIS** 52:12

5. **IMPOSITION DES DIVIDENDES** 52:13

6. **PROGRAMMES DE VÉRIFICATION** 52:18

7. **ÉVASION FISCALE DANS LE DOMAINE DE LA CONSTRUCTION** 52:20

8. **PÉNALITÉS ADMINISTRATIVES DANS LE CAS OÙ UN CONTRIBUABLE NE SE CONFORME PAS À SES OBLIGATIONS** 52:21

9. **TAXE SUR LE CAPITAL ET SENS PRÉCIS DE L'EXPRESSION « MATÉRIEL AUTOMOBILE » AUX FINS DE LA DÉDUCTION POUR DES VÉHICULES EN STOCK** 52:23

10. **DÉDUCTION DE 1 M$ DU CAPITAL VERSÉ** 52:24

11. **TAXE SUR LE CAPITAL** 52:25

12. **IMPOSITION DU CRÉDIT DE TAXE SUR LE CAPITAL À L'ÉGARD DE CERTAINS TYPES D'INVESTISSEMENTS ADMISSIBLES** 52:27

13. **PRÊTS IMMIGRANTS INVESTISSEURS** 52:28

14. **DÉLAI DE PRODUCTION DE LA DÉCLARATION DE REVENUS DES FIDUCIES** 52:29

15. **TRANSFERT D'ACOMPTES PROVISIONNELS EN TROP** 52:31

16. **AFFAIRE *IN RE 111295 CANADA INC. : H.H. DAVIS & ASSOC. INC.* C. *BANQUE ROYALE DU CANADA*** 52:33

17. **SOCIÉTÉ LIQUIDÉE EN FAVEUR DE SES ACTIONNAIRES (DES PARTICULIERS) EN AOÛT 2004** 52:34

18. **AJOUT D'UN BÉNÉFICIAIRE À UN ACTE DE FIDUCIE** 52:36

19. **FRAIS DE SCOLARITÉ, INTÉRÊTS SUR PRÊTS ÉTUDIANTS ET SOLDE D'IMPÔT MINIMUM DE REMPLACEMENT POUR UN PARTICULIER PARTI VIVRE DANS UNE AUTRE PROVINCE** 52:36

20. **ENTREPRISES DE SERVICES SPÉCIALISÉES DANS LA GESTION ET LE TRAITEMENT DE LA PAIE ET RESPONSABILITÉ EN VERTU DE L'ARTICLE 24.0.3 L.M.R.** 52:38

21. **CHOIX TARDIFS ET ARTICLE 21.4.2 L.I.** 52:40

22. **ACCÈS À L'INFORMATION FISCALE D'UNE SOCIÉTÉ EN FAILLITE** 52:40

23. **DÉPENSES DE REPAS ET EMPLOYÉS À COMMISSION** 52:42

24. **DATE DE PRODUCTION D'UNE DÉCLARATION DE REVENUS ET DATE DE PAIEMENT** 52:44

25. **DOSSIERS DE TPS ET DE TVQ QUI SE RETROUVENT DEVANT LES TRIBUNAUX** 52:45

26. **DIVULGATIONS VOLONTAIRES** 52:46

27. **PROJETS DE LOI** 52:47

28. **ACTIF TOTAL DANS LA FORMULE DU TAUX DE CRÉDIT POUR RECHERCHE SCIENTIFIQUE ET DÉVELOPPEMENT EXPÉRIMENTAL PROVINCIAL** 52:48

29. **PROPOSITION CONCORDATAIRE** 52:51

30. **RÉGIONS RESSOURCES** 52:52

31. **ÉVASION FISCALE DANS LE SECTEUR DE LA RESTAURATION** 52:53

32. **PÉNALITÉS ADMINISTRATIVES IMPOSÉES AUX TIERS** 52:54

33. **INFORMATIONS AU DOSSIER D'UN CONTRIBUABLE** 52:55

34. **SOCIÉTÉS ASSOCIÉES SUR UNE BASE MONDIALE *VERSUS* SUR UNE BASE CANADIENNE** 52:56

35. **CONTRIBUTION DOUBLE – RÉGIME DE RENTES DU QUÉBEC** 52:58

36. **CRÉDIT POUR LES ACTIVITÉS D'AFFAIRES ÉLECTRONIQUES** 52:60

37. **CRÉDIT POUR STAGE** 52:63

38. **DÉFINITION DE MASSE SALARIALE** 52:65

39. **IMPOSITION DES INTÉRÊTS AVANT JUGEMENT POUR CONGÉDIEMENT INJUSTIFIÉ ET POSITION ADMINISTRATIVE DE REVENU QUÉBEC PAR RAPPORT À L'ARC** 52:68

40. **DONS** 52:70

41. **FRAIS DE PRÉPOSÉ AUX SOINS, CRÉDIT POUR FRAIS MÉDICAUX ET CRÉDIT POUR DÉFICIENCE GRAVE ET PROLONGÉE À L'ÉGARD D'UNE MAISON DE SANTÉ OU DE REPOS** 52:72

42. **VERSEMENT ANTICIPÉ DE LA PRIME AU TRAVAIL ET INCLUSION À TITRE D'IMPÔTS À PAYER DANS LE CAS DE CONJOINTS** 52:73

43. **TRANSFERT D'UN RÉGIME ENREGISTRÉ D'ÉPARGNE-RETRAITE ENTRE CONJOINTS DE FAIT** 52:74

1. MESURES RELATIVES À LA NOUVELLE ÉCONOMIE – INCIDENCES DES ACQUISITIONS DE CONTRÔLE

Le Discours sur le budget du 12 juin 2003[1] annonçait l'abolition pour l'avenir de différentes mesures favorisant la nouvelle économie (telles que les mesures relatives à la réalisation d'un projet novateur, à l'exception d'un projet novateur en biotechnologies, les mesures relatives à la réalisation d'activités déterminées dans un site désigné, etc.) (ci-après « mesures visées »). Cette annonce précisait que toute société admissible à l'une ou l'autre des mesures visées dont le contrôle était acquis après le 12 juin 2003 perdait le bénéfice de la mesure fiscale à compter de l'année d'imposition de la société qui est réputée commencer au moment de l'acquisition de contrôle, sauf certaines exceptions.

L'une de ces exceptions à la perte du bénéfice de la mesure fiscale est la suivante : l'acquisition du contrôle de la société bénéficiant de la mesure visée par une autre société bénéficiant de la même mesure fiscale ou d'une mesure fiscale de même nature (par exemple, l'acquisition du contrôle d'une « société déterminée » par une autre « société déterminée »).

Des assouplissements supplémentaires ont été introduits par le ministère des Finances du Québec dans les *Bulletins d'information* 2003-7 et 2004-11[2]. L'une des exceptions porte sur les actionnaires importants. En résumé, à la section traitant des « assouplissements visant les actionnaires importants » contenue dans le *Bulletin d'information* 2004-11, il est prévu « qu'il n'y aura pas de perte du droit à l'aide fiscale, tant et aussi longtemps que le contrôle de la société attestée ne sera pas acquis par une personne qui était étrangère à la société le 11 juin 2003 ». À cette fin, une personne sera considérée comme étrangère à la société attestée si elle ne détenait pas au moins 25 % (en vote et en valeur) des actions de cette société le 11 juin 2003 (« actionnaire important »).

La situation qui nous occupe est la suivante :

---

1 QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2003-2004, Discours sur le budget et Renseignements additionnels sur les mesures fiscales*, 12 juin 2003.

2 QUÉBEC, ministère des Finances, *Bulletins d'information* 2003-7, « Modifications d'ordre technique visant à accroître l'intégrité et la cohérence du régime fiscal », 12 décembre 2003 et 2004-11, « Modifications visant à accroître l'intégrité et la cohérence du régime fiscal », 22 décembre 2004.

Le 11 juin 2003 :

- AB inc. est une société déterminée, au sens donné à cette expression au premier alinéa de l'article 1029.8.36.0.17 de la *Loi sur les impôts*[3], dont les actions de son capital-actions sont détenues par M. A (50 % en vote et en valeur) et par M. B (50 % en vote et en valeur);

- YZ inc. est une société déterminée, au sens donné à cette expression au premier alinéa de l'article 1029.8.36.0.17 L.I., dont les actions de son capital-actions sont détenues par M. Y (49 % en vote et en valeur) et par M. Z (51 % en vote et en valeur).

Après le 11 juin 2003 :

- YZ inc. acquiert toutes les actions du capital-actions de AB inc.;

- puisque AB inc. et YZ inc. bénéficient de la même mesure fiscale, l'acquisition de contrôle par YZ inc. de AB inc. n'entraîne pas la perte pour cette dernière de son statut de société déterminée;

- dans le cadre du décès de M. Z, une transaction intervient faisant en sorte que M. Y devienne seul actionnaire de YZ inc. Il y a donc acquisition de contrôle de YZ inc. et, par conséquent, de AB inc., à ce moment.

En vertu de l'article 21.3.2 et du paragraphe 21.3.4a) L.I., étant donné que M. Y détenait au moins 25 %, en vote et en valeur, des actions du capital-actions de YZ inc. immédiatement avant le 12 juin 2003, M. Y est réputé ne pas avoir acquis le contrôle de YZ inc., et, par conséquent, il n'y aurait pas de perte pour cette dernière de son statut de société déterminée.

Il en est tout autrement pour AB inc., puisque M. Y n'était pas un actionnaire important de cette société immédiatement avant le 12 juin 2003. Ainsi, malgré le fait que l'acquisition de contrôle de AB inc. par YZ inc. n'ait pas fait perdre le bénéfice de la mesure fiscale à cette première société, l'acquisition de contrôle de YZ inc. par un « actionnaire important » de cette dernière fera perdre à AB inc. le bénéfice de la mesure fiscale à compter de cette deuxième acquisition de contrôle, et ce, même si le contrôle demeure entre les mains d'un actionnaire important de YZ inc.

---

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

Est-ce que Revenu Québec peut confirmer ou infirmer cette interprétation? Dans le cas où notre interprétation serait juste, est-ce que le ministère des Finances du Québec a l'intention de préciser que les assouplissements accordés dans les différentes annonces mentionnées ci-dessus doivent s'appliquer en lien les unes avec les autres? En d'autres mots, dans une situation comme celle qui est présentée ci-dessus, compte tenu du fait que la première acquisition de contrôle de la société (AB inc.) était une exception à la perte du bénéfice de la mesure fiscale selon les termes des annonces du ministère des Finances du Québec, est-ce qu'il ne devrait pas être tenu compte des « nouveaux » actionnaires de la société pour déterminer qui sont les actionnaires importants de la société à la suite du 11 juin 2003?

Réponse conjointe de Revenu Québec et du ministère des Finances du Québec

Selon la définition de l'expression « société déterminée » prévue au premier alinéa de l'article 1029.8.36.0.17 L.I., pour qu'une société puisse se qualifier à titre de société déterminée à l'égard d'un site désigné pour une année d'imposition, elle doit remplir certaines conditions dont le fait de ne pas avoir été l'objet d'une acquisition de contrôle par une personne ou un groupe de personnes au début de l'année ou d'une année d'imposition précédente, sauf lorsque l'acquisition de contrôle :

1) soit survient avant le 1er juillet 2004 et qu'Investissement Québec atteste qu'elle est le résultat d'une transaction qui était suffisamment avancée le 11 juin 2003 et qui liait les parties à cette date;

2) soit est effectuée par une société déterminée, par une personne ou un groupe de personnes qui contrôle une société déterminée, ou par un groupe de personnes dont chacun des membres est soit une société déterminée, soit une personne qui, seule ou avec d'autres membres du groupe, contrôle une telle société;

3) soit découle de l'exercice, après le 11 juin 2003, d'un ou de plusieurs droits visés au paragraphe 20b) L.I. qui ont été acquis avant le 12 juin 2003;

4) soit découle de l'exécution, après le 11 juin 2003, d'une ou de plusieurs obligations visées au troisième alinéa de l'article 21.3.5 L.I. qui ont été contractées avant le 12 juin 2003.

Il est donc exact de prétendre, en vertu du sous-paragraphe 2° du sous-paragraphe iv du paragraphe b) de la définition de l'expression « société

déterminée » prévue au premier alinéa de l'article 1029.8.36.0.17 L.I., que AB inc. ne perdra pas son statut de société déterminée lorsque YZ inc. en acquerra le contrôle.

Conséquences du décès de M. Z sur le statut de YZ inc.

Lorsque M. Y acquiert les actions du capital-actions de YZ inc. à la suite du décès de M. Z, il acquiert le contrôle de cette société à ce moment. Toutefois, cette acquisition de contrôle n'entraîne pas pour YZ inc. la perte de son statut de société déterminée, puisque les règles d'allègement spécifiques en matière d'acquisition de contrôle d'une société déterminée trouvent leur application.

En effet, selon les dispositions de l'article 21.3.2 L.I., M. Y, en sa qualité d'actionnaire important, est réputé ne pas avoir acquis le contrôle de YZ inc. lorsqu'il devient le seul actionnaire de cette société à la suite du décès de M. Z, étant donné qu'il est propriétaire à ce moment d'actions du capital-actions de YZ inc. lui conférant au moins 50 % des voix pouvant être exprimées en toute circonstance à l'assemblée annuelle des actionnaires.

Il convient de noter que la présomption prévue à l'article 21.3.2 L.I. se limite, comme il est indiqué au deuxième alinéa de l'article 21.1 L.I., à l'application de certaines dispositions pouvant faire perdre les droits acquis à certaines mesures fiscales ayant été abolies à l'occasion du Discours sur le budget du 12 juin 2003.

Conséquences de l'acquisition de contrôle sur le statut de AB inc.

Cependant, l'acquisition de contrôle de YZ inc. par M. Y fait en sorte que ce dernier acquière aussi le contrôle de AB inc. Or, puisque M. Y n'était pas propriétaire immédiatement avant le 12 juin 2003 d'au moins 25 %, en vote et en valeur, des actions du capital-actions de AB inc., il n'est pas un actionnaire important de cette dernière. Par conséquent, la règle d'assouplissement prévue à l'article 21.3.2 L.I. ne s'applique pas et l'acquisition de contrôle par M. Y de AB inc. fait en sorte que cette dernière perde son statut de société déterminée.

Les conséquences de l'acquisition de contrôle de YZ inc. sur le statut de société déterminée de AB inc. selon les circonstances décrites au paragraphe précédent ne sont pas souhaitables. Aussi, des modifications à la *Loi sur les impôts* seront proposées de façon à permettre, dans de telles circonstances, le maintien de statut de société déterminée.

2. CRÉDIT D'IMPÔT POUR PRODUCTION DE TITRES MULTIMÉDIAS

Le 30 mars 2004, lors du Discours sur le budget[4], la responsabilité de déterminer ce qui constitue des travaux de production admissibles relatifs à un titre multimédia pour l'application des crédits d'impôt remboursables pour la production de titres multimédias (volet général et volet sociétés spécialisées) a été confiée à Investissement Québec. Depuis cette date, les « travaux de production admissibles » relatifs à un titre multimédia désignent les travaux de production qu'Investissement Québec aura indiqués comme tels sur l'attestation délivrée à l'égard du titre ou de la société qui demande le crédit d'impôt, selon le cas.

Selon les dispositions législatives applicables, les travaux de production admissibles sont ceux indiqués sur l'attestation d'admissibilité délivrée à une société à l'égard d'un employé admissible ou d'une personne considérée comme un tel employé dans le cas où une partie de la contrepartie est versée à une personne ou à une société de personnes qui n'a pas de tels employés.

Quelle est la procédure d'attestation utilisée par Investissement Québec à l'égard des travaux de production admissibles et quels sont les critères d'attestation?

Réponse d'Investissement Québec

Les travaux de production admissibles réalisés sont attestés par Investissement Québec suivant trois approches différentes selon que les travaux sont effectués par les employés de la société admissible, ou selon qu'ils sont confiés en sous-traitance pour son compte à une personne ou à une société de personnes, avec ou sans lien de dépendance.

Ainsi, lorsque des travaux de production sont réalisés par la société elle-même, Investissement Québec atteste, d'une part, les employés qui réalisent les travaux de production qu'Investissement Québec a considérés comme des travaux de production admissibles et, d'autre part, le nombre d'heures[5] de travail effectuées durant une période donnée par chacun de ces employés et qui sont reliées à ces mêmes travaux (Annexe A de l'attestation).

---

[4] QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2004-2005, Discours sur le budget et Renseignements additionnels sur les mesures du budget*, 30 mars 2004.

[5] Dans le volet sociétés spécialisées, l'attestation fait plutôt référence au pourcentage des tâches de chaque employé qui sont reliées à des travaux de production admissibles.

Par ailleurs, lorsque des travaux de production sont effectués pour le compte de la société admissible, dans le cadre d'un contrat de sous-traitance, l'admissibilité de ces travaux est attestée différemment selon que le sous-traitant a un lien de dépendance ou non avec la société admissible (le donneur d'ordre) :

- si la personne ou la société de personnes sous-traitante de la société admissible avait un lien de dépendance au moment de la conclusion du contrat avec le donneur d'ordre, Investissement Québec atteste le nom de la personne ou de la société de personnes sous-traitante, le pourcentage des services facturés se rapportant aux travaux de production reconnus par Investissement Québec, les employés de ce sous-traitant affectés à ces travaux de production ainsi que le nombre d'heures[6] effectuées durant une période donnée par chacun de ces employés et reliées à ces mêmes travaux (Annexe B de l'attestation);

- si la personne ou la société de personnes sous-traitante de la société admissible n'avait pas de lien de dépendance avec le donneur d'ordre au moment de la conclusion du contrat, Investissement Québec atteste les travaux de production admissibles en indiquant, d'une part, le nom de la personne ou de la société de personnes sous-traitante et, d'autre part, le pourcentage des services facturés se rapportant aux travaux de production reconnus par Investissement Québec (Annexe C de l'attestation).

Toutefois, précisons que la question de savoir si la société admissible a ou non un lien de dépendance avec le sous-traitant ayant réalisé les travaux de production attestés par Investissement Québec fait partie des responsabilités de Revenu Québec.

Enfin, les travaux de production admissibles représentent les travaux effectués par un employé admissible ou, lorsqu'une partie des travaux de production est confiée en sous-traitance, par une personne ou société de personnes avec ou sans lien de dépendance. Investissement Québec atteste donc, selon le cas, ces employés, ces personnes ou ces sociétés de personnes qui entreprennent, supervisent ou supportent **directement** des travaux spécialisés relatifs à la production de titres multimédias admissibles.

---

[6] Dans le volet sociétés spécialisées, l'attestation fait plutôt référence au pourcentage des tâches de chaque employé qui sont reliées à des travaux de production admissibles.

Ainsi, les travaux de production admissibles représentent ceux directement compris dans le développement des composantes qui rendent le titre multimédia admissible. Les titres multimédias doivent être édités sur un support électronique, être régis par un logiciel permettant l'interactivité et comporter un volume appréciable de trois parmi les quatre types d'information suivants : texte, son, images fixes, images animées. À titre d'exemple, la programmation, l'animation, l'infographie, les tests de qualité, les scénarios, la musique, la traduction et la narration constituent des travaux de production admissibles lorsqu'ils sont relatifs à la production de titres multimédias admissibles. À l'opposé, les travaux d'ordre administratif, légal ou de mise en marché ne peuvent constituer des travaux de production admissibles.

3. AFFAIRE *KRUCO INC. C. LA REINE*[7]

Dans une demande d'interprétation technique de novembre 2005[8], Revenu Québec confirmait son harmonisation à la méthode de détermination du revenu gagné ou réalisé après 1971 à celle énoncée par l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») dans le bulletin *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 33[9]. Sous réserve de quelques rajustements, la quantification du revenu gagné est déterminée en fonction du revenu net.

Or, au Québec, nous retrouvons un allégement fiscal pour les entreprises de fabrication ou de transformation dans les régions ressources. Cet allégement prend la forme d'une déduction dans le calcul du revenu imposable.

Aux fins de détermination du revenu gagné ou réalisé après 1971, cette mesure fiscale réduit-elle le montant du revenu gagné?

Réponse

Nous sommes d'avis que le montant de la déduction dans le calcul du revenu imposable d'une société, tel qu'il est déterminé en vertu de

---

7 [2003] C.A.F. 284.

8 REVENU QUÉBEC, demande d'interprétation technique 05-0106038, 3 novembre 2005.

9 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 33, 16 septembre 2005.

l'article 737.18.26 L.I., n'engendre pas un rajustement négatif du revenu gagné ou réalisé de cette société, tel qu'il est déterminé par ailleurs.

4. CRÉDIT D'IMPÔT REMBOURSABLE À L'ÉGARD DE GRANDS PROJETS CRÉATEURS D'EMPLOIS

Lors de l'instauration du crédit d'impôt remboursable à l'égard de grands projets créateurs d'emplois, un contrat conclu entre une société admissible et une personne avec laquelle elle a un lien de dépendance ne pouvait se qualifier à titre de contrat admissible. Le 22 juin 2005, un assouplissement a été apporté par le ministère des Finances.

En effet, le *Bulletin d'information* 2005-6[10] permet maintenant de qualifier à titre de contrat admissible, un contrat de sous-traitance conclu entre une société admissible et une personne avec laquelle elle a un lien de dépendance lorsque la société admissible est en mesure de démontrer à Investissement Québec qu'un tel contrat est relatif, d'une part, à des services rendus ultimement à une personne avec laquelle elle n'a aucun lien de dépendance et, d'autre part, à une entreprise exploitée par cette dernière personne à l'extérieur du Québec.

Est-ce qu'une société ayant un établissement au Québec peut signer un contrat admissible avec une société sans lien de dépendance lorsque les clients ultimes sont au Québec et ont un lien de dépendance avec l'une ou l'autre des sociétés?

Dans l'affirmative, pourquoi exige-t-on, dans le cadre d'un contrat admissible conclu entre deux personnes ayant un lien de dépendance, que les clients ultimes soient situés hors Québec?

Réponse d'Investissement Québec

Les deux critères à respecter prévus dans le *Bulletin d'information* 2005-6 pour qualifier un contrat à titre de contrat admissible, soit ceux relatifs aux clients ultimes sans lien de dépendance et situés à l'extérieur du Québec, sont exigés lorsqu'un contrat de sous-traitance est conclu entre une société admissible et une personne avec laquelle elle a un lien de dépendance.

---

[10] QUÉBEC, ministère des Finances, *Bulletin d'information* 2005-6, « Ajustements relatifs à diverses mesures fiscales et mesures d'harmonisation », 22 juin 2005.

Par conséquent, lorsqu'un contrat est conclu entre une société admissible et une personne avec laquelle elle n'a pas de lien de dépendance, aucune exigence particulière n'existe à l'égard des clients ultimes pour lesquels les services sont rendus. Les clients ultimes peuvent donc être situés au Québec ou hors Québec et avoir ou non un lien de dépendance avec l'une ou l'autre des sociétés, pourvu qu'aucun lien de dépendance n'existe entre les parties au contrat qualifiable à titre de contrat admissible.

Réponse du ministère des Finances

De façon sommaire, la restriction relative au contrat conclu entre une société admissible et une personne avec laquelle elle a un lien de dépendance visait à empêcher que des sociétés ne s'impartissent mutuellement des activités dans le seul but de bénéficier du crédit d'impôt.

Or, une telle restriction empêchait de qualifier un contrat de sous-traitance conclu entre une société mère non résidente et sa filiale établie au Québec à titre de contrat admissible, et ce, bien que ce contrat soit relatif à des services rendus ultimement à un client n'ayant aucun lien de dépendance avec la filiale.

La modification apportée visait donc à permettre à la filiale de bénéficier du crédit d'impôt dans une telle situation, compte tenu du fait que des emplois étaient effectivement créés au Québec, ce qui est l'objectif visé par la mesure.

5. IMPOSITION DES DIVIDENDES

Question A)

Le ministère des Finances a annoncé à l'occasion du Discours sur le budget du 23 mars 2006[11] qu'il y aurait harmonisation de principe aux dividendes versés ou réputés versés après le 23 mars 2006. Compte tenu du fait que la date d'application au fédéral est le 1er janvier 2006, cela créera une certaine complexité administrative pour comptabiliser les dividendes avant et après cette date.

Est-il envisagé de changer la date d'application pour la ramener au 1er janvier 2006?

---

[11] QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2006-2007, Discours sur le budget et Renseignements additionnels sur les mesures du budget*, 23 mars 2006.

Question B)

Les dividendes de sociétés publiques constituent une partie importante des revenus gagnés par les fonds communs de placement, lesquels se qualifient de dividendes déterminés. Ces dividendes sont par la suite attribués aux détenteurs de parts à la fin de l'année. Le Québec ayant retenu le 24 mars comme date d'application des nouvelles mesures relatives au traitement fiscal des dividendes, ces fonds devront comptabiliser les dividendes reçus avant et après cette date et préparer des feuillets de renseignements différents pour le fédéral et le Québec, ce qui entraînera une certaine lourdeur administrative.

Afin de ne pas complexifier les mesures de conformité des fonds communs de placement, est-ce que le ministère des Finances prévoit mettre en œuvre des mesures spéciales qui pourraient assurer une harmonisation avec les règles fédérales comme celle du taux moyen instaurée lors de la modification du taux d'inclusion du gain en capital en l'an 2000?

Réponses A) et B)

Dans un premier temps, le ministère des Finances tient à rappeler l'harmonisation de principe aux règles fédérales, annoncée à l'occasion du Discours sur le budget du 23 mars 2006 et que cette harmonisation de principe s'applique aux dividendes versés ou réputés versés après le 23 mars 2006.

À cet égard, il n'est pas envisagé de changer les modalités d'application annoncées à l'occasion du Discours sur le budget du 23 mars 2006.

En effet, certains proposent notamment de ramener la date d'application de ces modifications du 23 mars 2006 au 1er janvier 2006 pour certains types de dividendes, ou encore d'appliquer des taux différents pour toute l'année 2006, soit des taux pondérés, pour chacun des deux types de dividendes, représentant une moyenne des taux applicables à chacune des deux périodes de l'année 2006. Il est également proposé d'appliquer de telles règles de transition pour l'année 2006 aux dividendes qui « transitent » par les fonds communs de placement, et ce, dans le but de réduire le fardeau administratif des gestionnaires de tels fonds.

Aussi, l'opportunité d'apporter les modifications demandées doit d'abord être analysée en fonction des effets financiers pour les contribuables concernés. En effet, il est question ici de modifier de façon rétroactive la charge fiscale applicable aux dividendes, soit celle applicable aux dividendes

versés ou réputés versés avant le 24 mars 2006 et celle applicable depuis cette date jusqu'à la date d'une éventuelle annonce de modification. Les calculs effectués démontrent que de telles modifications entraîneraient, dans de nombreux cas, une augmentation de la charge fiscale applicable à ces dividendes. Or, les annonces de modifications avec effet rétroactif négatif sont limitées aux situations qui le justifient, ce qui n'est clairement pas le cas des modifications demandées.

Par ailleurs, il n'apparaît pas souhaitable d'accorder un traitement différent aux dividendes qui transitent par un fonds commun de placement. En effet, il serait difficile de justifier le fait qu'un même dividende versé par une société fasse l'objet d'un fardeau fiscal différent simplement parce qu'il transite par un fond commun de placement.

Question C)

Est-ce que le ministère des Finances est en mesure de formuler certaines précisions concernant le niveau d'harmonisation du régime fiscal québécois avec les modifications annoncées par le ministre des Finances du Canada concernant le traitement des dividendes?

En particulier, est-ce que le ministère des Finances peut préciser quelles seront les règles utilisées pour déterminer si un dividende sera un dividende déterminé ou non en vertu de la législation québécoise?

Est-ce les dividendes versés entre le 1er janvier 2006 et le 23 mars 2006 auront un impact sur les comptes historiques québécois?

Pourquoi le ministère des Finances choisirait d'appliquer les paramètres fédéraux plutôt que de mettre en place un régime d'imposition des dividendes totalement indépendant quant on sait que l'application des paramètres fédéraux entraînera des imperfections en matière d'équité?

Qu'en est-il du choix offert aux sociétés privées sous contrôle canadien (ci-après « SPCC ») de ne pas être considéré comme tel pour l'application de la déduction accordée aux petites entreprises (ci-après « DPE »)? Est-ce qu'un tel choix sera offert dans la législation québécoise?

Est-ce que des pénalités seront prévues comme celles annoncées au fédéral?

Réponse

Le ministère des Finances peut formuler les précisions suivantes.

Les règles utilisées afin de déterminer si un dividende est un dividende déterminé ou non seront celles applicables au palier fédéral. À cette fin, toutes les données fédérales seront utilisées, les comptes historiques fédéraux (le « compte de revenu à taux général » (CRTG) et le « compte de revenu à taux réduit » (CRTR)) ainsi que les désignations fédérales notamment.

Aussi, les dividendes versés (ou réputés versés) du 1er janvier 2006 au 23 mars 2006 auront un impact sur les comptes historiques, et incidemment sur le traitement québécois des dividendes versés (ou réputés versés) après le 23 mars 2006, et ce, même si les dividendes versés (ou réputés versés) au cours de la première période de l'année (du 1er janvier 2006 au 23 mars 2006) ne font pas fait l'objet d'un traitement différencié au palier québécois.

De plus, ce choix d'utiliser les paramètres fédéraux est effectué dans le but de limiter les éléments de complexité qui résulteront de la mise en place du nouveau mécanisme. Ainsi, le ministère des Finances est d'avis que le gain en termes de simplicité découlant de ce choix sera largement supérieur aux désavantages résultant de l'imperfection du régime proposé en matière d'équité. En effet, la mise en place d'un régime québécois totalement indépendant qui permettrait de reconnaître les impôts corporatifs québécois réellement payés pourrait s'avérer inutilement complexe. Au surplus, un tel mécanisme pourrait même s'avérer inadéquat, particulièrement dans le contexte de sociétés qui réalisent leurs activités dans plusieurs juridictions canadiennes.

Dans le contexte où les comptes historiques fédéraux seront utilisés intégralement, lorsque le choix pour une SPCC de ne pas être considéré comme tel pour l'application de la DPE sera effectué au palier fédéral, un choix identique sera réputé effectué pour l'application de la DPE québécoise.

Le régime fiscal québécois ne prévoira pas d'équivalent à l'impôt spécial de 20 % ou 30 % prévu dans le régime fédéral.

Par ailleurs, des détails additionnels concernant l'harmonisation à ces mesures pourraient, au besoin, être annoncés après le dépôt formel du projet de loi fédéral à cet égard.

Question D)

Lors de son dernier budget, le ministère des Finances a annoncé que le traitement fiscal des dividendes payés après le 23 mars 2006 au Québec serait harmonisé avec les mesures annoncées par le ministère des Finances fédéral le 23 novembre 2005. À cet effet, il a été annoncé que le taux de majoration des dividendes déterminés serait haussé à 45 % alors que le taux du crédit augmenterait à 11,9 %. Pour les dividendes non déterminés, le taux de majoration serait maintenu à 25 % alors que le taux du crédit serait abaissé à 8 %.

Les dividendes déterminés sont, entre autres, les dividendes payés à même les revenus imposés au taux général de l'impôt sur le revenu d'une société résidente, ce qui, au fédéral, exclut les revenus de placement d'une SPCC puisqu'une partie de l'impôt payé à l'égard de ces revenus est remboursable.

Contrairement au palier d'imposition fédéral, une SPCC qui gagne du revenu de placement au Québec ne bénéficie d'aucun remboursement. Par conséquent, les dividendes payés à même ces revenus seront imposés à un taux d'imposition plus élevé au Québec puisqu'ils ne seront pas inclus dans la définition d'un dividende déterminé. Cette situation entraînera une sous-intégration d'environ 6 %.

Est-ce que le ministère des Finances a l'intention de corriger cette situation?

Réponse

En ce qui concerne les revenus de placement gagnés par une SPCC, aucun changement n'est envisagé pour le moment à l'égard du traitement de ce type de revenu, que ce soit pour la mise en place d'un mécanisme de remboursement d'une partie de l'impôt corporatif ou encore en ce qui a trait au traitement des dividendes en provenant. Il y a toutefois lieu de préciser que la compétitivité du régime fiscal québécois, notamment en ce qui concerne la taxation des revenus passifs, fait régulièrement l'objet d'analyses au ministère des Finances.

6. PROGRAMMES DE VÉRIFICATION

Quels sont les programmes de vérification en cours et les secteurs ou industries visés, le cas échéant? Quels sont les programmes spéciaux de vérification à venir?

Réponse

La Direction générale des entreprises (ci-après « DGE ») est responsable de l'administration courante de la fiscalité des sociétés et des mandataires qui font affaire au Québec à titre d'employeurs ou de percepteurs de taxes. La DGE participe aux projets de lutte contre l'évasion fiscale dans le cadre des projets de recherche et de développement.

Toutes les interventions de contrôle fiscal concernant les entreprises, que ce soit la vérification, le suivi de la non-production ou la cotisation, sont planifiées en fonction du risque de pertes fiscales. Depuis 2004-2005, la DGE effectue une planification du contrôle fiscal selon les orientations suivantes : la couverture de la grande entreprise, la réalisation d'interventions ciblées dans certains secteurs d'activité économique tels la construction et la restauration ainsi que dans la détection des mandataires non inscrits. Finalement, les secteurs d'activité économique où le recours à un stratagème de complaisance est fréquent font l'objet d'une attention particulière.

Couverture de la grande entreprise

À l'instar d'autres administrations telle l'ARC, la DGE vise une couverture complète des grandes entreprises (au Québec et hors Québec) sur une période donnée. Pour les très grandes entreprises, le taux annuel de couverture est de 33 1/3 %. Ainsi, le tiers des grandes entreprises qui font affaire au Québec devraient faire l'objet d'une visite de la part d'un vérificateur d'ici le 31 mars 2007. Quant à celles dont le chiffre d'affaires est de 60 M$ à 349 M$, une couverture complète sur une période de quatre ans est prévue, soit un taux de couverture minimal de 25 % par année.

Interventions ciblées dans les secteurs de la construction et de la restauration

Les interventions prévues sont principalement axées sur le contrôle fiscal des déclarations des contribuables et des mandataires et elles visent les entreprises qui présentent le risque le plus élevé de pertes fiscales. Compte tenu de la diversité des stratagèmes rencontrés dans ces secteurs, le programme d'intervention comprend plusieurs volets de façon à couvrir

l'éventail des situations problématiques. Diverses interventions et mesures sont ainsi prévues, soit des vérifications externes additionnelles et le suivi de la non-production, des interventions auprès des non-inscrits et des mesures de prévention. Le programme cible à la fois les taxes, les retenues à la source (ci-après « RAS ») et l'impôt.

Stratagème de complaisance dans les différents secteurs d'activité économique

Au cours des dernières années, les interventions de contrôle fiscal réalisées par la DGE ont permis de mettre au jour un stratagème de complaisance qui consiste à réclamer des crédits et des remboursements de taxes sans y avoir droit, par le biais d'émissions de fausses factures. Les interventions se poursuivront afin de déjouer ce stratagème dans les divers secteurs où il est présent.

Par ailleurs, d'autres programmes sont menés par le Bureau de lutte à l'évasion fiscale. Parmi les programmes en cours, nous pouvons mentionner les suivants.

Fiducies

Dans le cadre de travaux visant à explorer le domaine des fiducies, le ministre du Revenu du Québec, M. Lawrence S. Bergman, a mis fin à une pratique fiscale « agressive » qui permet à des fiducies d'éviter le paiement de l'impôt du Québec depuis quelques années. Dans le cadre du Projet de loi 15[12], l'introduction d'une modification législative technique à la *Loi sur les impôts* permet de traduire avec justesse les objectifs établis dans la politique fiscale annoncée en mars 1998.

Transactions immobilières

Un des projets de lutte contre l'évasion fiscale ayant pris de l'ampleur ces derniers mois est celui qui cible les « transactions immobilières ». Le boom immobilier n'est pas étranger à cette intensification. En effet, ce projet vise à s'assurer que la déclaration des revenus et les règles fiscales applicables en matière de transactions immobilières sont respectées par les particuliers ou les sociétés. Revenu Québec poursuivra ses actions et mettra

[12] *Loi modifiant la* Loi sur les impôts *et d'autres dispositions législatives*, Projet de loi 15, 9 mai 2006, sanctionné le 13 juin 2006 (2006, c. 13).

en œuvre tous les moyens nécessaires pour lutter contre ce type grandissant d'évasion fiscale.

Indices de richesse

Le projet « Indices de richesse » permet d'identifier les particuliers et d'intervenir auprès de ceux qui ne produisent pas de déclaration de revenus bien qu'ils possèdent des avoirs importants ou auprès de particuliers dont les revenus déclarés semblent insuffisants pour justifier la valeur de leur patrimoine.

Enfin, pour des raisons stratégiques, nous ne pouvons indiquer les programmes de vérification à venir.

7. ÉVASION FISCALE DANS LE DOMAINE DE LA CONSTRUCTION

Dans le but de contrer l'évasion fiscale dans l'industrie de la construction, des mesures ont été annoncées en 1994 selon lesquelles le donneur d'ouvrage, sauf la personne exonérée d'impôt ou une société dont l'actif (et celui des autres sociétés associées) est, pour l'année d'imposition précédente, de 25 M$ et plus, doit produire, avec sa déclaration de revenus, un formulaire avec les informations prescrites (TP-1086.R.23.12). Or, l'obligation de remplir ce formulaire représente, pour le contribuable, un coût additionnel (cueillette d'informations, temps, honoraires et autres).

Combien de formulaires ont été utilisés pour reconstituer le revenu d'un entrepreneur et quel est le montant d'impôt qu'a recouvré Revenu Québec?

Réponse

Revenu Québec utilise ces formulaires dans le cadre de ses programmes réguliers de vérification mais ne peut révéler combien de formulaires ont été utilisés afin de reconstituer le revenu d'un contribuable de même que le montant d'impôt qu'il a pu recouvrer en faisant les conciliations appropriées.

Commentaires du ministère des Finances

En 1994, l'introduction de cette mesure de contrôle avait pour but de faciliter la vérification des revenus des contribuables œuvrant dans les secteurs de la construction, de la rénovation ou de l'entretien d'immeubles, afin de contrer le travail au noir qui sévissait alors dans ces secteurs.

Or, l'industrie de la construction, incluant la rénovation, est le secteur d'activité où sont observées les plus importantes pertes fiscales au Québec avec un montant estimé de 872 M$ pour l'année 2002. À titre comparatif, notons que ce montant est près de trois fois supérieur à celui des pertes fiscales estimées à l'égard du secteur de la restauration, le deuxième secteur en importance (303 M$)[13].

Dans ce contexte, la pertinence de maintenir et de développer des outils de lutte à l'évasion fiscale se rapportant au secteur de la construction demeure toujours d'actualité.

8. PÉNALITÉS ADMINISTRATIVES DANS LE CAS OÙ UN CONTRIBUABLE NE SE CONFORME PAS À SES OBLIGATIONS

Les législations fiscales fédérale et québécoise prévoient diverses pénalités administratives dans les cas où un contribuable ne se conforme pas à ses obligations.

Or, certaines pénalités prévues dans le régime fédéral ne sont pas appliquées dans les autres provinces. À titre d'exemple, la pénalité pour production tardive d'un choix fiscal et la pénalité pour information trompeuse en matière fiscale fournie par des tiers n'ont généralement pas d'équivalent dans les autres provinces.

Ainsi, compte tenu de ces disparités entre la législation fiscale québécoise et celle des autres provinces, un contribuable québécois pourrait être assujetti à deux pénalités alors qu'un contribuable résidant dans une autre province ne serait assujetti qu'à la pénalité fédérale.

Aussi, afin de maintenir la parité entre tous les contribuables au Canada, le ministère des Finances pourrait discuter, avec le gouvernement fédéral, d'une répartition des diverses pénalités administratives qui peuvent se cumuler aux plans fédéral et québécois. À titre d'exemple, les modalités d'application des pénalités pourraient être aménagées de façon similaire à ce qui existe à l'égard des paiements accumulés sur les régimes enregistrés d'épargne-études (ci-après « REÉÉ ») où l'impôt fédéral supplémentaire

---

[13] Pour plus de détails, voir QUÉBEC, ministère des Finances, *Études économiques, fiscales et budgétaires*, vol. 1, n° 1, L'évasion fiscale au Québec : sources et ampleur, 22 avril 2005, disponible sur le site Internet du Ministère à l'adresse suivante : http://www.finances.gouv.qc.ca/fr/documents/pdf/eefb_vol1_no1.pdf.

auquel est assujetti un souscripteur est réduit de 40 % au Québec (taux de 12 % comparativement à 20 % pour les autres provinces).

Réponse du ministère des Finances

L'observation volontaire est la pierre angulaire d'un régime d'autocotisation. Par équité pour les contribuables qui respectent les lois et règlements, des mesures d'exécution, telles les pénalités, sont ainsi prévues envers ceux qui ne les respectent pas.

La situation soulevée, qui caractérise d'ailleurs le régime fiscal québécois depuis plusieurs années, est en partie tributaire de l'existence d'un régime fiscal autonome. Les pénalités peuvent ainsi compenser pour les coûts assumés par une administration fiscale lorsqu'elle doit traiter des formulaires ou des feuillets modifiés ou produits tardivement par un contribuable.

De plus, les pénalités comportent un aspect dissuasif qu'il est essentiel de maintenir, notamment lorsqu'elles impliquent un degré de faute flagrante de la part des personnes y assujetties, telle la pénalité pour information trompeuse en matière fiscale fournie par des tiers. Il faut également considérer que pour ce type de pénalités, le fardeau de la preuve revient aux autorités fiscales.

Par ailleurs, l'absence de pénalités administratives dans les autres provinces peut s'expliquer par le fait qu'en vertu des accords de perception fiscale entre les provinces et le gouvernement fédéral, ce dernier assume le coût des mauvaises créances et les frais d'administration des divers régimes fiscaux et conserve en contrepartie les intérêts et la plupart des pénalités imposées aux contribuables.

Or, contrairement aux pénalités, l'impôt supplémentaire à l'égard des paiements accumulés sur les REÉÉ est partagé avec les gouvernements provinciaux participant aux accords de perception fiscale.

Dans ce contexte, la réduction, par le gouvernement fédéral, des pénalités administratives imposées aux contribuables du Québec apparaît peu probable. En effet, le fait que le Québec administre son propre régime fiscal ne réduit pas les coûts assumés par le gouvernement fédéral à l'égard des contribuables québécois.

Aussi, compte tenu du fait que le cumul des pénalités administratives découle en partie de l'existence d'un régime fiscal autonome, et qu'elles

visent par ailleurs à décourager les comportements qui entraînent l'inobservation, le ministère des Finances n'envisage pas de réduire les pénalités administratives.

9. TAXE SUR LE CAPITAL ET SENS PRÉCIS DE L'EXPRESSION « MATÉRIEL AUTOMOBILE » AUX FINS DE LA DÉDUCTION POUR DES VÉHICULES EN STOCK

À la suite de la publication du *Bulletin d'information* 2005-7[14] relativement au calcul du capital versé aux fins de la taxe sur le capital, une déduction de 50 % à l'égard du matériel automobile neuf acheté pour la revente a été instaurée, et ce, dans le cadre de négociations survenues notamment avec les représentants des concessionnaires d'automobiles. Cette nouvelle déduction dans le calcul du capital versé aux fins de la taxe sur le capital est désormais prévue au nouveau paragraphe 1137b.0.1) L.I. et permet de limiter en partie les effets de la décision de la Cour suprême du Canada rendue dans l'arrêt *Autobus Thomas Inc*. c. *La Reine*[15].

L'expression « matériel automobile » ne semble pas se limiter aux automobiles et autobus mais pourrait aussi s'appliquer aux concessionnaires de machinerie agricole (par exemple, un tracteur mais pas nécessairement une machinerie accrochée à un tracteur), aux concessionnaires de motoneiges et de véhicules tout-terrains ainsi qu'aux détaillants de véhicules récréatifs (mais pas nécessairement à l'égard des roulottes accrochées à un véhicule). Revenu Québec peut-il préciser, à l'aide d'exemples concrets, le sens à donner à « matériel automobile » aux fins de cette nouvelle déduction?

Réponse

L'expression « matériel automobile » n'est pas définie dans la *Loi sur les impôts*. Il faut donc donner à cette expression le sens ordinaire des mots. À cet égard, Revenu Québec entend par « matériel automobile » un véhicule mû par un moteur. Ainsi, cette expression vise notamment les motoneiges, les hors-bord et les véhicules tout-terrains. Toutefois, dans l'incertitude, il y aurait lieu de demander un avis sur ce sujet à la Direction des lois sur les impôts.

---

[14] QUÉBEC, ministère des Finances, *Bulletin d'information* 2005-7, « Prolongation de un an du crédit d'impôt pour stage en milieu de travail et ajustements à certaines autres mesures fiscales », 19 décembre 2005.

[15] [2001] 3 R.C.S. 5.

10. DÉDUCTION DE 1 M$ DU CAPITAL VERSÉ

Une société, ayant un établissement au Québec, a une fin d'exercice se terminant le 30 juin de chaque année. Son capital versé pour son exercice se terminant le 30 juin 2005 était de 2 M$. Si la société n'est associée à aucune autre société, la déduction du capital versé pour son exercice se terminant le 30 juin 2006 sera de 666 667 $, soit 1 M$ réduit de 33,33 %.

Le 1er juillet 2005, la société a transféré la totalité des actifs et passifs à une nouvelle société (filiale) et reçoit en contrepartie des actions de la filiale. Le premier exercice financier de la filiale est du 1er juillet 2005 au 30 juin 2006. Le capital versé au bilan d'ouverture de la filiale était identique à celui de la société mère, soit 2 M$.

Pour l'année civile 2006, la déduction de 1 M$ est ramenée à zéro, puisque le capital versé de l'année précédente pour l'ensemble des sociétés associées est de 4 M$ (soit le capital versé de 2 M$ de la société mère au 30 juin 2005 et le capital versé de 2 M$ au bilan d'ouverture de la filiale).

Cette situation entraîne un déboursé supplémentaire d'environ 3 750 $ en taxe sur le capital, même si le capital versé pour le groupe corporatif est de 2 M$.

Question A)

Revenu Québec peut-il nous confirmer qu'il y a perte de la déduction de 1 M$?

Réponse de Revenu Québec

Le troisième alinéa de l'article 1137.0.0.2 L.I. prévoit que pour l'application du paragraphe c) du deuxième alinéa de l'article 1137.0.0.2 L.I., le capital versé attribué à la société pour une année d'imposition est égal à l'ensemble des montants dont chacun est l'un des montants suivants :

> « *a*) […]
>
> *b*) lorsque, au cours de l'année d'imposition, la société est associée à une autre société, le capital versé de cette autre société pour sa dernière année d'imposition terminée avant le début de l'année d'imposition de la société, ou, si cette autre société n'a pas une telle année d'imposition, son capital versé déterminé, en ne tenant pas compte du paragraphe *b*.1.2 de l'article 1137 de la LI, sur la base de ses états financiers au début de son premier exercice financier. »

Ainsi, en application du paragraphe b) du troisième alinéa de l'article 1137.0.0.2 L.I., le capital versé considéré pour le calcul de la déduction aux fins de l'année d'imposition 2006 sera donc de 4 M$. Tel que vous le mentionnez dans votre question, cette déduction est donc ramenée à zéro en raison de l'application de ce paragraphe.

Question B)

Le ministère des Finances prévoit-il modifier la *Loi sur les impôts* afin d'éviter cette situation, considérant que le capital versé du groupe corporatif est de seulement 2 M$?

Réponse du ministère des Finances

Les règles actuelles ont l'avantage d'être claires et toute modification dans le sens souhaité rendrait celles-ci inutilement complexes pour une situation exceptionnelle, compte tenu notamment du caractère non récurrent de la situation soumise.

Par ailleurs, cette situation résulte plus d'une absence de planification de la part du groupe corporatif que d'un problème mécanique dans la structure de la *Loi sur les impôts*.

Aussi, il s'agit d'un élément qu'un groupe corporatif doit prendre en considération dans le cadre d'une réorganisation.

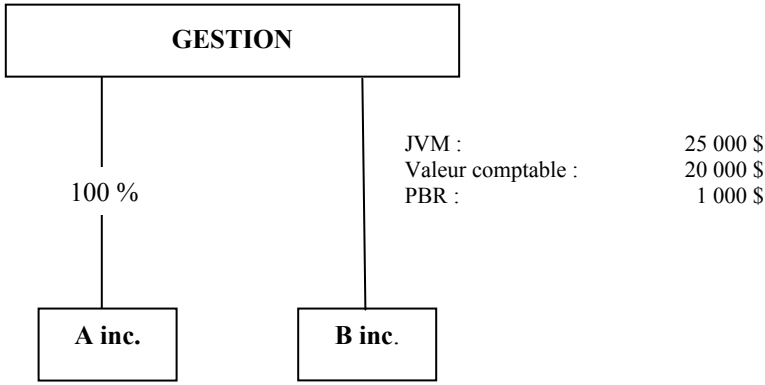
11. TAXE SUR LE CAPITAL

Le paragraphe 1138 1.1) L.I. prévoit que la valeur d'une action est réputée égale à son coût lorsque le montant inclus dans l'actif est moindre que le coût; de plus, dans ce cas, l'excédent de son coût sur ce montant doit être inclus dans le capital versé de la société s'il n'y est pas déjà inclus en vertu de l'article 1136 L.I.

La notion de coût n'étant pas définie dans la *Loi sur les impôts*, il semble que nous devons nous référer au sens commun du terme, à savoir le prix d'une chose, la somme que coûte une chose, la dépense engagée pour l'acquisition d'une chose.

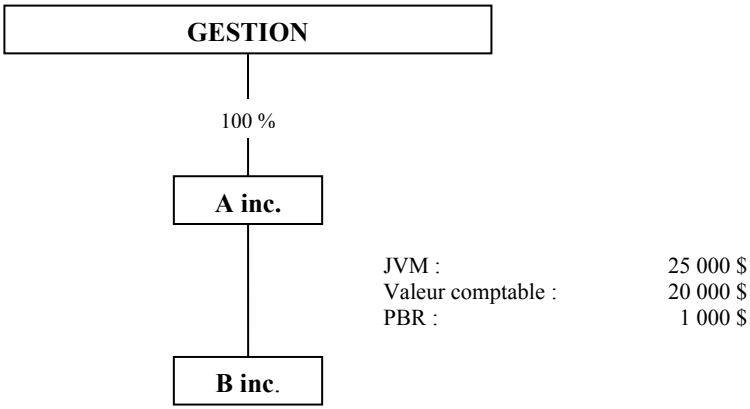
Notons qu'à des fins comptables, lorsqu'il y a transaction entre personnes apparentées, celle-ci est inscrite à la valeur comptable, indépendamment de la valeur du bien.

Nous avons la situation suivante :



Gestion cède à A inc. la totalité des actions de la société B inc. pour un prix de vente égal à la juste valeur marchande (JVM), soit 25 000 $. Le choix de roulement fiscal est effectué et le montant convenu a été fixé à 1 000 $.

À la suite de la cession, nous avons l'organigramme corporatif suivant :



En considérant que la valeur comptable est de 20 000 $, doit-il y avoir un redressement?

Réponse

Le terme « coût » mentionné au paragraphe 1138 1.1) L.I. vise le prix payé pour l'acquisition des actions, ce prix incluant les dépenses afférentes pour cette acquisition. Ainsi, dans le cadre d'un roulement fiscal, ce n'est pas le prix de base rajusté (PBR) qui est le coût mais plutôt le prix réellement payé par l'acheteur, incluant les dépenses afférentes pour cette acquisition.

Ainsi, dans l'exemple de A inc. décrit dans la question, le coût des actions aux fins du paragraphe 1138 1.1) L.I. est de 25 000 $, et la valeur des placements dans les actions, aux fins de la réduction du capital versé prévue au paragraphe 1138 1) L.I., est également de 25 000 $. La différence de 5 000 $ doit être incluse au capital versé.

12. IMPOSITION DU CRÉDIT DE TAXE SUR LE CAPITAL À L'ÉGARD DE CERTAINS TYPES D'INVESTISSEMENTS ADMISSIBLES

À la suite du dépôt du budget du 21 avril 2005[16], une société peut dorénavant bénéficier d'un crédit non remboursable de taxe sur le capital égal à 5 % du montant d'un investissement admissible, soit le matériel de fabrication et transformation (catégorie 43), jusqu'à concurrence de la taxe sur le capital payable pour l'année d'imposition donnée. Par ailleurs, lorsque la totalité ou une partie de ce crédit de taxe sur le capital excède la taxe sur le capital payable pour cette année d'imposition, l'excédent peut être reporté aux années d'imposition suivantes en diminution de la taxe sur le capital payable par ailleurs pour ces années.

Dans le *Manuel de l'ICCA*[17], il est prévu que toute subvention gouvernementale pour l'acquisition d'immobilisations, telle une exonération de taxe d'accise ou de vente, devrait réduire le coût de l'immobilisation en question. À ce propos, il semble que la méthode de réduction du coût des immobilisations pourrait être applicable au crédit non remboursable de taxe sur le capital pour les investissements admissibles.

---

16 QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2005-2006, Discours sur le budget et Renseignements additionnels sur les mesures du budget*, 21 avril 2005.

17 INSTITUT CANADIEN DES COMPTABLES AGRÉÉS, *Manuel de l'ICCA*, vol. I, Toronto, ICCA, par. 3800.27.

Sur le plan de l'impôt sur le revenu, nous demandons à Revenu Québec de confirmer que ce crédit constitue également un montant qui devrait être appliqué en réduction du coût des immobilisations (par opposition à une réduction de la dépense de taxe sur le capital).

Réponse

Le crédit de taxe sur le capital à l'égard d'investissements admissibles a pour effet de réduire la taxe sur le capital et, par le fait même, la dépense de taxe sur le capital admise en déduction dans le calcul du revenu de la société doit être réduite. En conséquence, il n'a pas pour effet de réduire le coût en capital du bien établi par ailleurs en vertu de l'article 101 L.I.

13. PRÊTS IMMIGRANTS INVESTISSEURS

Le 5 mai dernier, dans l'affaire *Les produits Fraco Limitée* c. *SMRQ*[18], la Cour du Québec s'est prononcée sur la question suivante relative à l'inclusion du montant d'un prêt immigrant investisseur dans le calcul du capital versé aux fins de la taxe sur le capital.

La question en litige est celle de déterminer si les prêts immigrants investisseurs totalisant 4,7 M$ mais dont la requérante n'a bénéficié que d'une infime partie, soit 232 000 $, doivent être inclus dans le calcul du capital versé aux fins du calcul de la taxe sur le capital[19].

Dans sa décision en faveur du contribuable, la juge Eliana Marengo a alors soutenu ce qui suit :

> « [...] et considérant que selon le paragraphe 35 du Manuel (de l'Institut canadien des comptables agréés) les actifs et les passifs financiers doivent être présentés sur la base du solde net après compensation, lorsque cela reflète les flux de trésorerie future que l'entreprise prévoit réaliser, comme dans le cas présent; considérant que le terme de cinq (5) ans des prêts, il est logique, conséquent, réaliste et nécessaire de tenir compte du résultat final et de la compensation avec laquelle toutes les parties étaient d'accord pour évaluer le capital versé; [...] considérant qu'appliquer le raisonnement de Revenu Québec pour la préparation des états financiers et le calcul du capital versé serait "count amount", j'utilise le terme anglais ou équivalent à fausser ou gonfler les

[18] C.Q. Montréal, n° 500-80-003466-043, 5 mai 2006, j. Marengo.

[19] *Id*., 3.

> états financiers, parce que la requérante n'a jamais eu accès à, ni l'utilisation du montant total des prêts [...][20]. »

Est-ce que Revenu Québec peut commenter cette décision?

Réponse

Revenu Québec est en désaccord avec cette décision puisqu'elle va à l'encontre de sa position et de celle rendue par la Cour du Québec dans la cause *Ani-Mat Inc*. c. *SMRQ*[21]. C'est pourquoi nous avons porté cette affaire en appel devant la Cour d'appel du Québec. Puisque cette décision est présentement en appel, nous nous abstiendrons de la commenter.

14. DÉLAI DE PRODUCTION DE LA DÉCLARATION DE REVENUS DES FIDUCIES

Selon le sous-paragraphe 1000 2)d) L.I., une fiducie doit transmettre au ministre du Revenu une déclaration de revenus dans les 90 jours suivant la fin de son année d'imposition. Pour ce qui est des fiducies non testamentaires, l'année d'imposition correspond à l'année civile, sauf exceptions prévues expressément dans la *Loi sur les impôts*. Par conséquent, celles-ci doivent toutes produire leur déclaration de revenus au plus tard au même moment, soit généralement le 31 mars.

Par ailleurs, une fiducie doit délivrer des Relevés 16 à ses bénéficiaires, y compris à un bénéficiaire qui est également une fiducie. Or, celle-ci reçoit souvent de la première fiducie, après le 31 mars, les relevés qu'elle doit joindre à sa propre déclaration de revenus.

En pratique, certaines fiducies produisent leur déclaration de revenus dans les délais prévus par la *Loi sur les impôts* et selon les informations disponibles au moment de la production afin d'éviter le paiement de pénalités, et une déclaration de revenus amendée à laquelle sont joints les Relevés 16 reçus de la première fiducie est produite par la suite.

Question A)

Est-ce que Revenu Québec est en accord avec cette façon de procéder?

---

[20] *Id*., 4-7.

[21] C.Q. Sherbrooke, n° 450-80-000177-039, 5 juillet 2005, j. Théroux.

Question B)

Dans l'affirmative, qu'en est-il des intérêts qui peuvent résulter de l'impôt additionnel payé après la date de production en raison du revenu déclaré sur la déclaration amendée?

Réponse

Selon l'article 1004 L.I., toute personne tenue de produire une déclaration fiscale doit, dans cette déclaration, estimer le montant de l'impôt payable. Par conséquent, si un contribuable n'a pas reçu les feuillets de renseignements dont il a besoin pour remplir sa déclaration de revenus au moment où il doit produire celle-ci, il doit estimer le montant de ses revenus et les inscrire dans sa déclaration.

Si la fiducie déclare des revenus et paie les impôts s'y rapportant à une date postérieure à celle où elle doit au plus tard produire sa déclaration de revenus et payer son solde d'impôt pour l'année, en l'occurrence à une date postérieure au 90e jour qui suit la fin de son année d'imposition, des intérêts débiteurs courront sur le solde impayé à compter de la fin de ce jour jusqu'à celui du paiement, et ce, conformément à l'article 1037 L.I.

Question C)

Est-ce que le ministère des Finances prévoit faire un changement à la législation à ce sujet, notamment afin de permettre un délai supplémentaire lorsqu'une fiducie est bénéficiaire d'une autre fiducie?

Réponse

En effet, la transmission par une fiducie de la déclaration de revenus des fiducies (TP-646) au ministre du Revenu doit avoir lieu dans les 90 jours de la fin de son année d'imposition. En ce qui concerne les différentes copies des Relevés 16 (RL-16), ceux-ci doivent être transmis au ministre du Revenu et aux bénéficiaires de la fiducie dans le même délai. Par ailleurs, les mêmes exigences se retrouvent dans la législation et la réglementation fiscales fédérales.

Ainsi, conformément aux préoccupations importantes pour le gouvernement et pour la communauté fiscale en ce qui a trait à la simplification de la fiscalité et de son administration, les règles et délais touchant entre autres la production des diverses déclarations de revenus ou de renseignements relatives aux fiducies ont été calquées sur ceux prévus

aux fins fédérales, le but recherché étant de favoriser l'efficacité d'application des régimes d'imposition des particuliers et des entreprises.

Conséquemment, en raison du degré d'harmonisation des mesures québécoises aux mesures fédérales correspondantes en ce qui a trait à la production de la déclaration de revenus des fiducies et des Relevés 16 et, de façon plus particulière, au délai pour transmettre ces formulaires au ministre du Revenu, aucun changement autonome à cet égard n'est envisagé par le ministère des Finances du Québec.

15. TRANSFERT D'ACOMPTES PROVISIONNELS EN TROP

Une société ou un particulier en affaires constate, au cours d'une année d'imposition, que les acomptes provisionnels versés à titre d'impôt sur le revenu excéderont largement l'impôt réel qui sera payable pour l'année. À titre d'exemple, cet événement peut aisément survenir à la suite de la perte inattendue d'un gros client ou encore à la suite de la faillite d'un client pour lequel des mauvaises créances importantes en découleront, réduisant ainsi de façon substantielle le revenu imposable de l'année.

Dans un tel cas, afin de maximiser immédiatement les flux monétaires pour la société ou le particulier en affaires, est-il possible de demander à Revenu Québec de transférer une partie ou la totalité des acomptes provisionnels d'impôt sur le revenu au compte de TVQ ou de RAS?

Le gouvernement fédéral a annoncé, dans son budget du 2 mai 2006[22], qu'il sera bientôt possible, pour les contribuables, de réaffecter des montants versés par une personne au titre de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[23], aux montants payables par cette personne en vertu de la *Loi sur la taxe d'accise*[24]. Comme au Québec l'administration de la TPS/TVH est confiée à Revenu Québec, sera-t-il possible pour les contribuables du Québec d'appliquer cette réaffectation de sommes entre les lois fiscales fédérales?

S'il n'est pas possible de transférer les montants versés d'un compte à un autre, il est à noter que Revenu Québec applique compensation lorsqu'il y

---

22 CANADA, ministère des Finances, *Le plan budgétaire de 2006*, 2 mai 2006, annexe 3.

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

24 L.R.C. (1985), c. E-15 et mod.

a demande de remboursement. Pourquoi n'y aurait-il pas un accommodement pour les contribuables?

Antérieurement, il était possible, pour les sociétés membres d'un groupe corporatif, de transférer entre elles le montant des acomptes provisionnels. Cette politique administrative a été abolie, pourquoi?

Réponse

Dans le budget fédéral du 2 mai 2006, il est proposé que l'ARC soit autorisée à réaffecter, à la demande d'une personne, les montants payés par la personne aux termes de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, aux montants payables par cette personne aux termes de la *Loi sur la taxe d'accise*.

Étant donné que l'administration de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne relève pas de Revenu Québec, il appartient à l'ARC de réaffecter les montants payés par la personne aux termes de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, aux montants payables par cette personne aux termes de la *Loi sur la taxe d'accise* et vice versa.

Par ailleurs, en ce qui concerne le transfert d'acomptes provisionnels d'impôt sur le revenu au compte de TVQ ou de RAS, le ministère des Finances a annoncé, dans son *Bulletin d'information* 2006-2[25], qu'il procède actuellement, en collaboration avec Revenu Québec, à l'analyse des mesures fédérales et que les décisions feront l'objet d'une annonce ultérieure.

Quant à la question relative à la politique administrative, l'article 1051 L.I. requiert qu'une déclaration fiscale ait été produite pour qu'un remboursement soit effectué. Aussi, il fallait tenir compte de la problématique de l'incessibilité des remboursements telle qu'elle est édictée par l'article 33 de la *Loi sur le ministère du Revenu*[26].

Par ailleurs, des modifications techniques sont envisagées à la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Ces nouvelles dispositions confèreront le pouvoir au ministre du Revenu du Canada de rembourser en partie ou en totalité des acomptes provisionnels versés par un contribuable avant que le montant d'impôt payable par ce contribuable pour l'année d'imposition ne soit établi

---

[25] QUÉBEC, ministère des Finances, *Bulletin d'information* 2006-2, « Harmonisation à certaines mesures du Budget fédéral du 2 mai 2006 et autres mesures fiscales », 29 juin 2006.

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

lorsque, notamment, le ministre sera convaincu que le versement de ces acomptes a porté ou portera indûment préjudice à ce contribuable.

Dans le cadre du Discours sur le budget du 11 mars 2003[27], le ministre des Finances a annoncé que la législation fiscale québécoise serait harmonisée à cette nouvelle mesure.

16. AFFAIRE *IN RE 111295 CANADA INC. : H.H. DAVIS & ASSOC. INC. C. BANQUE ROYALE DU CANADA*[28]

Le 7 août 2006, la Cour supérieure du Québec rendait jugement dans l'affaire *111295 Canada inc*. La question en litige sur laquelle s'est penchée la Cour était de déterminer, dans un contexte de faillite, si l'hypothèque de crédits d'impôt en faveur d'une institution financière lui conférait une préférence sur la perception de ceux-ci.

Le juge de la Cour supérieure a conclu que l'institution financière ne bénéficiait pas d'une telle préférence en ce qui concerne les crédits d'impôt du Québec suivant les dispositions législatives prévues dans la *Loi sur les impôts* et dans la *Loi sur le ministère du Revenu*. Au fédéral, compte tenu du libellé de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, l'institution financière obtenait gain de cause et, par conséquent, s'est vue confirmer son rang préférentiel.

À la lumière de ce jugement, les institutions financières se montreront certainement à l'avenir prudentes, voire réticentes, à financer les activités d'entités œuvrant dans les domaines tels que recherche scientifique et développement expérimental (ci-après « RS & DE »), films, biotechnologies, etc. Au surplus, à l'heure actuelle, il pourrait également être envisagé par les institutions financières de demander des garanties additionnelles afin de sécuriser davantage les prêts déjà consentis.

Ce jugement a une portée majeure en ce qu'il remet en question la possibilité pratique pour des sociétés de céder des crédits d'impôt (Québec) en garantie de leurs obligations et, par conséquent, il met en péril le financement nécessaire à la réalisation de leurs activités. En fait, ce jugement remet en cause l'utilité même et la raison d'être de l'article 1055.2 L.I., lequel avait été introduit afin de faciliter le financement des sociétés œuvrant

---

[27] QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2003-2004, Discours sur le budget et Renseignements additionnels sur les mesures fiscales*, 11 mars 2003.

[28] C.S. Montréal, n° 500-11-025249-059, 7 août 2006, j. Silcoff (ci-après « *111295 Canada inc*. »).

dans certaines sphères d'activités, dont la possibilité de financement est un élément essentiel et crucial à la viabilité de celles-ci.

Compte tenu de cette problématique et des répercussions importantes de ce jugement, le ministère des Finances entend-il apporter les correctifs nécessaires à la *Loi sur les impôts* ou à la *Loi sur le ministère du Revenu* afin de rectifier cette situation? Dans l'affirmative, et compte tenu de l'incertitude importante suscitée relativement aux situations passées, présentes et futures, cette modification législative aura-t-elle un effet déclaratoire, c'est-à-dire un effet rétroactif à la date d'entrée en vigueur de l'article 1055.2 L.I.?

Réponse du ministère des Finances

La mesure relative à la cession des remboursements d'impôt, annoncée à l'occasion du Discours sur le budget du 9 mars 1999[29], vise à faciliter l'accès des sociétés au financement.

Cette mesure étant une mesure d'harmonisation à la législation fédérale, son application devrait avoir les mêmes effets que cette dernière.

Dans ce contexte, une analyse des répercussions de ce jugement est présentement en cours et, le cas échéant, une précision sera apportée à la législation fiscale québécoise.

Par ailleurs, l'application déclaratoire d'une éventuelle modification sera considérée.

17. SOCIÉTÉ LIQUIDÉE EN FAVEUR DE SES ACTIONNAIRES (DES PARTICULIERS) EN AOÛT 2004

Le dernier rapport financier fait état d'un bilan à zéro. La dissolution a pris effet le 6 décembre 2005. En pratique, Revenu Québec acceptait, jusqu'à tout récemment, une note manuscrite expliquant que la société n'a eu aucune activité entre août 2004 et décembre 2005, pour autant que le dernier bilan ait été à zéro. Maintenant, il n'y a plus d'autres choix. Nous devons produire deux déclarations de revenus à zéro.

Est-il possible d'alléger cette obligation?

---

[29] QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 1999-2000, Discours sur le budget et Renseignements supplémentaires sur les mesures budgétaires*, 9 mars 1999.

Réponse

L'article 1000 L.I. a pour but de statuer sur l'obligation de produire une déclaration fiscale et il prévoit ce qui suit :

> « Une déclaration fiscale contenant les renseignements prescrits doit être transmise au ministre, au moyen du formulaire prescrit, sans avis ou mise en demeure, pour chaque année d'imposition dans le cas d'une société, autre qu'une société qui, tout au long de l'année, était un organisme de bienfaisance enregistré […]. »

L'année d'imposition pour une société[30] correspond à son exercice financier[31], soit la période pour laquelle les comptes de la société à l'égard de l'entreprise ou du bien sont arrêtés pour l'établissement d'une cotisation en vertu de la Partie I L.I. Par ailleurs, la société n'est soumise à cette obligation que si elle est assujettie à la *Loi sur les impôts*. L'article 22 L.I. prévoit que la société ayant un établissement au Québec à un moment quelconque d'une année d'imposition doit payer un impôt sur son revenu imposable pour cette année d'imposition. La notion d'établissement est définie au chapitre III du titre II du livre I L.I. Elle comprend de façon générale un lieu fixe, ou l'endroit principal, où la société exerce son entreprise.

Dans le contexte de ces dispositions législatives, la liquidation des actifs d'une société n'emporte pas en soi la dissolution de cette dernière et, par le fait même, l'inexistence d'un établissement au Québec pendant l'année ou les années d'imposition qui précèdent sa dissolution. Pendant la période qui précède la dissolution, Revenu Québec doit donc s'assurer que la société n'est pas assujettie à l'impôt lorsque survient la fin habituelle de son année d'imposition. La production d'une déclaration de revenus à zéro pourrait être remplacée par une déclaration de la société selon laquelle, au cours de l'année d'imposition terminée, elle n'était pas assujettie. Cependant, Revenu Québec se réserve le droit de demander la production formelle d'une déclaration de revenus suivant l'article 1001 L.I. ou l'article 39 L.M.R.

---

30 Art. 1 « année d'imposition » L.I.

31 Art. 7 L.I. L'article 7.0.2 L.I. prévoit que l'exercice financier subséquent est réputé commencer immédiatement après le moment donné où se termine l'exercice financier en cours. De plus, l'article 7.0.6 L.I. exige l'assentiment du ministre lorsqu'un changement au moment où se termine un exercice financier est apporté.

18. AJOUT D'UN BÉNÉFICIAIRE À UN ACTE DE FIDUCIE

Question A)

Est-ce que l'ajout d'un bénéficiaire à un acte de fiducie complètement discrétionnaire entraîne la disposition d'un intérêt dans la participation de cette fiducie par les autres bénéficiaires initiaux?

Réponse

Dans un contexte de lien de dépendance, lorsque l'ajout d'un bénéficiaire à une fiducie discrétionnaire entraîne une diminution de la valeur de la participation des bénéficiaires initiaux **en faveur** du nouveau bénéficiaire, il y a aliénation, au sens de l'article 248 L.I., par les bénéficiaires initiaux d'un intérêt dans leur participation dans la fiducie.

Cependant, ce n'est qu'après analyse des faits propres à chaque situation que l'on peut être en mesure de déterminer s'il y a aliénation par les bénéficiaires initiaux **en faveur** du nouveau bénéficiaire.

Généralement, l'ajout d'un nouveau bénéficiaire n'entraînera pas une telle aliénation lorsque les faits démontrent que les bénéficiaires initiaux sont étrangers à la décision qui a conduit à l'ajout du bénéficiaire.

Question B)

La réponse à la question précédente est-elle la même si l'acte de fiducie en question permet aux fiduciaires l'ajout de nouveaux bénéficiaires à l'acte de fiducie?

Réponse

La réponse fournie à la question demeure la même dans le cas où l'acte de fiducie permet aux fiduciaires de désigner des bénéficiaires additionnels.

19. FRAIS DE SCOLARITÉ, INTÉRÊTS SUR PRÊTS ÉTUDIANTS ET SOLDE D'IMPÔT MINIMUM DE REMPLACEMENT POUR UN PARTICULIER PARTI VIVRE DANS UNE AUTRE PROVINCE

Un particulier a accumulé des crédits inutilisés au Québec au titre de ses frais de scolarité, de ses intérêts sur prêts étudiants et de ses dons de charité. Il a aussi un solde d'impôt minimum de remplacement (ci-après « IMR ») à reporter aux fins de l'impôt du Québec ainsi qu'un solde de pertes autres

qu'en capital différent du solde fédéral. Le particulier quitte le Québec pour aller vivre dans une autre province canadienne pour un certain nombre d'années avec une possibilité qu'il revienne éventuellement au Québec.

Qu'arrive-t-il des soldes au titre des crédits d'impôt inutilisés au Québec (lesquels soldes sont différents de ceux au fédéral)?

Qu'arrive-t-il du solde d'IMR à reporter (qui n'existe qu'au Québec car le particulier n'a aucun solde à ce titre au fédéral)?

Qu'arrive-t-il au solde de pertes autres qu'en capital au Québec, lequel est nettement différent du solde existant au fédéral?

Réponse de Revenu Québec

La *Loi sur les impôts* ne comporte pas de dispositions précises sur l'utilisation de certains crédits ou soldes reportables pour tenir compte du fait qu'un particulier cesse de résider au Québec au profit d'une autre juridiction provinciale ou territoriale au Canada et, par le fait même, n'est plus assujetti à la *Loi sur les impôts*. Donc, le particulier ne peut pas utiliser autrement que de la façon qu'il est prévu, dans sa dernière année où il est assujetti à la *Loi sur les impôts*, un crédit inutilisé au titre de ses frais de scolarité ou de ses intérêts sur un prêt étudiant. Il en est de même pour un solde d'IMR à reporter ou de pertes autres qu'en capital.

Cependant, dans l'éventualité où ce même particulier serait de nouveau assujetti à la *Loi sur les impôts* dans une année d'imposition ultérieure, il pourrait réclamer ces crédits ou ces soldes sous certaines conditions ou en tenant compte de certaines restrictions.

Aux fins du calcul du crédit d'impôt pour intérêts payés sur un prêt étudiant pour une année d'imposition, le deuxième alinéa de l'article 752.0.18.15 L.I. précise que le montant d'intérêt payé sur un tel prêt étudiant par le particulier dans une année d'imposition antérieure ne peut être pris en considération s'il a été pris en compte dans le calcul d'un montant déduit en vertu de l'article 118.62 L.I.R. alors que le particulier n'était pas assujetti à la *Loi sur les impôts* pour cette année antérieure. Le calcul du crédit pour dons comporte une restriction semblable, laquelle est prévue au paragraphe 752.0.10.2b) L.I.

Quant à l'IMR, l'article 752.12 L.I. établit le montant qu'un particulier peut déduire du montant qui représenterait son impôt autrement à payer en vertu de la Partie I L.I. Les dispositions pertinentes de la *Loi sur les impôts*

ne comportent pas de règles particulières lorsqu'un particulier est de nouveau assujetti à celle-ci. Aussi, un particulier qui est de nouveau assujetti à la *Loi sur les impôts* pourra déduire un montant selon les règles prévues à l'article 752.12 L.I., notamment en respectant la période de report maximale de sept ans.

Pour ce qui est de la perte autre qu'une perte en capital, l'article 694 L.I. limite le report de perte prospectif dans une année d'imposition lorsqu'une déduction a été accordée à un contribuable en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* dans le calcul de son revenu imposable pour une année d'imposition antérieure à l'égard de laquelle il n'était pas assujetti à l'impôt prévu par la Partie I L.I. Par conséquent, si le particulier a réclamé dans une année d'imposition à l'égard de laquelle il n'était pas assujetti à la *Loi sur les impôts* un montant à titre de perte autre qu'une perte en capital dans le calcul de son revenu imposable fédéral, ce montant est réputé avoir été aussi accordé aux fins de la fiscalité québécoise.

20. ENTREPRISES DE SERVICES SPÉCIALISÉES DANS LA GESTION ET LE TRAITEMENT DE LA PAIE ET RESPONSABILITÉ EN VERTU DE L'ARTICLE 24.0.3 L.M.R.

Plusieurs cabinets de comptables offrent des services de gestion et de traitement de la paie pour leurs clients sans toutefois avoir un contrôle direct sur des sommes d'argent. Ainsi, à titre d'exemple, de tels cabinets vont calculer le montant de la paie brute et nette de chacun des employés d'une entreprise et les RAS devant être effectuées dans chaque cas. Par la suite, de tels cabinets vont préparer les sommaires pour les remises gouvernementales à effectuer et certains cabinets vont même jusqu'à transférer cette information de façon électronique à l'institution financière du client (avec l'autorisation du client évidemment). L'institution financière s'occupera alors de faire les remises aux autorités fiscales en débitant le compte de banque de l'entreprise sur la base des informations précises soumises par les comptables externes du client.

Dans cet exemple, le cabinet de comptables n'a jamais eu un contrôle direct quelconque sur des sommes d'argent au titre de la paie ou des retenues gouvernementales. Cependant, l'article 24.0.3 L.M.R. prévoit notamment une responsabilité solidaire pour « [q]uiconque a le pouvoir d'autoriser […] ou de faire en sorte qu'il soit effectué » (notre soulignement), pour une personne, le paiement d'un montant assujetti à une RAS prévue à l'article 1015 L.I.

Revenu Québec peut-il confirmer que le fait pour le cabinet de comptables de transférer l'information précise à l'institution financière, de façon électronique ou autrement, et ainsi faire en sorte que le paiement des retenues aux autorités fiscales soit effectué, n'entraîne pas la responsabilité solidaire du cabinet de comptables à l'égard de tout défaut de remises par son client?

Réponse

L'article 24.0.3 L.M.R. est entré en vigueur en 1997 et prévoit ceci :

> « 24.0.3. Quiconque a le pouvoir d'autoriser, pour une personne, le paiement d'un montant assujetti à une retenue à la source prévue à l'article 1015 de la Loi sur les impôts ou de faire en sorte qu'il soit effectué et qui consent ou fait en sorte que ce montant soit versé, alloué, conféré ou payé par cette personne ou pour son compte, est tenu, solidairement avec cette dernière, aux mêmes obligations que celle-ci relativement aux sommes devant être déduites ou retenues de ce montant en vertu de la Loi sur les impôts, de la Loi sur le régime de rentes du Québec (chapitre R-9) et de la Loi sur l'assurance parentale (2001, chapitre 9). »

Cet article reprend la notion de responsabilité solidaire en matière de RAS qui était autrefois prévue à l'article 1015.1 L.I., et ce, à l'égard des fiduciaires.

L'article 24.0.3 L.M.R. étend la responsabilité solidaire à quiconque a le pouvoir **d'autoriser**, pour une personne, le paiement d'un montant assujetti à une RAS ou **de faire en sorte qu'il soit effectué et qui consent ou fait en sorte que ce paiement soit effectué** par cette personne ou pour son compte.

Dans le cas soumis, le cabinet de comptables ne semble pas avoir le pouvoir d'autoriser le paiement ni de faire en sorte qu'il soit effectué. Son mandat se limiterait plutôt à effectuer les calculs nécessaires et à transmettre l'information à l'institution financière, laquelle se chargera par la suite d'effectuer les remises.

Dans pareille situation, ce cabinet ne devrait pas être assujetti à l'article 24.0.3 L.M.R.

21. CHOIX TARDIFS ET ARTICLE 21.4.2 L.I.

À la suite des modifications proposées à l'article 600 du *Règlement de l'impôt sur le revenu*[32], le choix prévu au paragraphe 256(9) L.I.R. fait maintenant partie des choix tardifs possibles. Il semble toutefois que l'article 1056.4R1 du *Règlement sur les impôts*[33] ne permette pas que le choix prévu à l'article 21.4.2 L.I. soit effectué tardivement.

Est-ce que Revenu Québec peut confirmer ou infirmer cette interprétation?

Dans le cas où le choix prévu à l'article 21.4.2 L.I. ne peut pas être effectué tardivement, est-ce que Revenu Québec peut nous indiquer si le *Règlement sur les impôts* sera modifié pour permettre un tel choix tardif ou s'il adoptera une position administrative pour reconnaître le choix du paragraphe 256(9) L.I.R. produit tardivement, de façon à faire correspondre la fin d'année d'imposition provinciale à la fin d'année d'imposition fédérale?

Réponse

L'article 1056.4R1 R.I. sera prochainement modifié afin d'ajouter à la liste des choix prescrits le choix prévu à l'article 21.4.2 L.I. Cette modification s'harmonise avec la modification réglementaire fédérale et a donc effet depuis le 18 mai 2005.

22. ACCÈS À L'INFORMATION FISCALE D'UNE SOCIÉTÉ EN FAILLITE

Lorsqu'une société fait faillite, les autorités fiscales peuvent tenir personnellement responsable des administrateurs et les cotiser des sommes (RAS, TPS, TVQ) qui n'ont pu être récupérées à même la société en vertu de l'article 24.0.1 L.M.R. Les sommes en question peuvent être substantielles et représenter un lourd fardeau pour les administrateurs. Ceux-ci ne peuvent toutefois pas avoir accès au dossier fiscal de la société pour préparer une opposition puisque ce ne sont pas des « personnes autorisées » à obtenir copie de ces documents. Il est surprenant qu'ils puissent être cotisés pour des obligations de tiers alors qu'ils ne peuvent avoir accès au dossier fiscal de la

---

32 C.R.C., 1978, 945 et mod.

33 R.R.Q., 1981, c. I-3, r.1 et mod. (ci-après « R.I. »).

société pour préparer leur défense. Au fédéral, les administrateurs ont accès au dossier de la société.

Afin de rectifier cette situation problématique lorsque des administrateurs sont impliqués, nous vous demandons s'il serait possible d'apporter les modifications nécessaires au paragraphe 69.0.0.4b) L.M.R. afin d'ajouter les administrateurs d'une société à la liste des personnes autorisées à obtenir l'information fiscale de la société.

Réponse

Il convient de préciser en premier lieu que le but visé par l'article 69.0.0.4 L.M.R. est de permettre la communication de renseignements à un représentant d'un contribuable pour traiter du dossier fiscal de ce contribuable. Or, cette disposition ne peut trouver application dans le cas d'espèce puisque l'administrateur tenu au paiement de la dette fiscale de la société en vertu de l'article 24.0.1 L.M.R., qui demande d'avoir accès au dossier fiscal de cette dernière, agit dans le cadre du traitement de son propre dossier fiscal, et non de celui de la société. Quoi qu'il en soit, il faut comprendre que l'administrateur cotisé en vertu de l'article 24.0.1 L.M.R. ne peut légalement exiger d'avoir accès à l'ensemble du dossier fiscal de la société.

Conformément à l'article 69.0.0.3 L.M.R.[34], l'administrateur tenu au paiement de la dette fiscale de la société ne peut en effet avoir accès qu'à certains renseignements provenant du dossier fiscal de cette dernière et qui ont été utilisés pour son propre dossier fiscal. À cet égard, seuls les renseignements ayant servi à établir la cotisation de l'administrateur pourront lui être communiqués puisqu'une telle communication est

---

[34] Cette disposition se lit comme suit :

> « 69.0.0.3 Malgré l'article 88 de la Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels (chapitre A-2.1), le ministre doit refuser de donner communication à une personne d'un renseignement contenu dans son dossier fiscal lorsqu'il est raisonnable de considérer que sa divulgation révélerait un renseignement concernant une autre personne ou l'existence d'un tel renseignement, à moins que cette dernière n'y consente ou que le renseignement ne soit nécessaire à l'application ou à l'exécution, à l'égard de la personne, d'une loi fiscale ou d'une loi, d'un chapitre ou d'un programme prévu au paragraphe *b* du premier alinéa de l'article 69.0.0.7. »

nécessaire pour permettre l'application ou l'exécution d'une loi fiscale à l'égard de cet administrateur.

En conséquence, il n'y a donc pas lieu de modifier l'article 69.0.0.4 L.M.R. comme le demande l'APFF.

En terminant, il convient de souligner que la Direction centrale de l'accès à l'information et de la protection des renseignements personnels applique l'article 69.0.0.3 L.M.R. dans ce sens. Elle donnera, le cas échéant, des instructions aux unités opérationnelles pour s'assurer que les pratiques respectent le droit des administrateurs, en tant que contribuables, d'accéder aux renseignements qui ont servi à établir la cotisation à leur égard, bien qu'ils concernent la société, tout en respectant le droit au secret de celle-ci à l'égard des renseignements qui ne sont pas pertinents à cette cotisation.

23. DÉPENSES DE REPAS ET EMPLOYÉS À COMMISSION

Le *Bulletin d'interprétation* IMP. 65-1/R1[35] précise que lorsqu'un particulier (par exemple, un employé à commission) doit prendre un repas avec un client de l'employeur, le coût du repas pris par le client est admissible en déduction à titre de frais de représentation si les conditions prévues à l'article 62 L.I. sont respectées. En ce qui concerne le coût du repas pris par le particulier lui-même (c'est-à-dire l'employé à commission), cette dépense sera déductible seulement si les conditions prévues aux articles 62 et 63 L.I. sont remplies et si, en plus, ce repas est pris dans une période pendant laquelle ses fonctions l'obligent à être absent pendant au moins 12 heures de la municipalité ou, le cas échéant, de la région métropolitaine dans laquelle est situé l'établissement de l'employeur où il se présente habituellement pour son travail.

C'est donc dire qu'un employé à commission qui engagerait des frais de repas dans le cadre d'une activité de représentation ne pourrait déduire **sa portion** du repas à moins que cet employé engage cette dépense pendant une période où il doit être absent pendant plus de 12 heures de son lieu de travail habituel. Dans un tel cas, l'employé à commission pourrait déduire seulement la portion du repas du client, et ce, à 50 % tel qu'il est édicté à l'article 421.1 L.I.

Quelle est l'interprétation de Revenu Québec relativement à des frais de repas pour un employé à commission qui invite un client?

---

[35] REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP. 65-1/R1, « Dépenses de repas », 31 mai 1995.

Réponse

Nous comprenons que la question concerne la déductibilité d'une dépense engagée pour un repas pris en compagnie d'un client par un employé rémunéré entièrement ou partiellement par des commissions ou d'autres montants semblables déterminés en fonction des ventes effectuées ou des contrats négociés.

Une déduction est permise dans le calcul du revenu de l'employé à l'égard de la dépense engagée pour le repas du client dans la mesure où les conditions prévues à l'article 62 L.I. sont respectées et sous réserve des restrictions et des limites prévues à cet article. Par ailleurs, l'article 421.1 L.I. limite, sous réserve des exceptions prévues à l'article 421.2 L.I., le montant de la déduction permise à l'article 62 L.I. à 50 % du moindre du montant payé ou à payer à l'égard du repas du client et du montant qui, à l'égard du repas du client, serait raisonnable dans les circonstances.

Toutefois, à l'égard de la dépense engagée pour le repas de l'employé, l'article 65 L.I. requiert, pour que le montant dépensé pour son repas soit déductible en vertu de l'article 62 L.I., que le repas soit pris dans une période pendant laquelle ses fonctions l'obligent à être absent pendant au moins 12 heures du territoire municipal local ou, le cas échéant, de la région métropolitaine où est situé l'établissement de l'employeur où il se présente habituellement pour son travail. Encore une fois, l'article 421.1 L.I. limite, sous réserve des exceptions prévues à l'article 421.2 L.I., le montant de la déduction permise à l'article 62 L.I. à 50 % du moindre du montant payé ou à payer à l'égard du repas de l'employé et du montant qui, à l'égard du repas de l'employé, serait raisonnable dans les circonstances.

La règle de l'effort fiscal prévue à l'article 62.0.1 L.I. a été abrogée[36] à compter de l'année d'imposition 2006 de concordance avec l'instauration, à compter de la même année d'imposition, de la nouvelle déduction de 500 $ pour les travailleurs.

Cette position de Revenu Québec est une pure application du texte de loi et nos recherches démontrent que l'ARC a publié, à plusieurs reprises dans le passé, des interprétations techniques similaires, c'est-à-dire selon lesquelles la dépense engagée par un employé rémunéré à commission pour son propre repas lors d'un dîner avec un client n'est pas déductible lorsque les fonctions de l'employé ne l'obligeaient pas à être absent, durant une

[36] L.Q. 2005, c. 38, a. 57.

période d'au moins 12 heures, de la région métropolitaine où est situé l'établissement de l'employeur où il se présentait habituellement pour son travail.

24. DATE DE PRODUCTION D'UNE DÉCLARATION DE REVENUS ET DATE DE PAIEMENT

L'article 52 de la *Loi d'interprétation*[37] prévoit les règles applicables lorsque le délai fixé pour la production d'un document ou le paiement d'un montant expire un jour férié : le délai est prolongé jusqu'au jour non férié suivant. Cette loi est toutefois silencieuse lorsque le délai expire un samedi ou un jour férié reporté comme ce fut le cas lors du 30 juin 2006, date à laquelle le congé férié du 1er juillet a été reporté.

Lorsque cette situation survient, est-ce que Revenu Québec peut dire quand expire le délai :

a) de production d'une déclaration de revenus ou de tout autre formulaire;

b) de paiement d'un solde d'impôt, des acomptes provisionnels, des RAS ou des paiements de TPS/TVQ;

tout en précisant ce que signifie être reçu par Revenu Québec (par exemple, date estampillée par Postes Canada, par une banque ou par Revenu Québec).

Réponse

Aux termes de l'article 52 de la *Loi d'interprétation*, lorsque le délai fixé pour l'accomplissement d'une chose expire un jour férié, ce délai est prolongé jusqu'au jour non férié suivant. Le samedi n'est pas un jour férié, tel qu'il est défini au paragraphe 61 23) de la *Loi d'interprétation*.

En conséquence, selon la *Loi d'interprétation*, la production d'une déclaration de revenus ou d'un formulaire prescrit expirant un jour férié peut être effectuée le jour non férié suivant, sans qu'une pénalité pour production tardive ne soit appliquée.

Par ailleurs, l'article 36 L.M.R. confère au ministre le pouvoir discrétionnaire de proroger le délai fixé en vertu d'une loi fiscale pour produire une déclaration ou un rapport ou pour fournir un renseignement,

[37] L.R.Q., c. I-16 et mod.

notamment lorsque ce délai expire un samedi, jour non férié. C'est ainsi que Revenu Québec a informé les entreprises qu'elles bénéficiaient d'un délai additionnel pour transmettre les déclarations qu'elles devaient produire au plus tard le 30 juin 2006. En effet, en raison de la fête du Canada, les entreprises avaient jusqu'au mardi 4 juillet 2006, 23 h 59, pour s'acquitter de leurs obligations.

Le paiement d'un solde d'impôt, d'acomptes provisionnels, de RAS ou de taxes à la consommation échéant un jour férié peut être effectué, selon la *Loi d'interprétation*, le jour non férié suivant, sans qu'un intérêt sur solde ne soit calculé. Cependant, le paiement venant à échéance un samedi doit être effectué au plus tard ce samedi, sauf un paiement pour la remise hebdomadaire de RAS, lequel peut être effectué le jour non férié suivant.

En effet, aux termes de l'article 1015R14.3 R.I., le samedi est assimilé à un jour férié, mais uniquement pour la remise hebdomadaire des RAS que doit effectuer un employeur.

Enfin, l'article 27.1 L.M.R. prévoit que tout montant ou effet de commerce remis au ministre dans le but d'effectuer un paiement prévu par une loi fiscale ou un règlement adopté en vertu d'une telle loi est présumé avoir été reçu par le ministre à la date estampillée par un fonctionnaire de Revenu Québec sur le formulaire relatif à ce paiement. Il en est de même de tout montant ou effet de commerce remis à une institution financière qui est présumé avoir été reçu par le ministre à la date de cette remise.

25. DOSSIERS DE TPS ET DE TVQ QUI SE RETROUVENT DEVANT LES TRIBUNAUX

Lorsqu'un mandataire est cotisé à l'égard d'une question semblable en TPS et en TVQ et lorsque les avis d'opposition qu'il a déposés sont rejetés, le mandataire qui souhaite poursuivre sa contestation doit déposer un avis d'appel distinct devant la Cour canadienne de l'impôt en ce qui concerne la TPS et devant la Cour du Québec (chambre civile) en ce qui a trait à la TVQ.

Pour ce qui est de la Cour canadienne de l'impôt, sauf si une demande formelle est faite par les parties, les appels en matière de TPS peuvent être entendus selon la procédure informelle, qui a l'avantage d'offrir une procédure simple et très rapide.

Dans les faits, la plupart des dossiers de TPS sont plaidés selon la procédure informelle de la Cour canadienne de l'impôt et, compte tenu de la rapidité d'exécution de cette juridiction, l'audition informelle en matière de

TPS a lieu bien avant qu'une audition puisse être convoquée dans le dossier provincial devant la Cour du Québec.

Lorsque le contribuable a gain de cause selon la procédure informelle de la Cour canadienne de l'impôt et dans la mesure où cette décision ne fait pas l'objet d'une révision judiciaire, Revenu Québec est-il disposé à s'engager à consentir à jugement similaire dans le dossier devant la Cour du Québec ou le contribuable s'expose-t-il au risque que Revenu Québec puisse le forcer à plaider sa cause (et à engager des frais légaux) une deuxième fois devant la Cour du Québec, même si les questions en litige sont exactement les mêmes?

Réponse

En général, lorsqu'un mandataire a eu gain de cause en Cour canadienne de l'impôt, que ce soit en procédure informelle ou en procédure générale, et dans la mesure où les dossiers sont similaires ou identiques, le bureau du contentieux recommande aux autorités de Revenu Québec de régler le dossier en Cour du Québec sur les mêmes bases que la décision rendue par la Cour canadienne de l'impôt.

Revenu Québec n'est toutefois pas lié par le jugement final d'un tribunal de juridiction fédérale et ses autorités jugent opportun de maintenir, pour chaque cas, le processus d'évaluation des suites à donner au dossier devant la Cour du Québec et de préciser à cet égard le mandat dévolu au bureau du contentieux.

26. DIVULGATIONS VOLONTAIRES

À la suite de la question 17 posée l'année dernière[38], nous souhaiterions une mise à jour des mêmes statistiques pour l'exercice 2005-2006 au complet et pour la période du 1er avril au 31 août 2006.

De même, l'année dernière, l'APFF demandait de fournir, pour les périodes 2002-2003, 2003-2004, 2004-2005 et du 1er avril au 31 août 2005, des statistiques détaillées, séparant l'information en deux grandes catégories, soit les dossiers de rapatriement de fonds de l'étranger et les autres dossiers.

---

38 « Table ronde sur la fiscalité provinciale », dans *Congrès 2005*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2006, pp. 58:1-64, question 17., à la page 58:31.

Au congrès de l'année dernière, Revenu Québec informait l'APFF que des statistiques spécifiques pour les dossiers de rapatriement de fonds de l'étranger n'étaient pas disponibles.

Nous comprenons maintenant que ces statistiques sont disponibles et nous demandons donc à Revenu Québec de nous les fournir pour les périodes 2002-2003, 2003-2004, 2004-2005, 2005-2006 et du 1er avril au 31 août 2006.

Réponse

Pour 2005-2006, Revenu Québec a fermé 462 dossiers de divulgations volontaires avec des cotisations de droits totalisant 28 400 375 $ selon les lois provinciales et 219 dossiers avec des cotisations de droits pour une somme de 6 145 124 $ en TPS.

Pour la période du 1er avril au 31 juillet 2006, Revenu Québec a fermé 162 dossiers de divulgations volontaires avec des cotisations de droits totalisant 6 687 131 $ selon les lois provinciales et 66 dossiers avec des cotisations de droits pour une somme de 4 423 574 $ en TPS.

Les banques de données informatiques ne sont pas suffisamment détaillées pour nous permettre de distinguer les résultats des dossiers de rapatriement de fonds de l'étranger des autres dossiers. Par contre, les rajustements actuellement en cours de réalisation au système d'information de gestion permettront cette répartition pour les résultats de l'exercice 2006-2007.

27. PROJETS DE LOI

L'an dernier, à la table ronde de l'APFF[39], vous avez accepté de fournir aux contribuables concernés par les lois fiscales, les notes explicatives des projets de loi qui étaient par ailleurs accessibles pour les membres de la Commission des finances publiques. Cependant, nous avons constaté que ces documents sont disponibles seulement lorsqu'un projet de loi est sanctionné. Outre l'information mentionnée au début d'un projet de loi qui indique sommairement les grandes lignes des modifications proposées, il est extrêmement difficile et complexe de naviguer dans ces documents. En effet, il n'existe aucune table des matières détaillant les articles et les sections

[39] *Id*., 58:32.

modifiés et les notes explicatives ne sont disponibles qu'une fois le projet de loi sanctionné.

a) Est-ce que le ministère du Revenu peut accompagner ses projets de loi d'une table des matières semblables à celle fournie par le ministère des Finances fédéral, c'est-à-dire comprenant le numéro de l'article du projet de loi, le numéro de l'article modifié par le projet de loi ainsi que le titre de ce dernier article?

b) De plus, afin d'être en mesure d'appliquer les modifications proposées de même que pour nous aider à analyser et commenter les projets de loi dès leur dépôt, serait-il possible que les notes explicatives soient publiées en même temps que le projet de loi comme le fait le ministère du Revenu fédéral?

Réponse

a) Le ministère du Revenu est saisi d'une telle demande pour la première fois. *A priori*, ce développement nous semble possible. Il doit cependant en être convenu avec nos différents partenaires gouvernementaux. Sous cette réserve, et dans la mesure où ce besoin nous est confirmé, nous pourrions procéder à un tel développement.

b) En ce qui concerne la publication des notes techniques accompagnant un projet de loi avant la sanction, cela nous apparaît difficilement réalisable étant donné les priorités assignées aux légistes qui doivent avant tout servir l'Assemblée nationale et la Commission des finances publiques. Dans le cadre du processus actuel, les notes techniques détaillées sont révisées après la sanction du projet de loi pour les ajuster en fonction des motions d'amendement adoptées.

28. ACTIF TOTAL DANS LA FORMULE DU TAUX DE CRÉDIT POUR RECHERCHE SCIENTIFIQUE ET DÉVELOPPEMENT EXPÉRIMENTAL PROVINCIAL

Le taux du crédit d'impôt provincial pour la RS & DE peut être bonifié dans le cas de PME québécoises contrôlées par des résidents du Québec. Cette bonification peut être réduite si la société montre un actif, à la fin de son exercice précédent, supérieur à 25 M$.

Voici un extrait de l'article 1029.7.2 L.I. qui nous dirige dans la façon de calculer le total de l'actif :

> « Lorsque le contribuable visé à l'article 1029.7 est une société qui a été, pendant toute l'année d'imposition visée à cet article, une société qui n'est pas contrôlée, directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit, par une ou plusieurs personnes ne résidant pas au Canada et que son actif montré à ses états financiers soumis aux actionnaires ou, lorsque de tels états financiers soit n'ont pas été préparés, soit n'ont pas été préparés conformément aux principes comptables généralement reconnus, qui y serait montré si de tels états financiers avaient été préparés conformément aux principes comptables généralement reconnus, pour son année d'imposition précédente ou, lorsque la société en est à son premier exercice financier, au début de son premier exercice financier, était inférieur à 50 000 000 $, le pourcentage de 17,5 % mentionné à cet article doit être remplacé par le pourcentage déterminé selon la formule suivante, dans la mesure où il est appliqué à l'ensemble visé au premier alinéa de cet article 1029.7 qui n'excède pas la limite de dépense de la société pour l'année :
>
> 37,5 % − {[(A − 25 000 000 $) × 20 %] / 25 000 000 $}.
>
> Description de la formule. — Dans la formule prévue au premier alinéa, la lettre A représente le plus élevé de 25 000 000 $ et de l'actif de la société déterminé de la manière prévue à la présente section. » (Notre soulignement)

Dans le cas où une entreprise personnelle était incorporée le 1er janvier 2006, nous comprenons que l'actif total aux fins du calcul du crédit d'impôt de RS & DE au 31 décembre 2006 serait celui montré au bilan d'ouverture.

Prenons pour exemple que le 1er janvier 2006, l'actionnaire a souscrit à 100 actions ordinaires pour 100 $. Le bilan d'ouverture se lit donc comme suit :

Encaisse :	100 $
Capital-actions :	100 $

Le 5 janvier 2006, l'actionnaire transfère à la société par voie de roulement 30 M$ d'actif (la contrepartie étant des actions).

Peut-on conclure que le chiffre d'actif à utiliser dans le calcul du taux du crédit de RS & DE au 31 décembre 2006 serait de 100 $?

Est-ce que la réponse serait la même si la souscription initiale se faisait le 1er janvier à minuit et une minute et que le transfert d'actif s'effectuait le 1er janvier, à minuit et deux minutes?

Réponse

Votre question présente diverses situations hypothétiques impliquant que nous nous prononcions au sujet de l'expression « début de son premier exercice financier ».

À cet égard, plusieurs paragraphes du *Bulletin d'interprétation* IMP. 7-2 prévoient ce qui suit :

> « EXERCICE FINANCIER
>
> L'article 7 de la *Loi sur les impôts* (LI) prévoit que l'expression "exercice financier" d'une entreprise ou d'un bien d'une société désigne la période pour laquelle les comptes de la société à l'égard de l'entreprise ou du bien sont arrêtés pour l'établissement d'une cotisation en vertu de la Partie I de la LI. L'exercice financier d'une société ne peut dépasser 53 semaines.
>
> […]
>
> DÉBUT DE L'EXERCICE FINANCIER
>
> 4. Le début du premier exercice financier d'une société peut coïncider avec le début de l'entreprise de cette dernière car l'exercice financier est, par définition, en relation avec les comptes de la société à l'égard de l'entreprise qu'elle exploite.
>
> DÉBUT DE L'ENTREPRISE
>
> 5. La date à laquelle l'entreprise d'une société commence demeure une question de fait qui doit être analysée à la lumière des circonstances particulières de chaque cas. Généralement, cette date correspond à la date à laquelle s'engage une opération qui constitue une activité régulière du processus de gain de ce genre d'entreprise ou encore un préliminaire essentiel à l'exploitation normale d'une entreprise.
>
> 6. Pour conclure qu'une entreprise a commencé, il faut être en mesure de déterminer le genre d'activité qui doit être exercée et si une structure organisationnelle suffisante a été établie permettant d'entreprendre au moins les activités préliminaires essentielles.
>
> […]
>
> 9. Ainsi, c'est la date du début des activités de la nouvelle entreprise qui sera retenue comme point de départ de l'exercice financier d'une société nouvellement constituée et non pas la date d'incorporation. Une société n'étant que l'un des nombreux véhicules pouvant être utilisés afin d'exploiter une entreprise, le simple fait de constituer une société n'est pas en soi un

> préliminaire essentiel à l'exploitation d'une entreprise et ne saurait non plus, en l'absence de toute autre action, constituer un effort sérieux ou raisonnablement continu qui est tenté afin d'amorcer l'exploitation normale d'une entreprise[40]. »

Ainsi, le début d'une entreprise étant essentiellement une question de fait, seule l'analyse de l'ensemble des faits, des circonstances et du contexte particulier peut fournir une réponse à cette question. En conséquence, c'est la date du début des activités de la nouvelle entreprise qui sera retenue comme point de départ de l'exercice financier d'une société nouvellement constituée.

29. PROPOSITION CONCORDATAIRE

À l'occasion du Congrès 2004 de l'APFF, le ministère des Finances mentionnait ce qui suit :

> « Le ministère des Finances entreprendra sous peu, en collaboration avec le ministère du Revenu, une étude globale sur les implications fiscales des propositions concordataires. Cette étude a notamment pour but de clarifier la législation fiscale compte tenu des motifs exprimés par la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Bernier et Leblond* [*Bernier et Leblond, Buzetti & Associés ltée* c. *SMRQ*, C.A. Québec, n° 200-09-001123-964, 14 mars 2000, jj. Brossard, Robert et Forget].
>
> Une fois cette étude terminée, le ministère des Finances fera connaître, le cas échéant, les modifications qui seront apportées à la législation fiscale[41]. »

À cet égard, nous aimerions savoir si l'étude globale sur les incidences fiscales des propositions concordataires a été effectuée tel que prévu. Précisément, nous aimerions connaître le degré d'avancement des travaux et les résultats obtenus à ce jour.

Réponse

Les travaux préliminaires d'une étude globale sur les implications fiscales des propositions concordataires ont débuté comme nous l'avions prévu.

---

40 REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP. 7-2, « Début de l'exercice financier d'une société », 31 août 2005, par. 1, 4, 5, 6 et 9.

41 « Table ronde sur la fiscalité provinciale », dans *Congrès 2004*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2005, pp. 49:9-78, question 1.12., à la page 49:30.

La portée de l'étude, la nature des questions soulevées par l'examen, l'évaluation de toutes les implications et répercussions possibles à l'intérieur même du cadre législatif fiscal actuel, combinées, dans une certaine mesure, au temps qui est consacré à la période nécessaire à la préparation du budget, expliquent pour beaucoup le fait que les travaux ne soient pas encore complétés.

Sans pouvoir préciser une date, le Ministère fera connaître les résultats obtenus uniquement lorsque cette étude sera terminée, et ce, dans la mesure où des modifications législatives seront recommandées.

30. RÉGIONS RESSOURCES

Lorsqu'une société acquiert une société (entreprise saisonnière (non associée)), les règles font en sorte que le calcul du crédit est effectué au prorata des salaires ramenés sur une base annuelle. En conséquence, pour que 1a société acquéreuse obtienne un crédit, elle doit verser des salaires beaucoup plus élevés, puisqu'elle doit couvrir (au prorata) la période où l'entreprise est fermée.

Par exemple, si une société acquiert le 1er juillet une entreprise dont l'activité couvre les mois de juillet, d'août et de septembre et dont les salaires sont de 100 000 $, son montant de référence sera de 200 000 $ (prorata de 100 000 $ pour six mois, ramené sur une base annuelle). Selon la formulation prévue dans la loi, elle devra donc verser des salaires dépassant 200 000 $ pour obtenir le crédit pour augmentation de la masse salariale en région ressource.

Cette situation reflète-t-elle les objectifs à atteindre de cette mesure?

Réponse du ministère des Finances

Les règles de continuation d'entreprise visent à assurer l'intégrité de la mesure et à empêcher une société admissible de bénéficier de l'aide fiscale lorsque l'accroissement de sa masse salariale résulte de l'acquisition d'une entreprise ou d'une partie d'entreprise exploitée par une autre personne.

Ainsi, de façon sommaire, dans l'année civile où survient une acquisition d'entreprise impliquant des sociétés non associées, aucun accroissement n'est accordé à la société admissible relativement à l'entreprise acquise, et ce, que cette dernière soit ou non exploitée sur une base saisonnière. Ces règles ont été ainsi rédigées en tenant compte du fait que la société acquéreuse n'est généralement pas en mesure d'obtenir

l'information sur la masse salariale de l'entreprise acquise lorsque cette dernière est exploitée par une société non associée.

Or, la détermination, sur une base annuelle, de la masse salariale versée par une société acquéreuse, relativement à une entreprise exploitée sur une base saisonnière, peut effectivement entraîner un résultat non souhaité.

Aussi, l'application des règles de continuation d'entreprise sera réévaluée en tenant compte de la saisonnalité des opérations de certaines entreprises et, le cas échéant, des modifications seront apportées aux crédits d'impôt remboursables accordés dans certaines régions.

31. ÉVASION FISCALE DANS LE SECTEUR DE LA RESTAURATION

Dans le dernier budget 2006-2007, il a été annoncé deux mesures de lutte contre l'évasion fiscale dans le secteur de la restauration, soit l'obligation de remettre une facture et celle d'utiliser une caisse enregistreuse munie d'un micro-ordinateur approuvé par Revenu Québec.

Y aura-t-il des exceptions à l'obligation de remettre une facture et d'en conserver copie pour des achats de faibles montants (0,10 $ ou 0,25 $)?

Quand les précisions relatives à l'obligation d'émettre une facture seront-elles rendues publiques, notamment le moment de mise en application de cette mesure, les restaurateurs visés, la forme de la facture et les renseignements devant y apparaître?

Pour la seconde mesure, qui entrera en vigueur le 1er octobre 2008 pour les nouveaux établissements de restauration, Revenu Québec peut-il déjà nous faire part des grandes orientations de l'utilisation d'une caisse enregistreuse munie d'un micro-ordinateur approuvé?

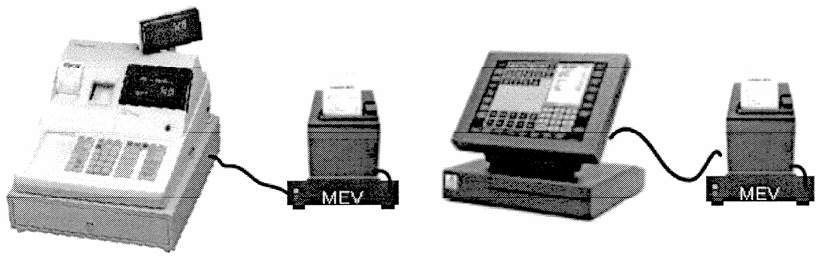
Réponse

Effectivement, il y a obligation de remettre une facture sans égard à la valeur du repas et d'en conserver une copie. Des pénalités seront prévues pour défaut de remettre de telles factures.

Afin de donner suite à l'annonce du ministre des Finances, un projet de loi devrait être présenté dès cet automne. À ce moment, les précisions relativement à cette nouvelle obligation, notamment quant aux restaurateurs visés, à la forme de la facture et aux renseignements devant y apparaître, seront rendues publiques.

Revenu Québec a développé un prototype de module d'enregistrement des ventes (ci-après « MEV »). En juillet dernier, Revenu Québec a fait publier un appel d'intérêt afin d'obtenir de la part des manufacturiers des commentaires notamment à l'égard du MEV. Prochainement, un appel d'offres relatif à la fabrication et à la vente des MEV sera fait.

Le MEV est composé d'une plaquette électronique (micro-ordinateur) elle-même intégrée dans un boîtier sécurisé. En plus d'être branché à une imprimante, il est branché à une caisse électronique ou à un système points de vente. Il intercepte les données relatives aux différentes transactions (additions, reçus de caisse, notes de crédit et autres transactions similaires) afin d'extraire et d'enregistrer des informations relatives aux transactions commerciales, comme les ventes et les taxes. Une fois que le MEV a complété l'enregistrement de ces transactions, il transmet à l'imprimante les informations nécessaires pour l'impression d'une facture authentifiée (sous la forme d'un code à barres bidimensionnel). Ce concept est représenté par la figure suivante.



Caisse électronique **Système points de vente**

Figure 1 Intégration de l'appareil homologué avec une caisse électronique ou un système points de vente

Il s'agit d'un registre qui conserve l'information des transactions aux fins d'une vérification éventuelle par Revenu Québec. Il est aussi en mesure de fournir les informations nécessaires pour l'impression de rapports périodiques ou de permettre la production de ces rapports périodiques en format électronique.

32. PÉNALITÉS ADMINISTRATIVES IMPOSÉES AUX TIERS

Quel est l'état de ce dossier depuis l'entrée en vigueur des pénalités? Pouvez-vous nous indiquer les types d'infraction ou de comportement qui sont en cours d'examen? Est-ce que des pénalités ont été imposées à ce jour

par Revenu Québec et dans l'affirmative, quels types de situations ont été visés? Y a-t-il des statistiques eu égard au nombre de dossiers en examen?

Réponse

Le 31 mai 2004, deux bulletins d'interprétation[42] ont été publiés ayant pour but d'établir les lignes directrices de Revenu Québec en ce qui concerne l'imposition des pénalités pour information trompeuse fournie par un tiers. Ces bulletins reflètent toujours la position de Revenu Québec depuis l'entrée en vigueur des pénalités.

Dans ces bulletins, Revenu Québec s'engageait à contrôler strictement l'application de la pénalité aux tiers afin de s'assurer qu'elle soit imposée de façon juste et cohérente. De plus, le Ministère s'engageait à ne l'appliquer qu'à des situations « flagrantes ». L'étape finale du processus établi dans ces bulletins consiste à obtenir l'approbation de la Direction générale de la législation et des enquêtes. À ce jour, aucune pénalité n'a été imposée à des tiers par Revenu Québec et aucune demande d'approbation n'est présentement en traitement à la Direction générale de la législation et des enquêtes.

33. INFORMATIONS AU DOSSIER D'UN CONTRIBUABLE

Revenu Québec ne saisit pas toujours entièrement sur support informatique les informations produites sur format papier par les contribuables. Sans être limitatif, mentionnons les procurations et le choix de se soustraire à la méthode de comptabilité obligatoire des organismes de bienfaisance.

Le fait de ne pas saisir informatiquement certaines informations peut être préjudiciable à un contribuable, notamment lorsqu'il doit reprendre un processus administratif pour confirmer à Revenu Québec une information déjà transmise, par exemple une procuration, ou encore lorsqu'il doit engager des honoraires professionnels pour rectifier une situation.

Pourquoi les informations transmises par écrit à Revenu Québec ne sont-elles pas, dans leur élément essentiel, toutes saisies informatiquement?

---

[42] REVENU QUÉBEC, *Bulletins d'interprétation* IMP. 1049.0.5-1 et LMR. 59.5.3-1, « Pénalité pour information trompeuse fournie par un tiers », 31 mai 2004.

Réponse

Les informations demandées par Revenu Québec sont déterminées en fonction de leur utilité au traitement des différents dossiers. Une fois que celle-ci est reconnue, Revenu Québec détermine si ces informations doivent être saisies afin d'être traitées de façon informatique ou si elles demeurent sous forme papier. Ce choix est conditionné par divers facteurs, par exemple : l'automatisation ou non du traitement du dossier en question ou le fait que l'information serve à des calculs ou qu'elle appuie une demande (pièce justificative). Ainsi, ce ne sont pas toutes les informations demandées qui font l'objet d'une saisie. Lorsqu'une information n'est pas saisie, elle est conservée au dossier physique du contribuable pour référence ultérieure. L'absence de saisie d'une information ne devrait pas avoir pour conséquence d'obliger le contribuable à fournir à nouveau cette information ni causer une erreur dans le traitement de ce dossier.

Pour ce qui est des deux exemples mentionnés, Revenu Québec procède à la saisie des informations transmises. Bien que Revenu Québec s'efforce de réaliser au mieux ces processus, il est possible que des erreurs surviennent à l'occasion.

Par ailleurs, dans le cas des procurations, des travaux ont été entrepris afin d'implanter un nouveau système informatique permettant une gestion plus efficace.

34. SOCIÉTÉS ASSOCIÉES SUR UNE BASE MONDIALE *VERSUS* SUR UNE BASE CANADIENNE

Pour certaines mesures fiscales, le concept de sociétés associées doit être appliqué sur une base canadienne seulement (en ne tenant donc pas compte des sociétés qui ne résident pas au Canada) tandis que pour d'autres mesures, le concept doit être appliqué sur une base mondiale. À titre d'exemple seulement, aux fins de l'accès à l'exemption de 1 M$ dans le calcul du capital versé pour la taxe sur le capital, c'est le concept d'association sur une base mondiale qui intervient. Par contre, aux fins de l'accès à la DPE et du plafond de 10 M$ pour le concept de grandes sociétés, c'est celui d'association sur une base canadienne qui s'applique. C'était aussi le cas pour le congé fiscal de cinq ans pour les nouvelles sociétés (aboli depuis le budget du 12 juin 2003).

Compte tenu du fait qu'il existe plusieurs mesures fiscales différentes qui font régulièrement référence au concept de sociétés associées, Revenu

Québec peut-il dresser une liste sommaire de ces mesures (y compris, à titre d'exemple, le taux de cotisation à utiliser aux fins du Fonds des services de santé (ci-après « FSS »), les crédits de RS & DE, etc.) et indiquer si le test de sociétés associées doit s'effectuer sur une base canadienne ou mondiale dans chaque cas?

Réponse

De façon générale, le concept de « sociétés associées » s'applique sur une base mondiale à moins que la législation ne prévoie des restrictions quant à son application[43].

On peut constater une telle restriction à l'égard du titre II du livre V de la Partie I L.I., aux fins du calcul de l'impôt payable par les sociétés[44], plus précisément à l'article 771.0.7 L.I. où l'on prévoit une présomption selon laquelle une société est réputée ne pas être associée à une autre société qui ne réside pas au Canada et n'y a pas d'établissement.

Commentaires du ministère des Finances

La DPE étant accordée à une SPCC à l'égard de son revenu provenant d'une entreprise admissible exploitée au Canada, le plafond des affaires ne peut être réparti qu'entre les sociétés faisant affaire au Canada. Dans ce contexte, il est pertinent de restreindre l'accès des grandes sociétés à une telle déduction en appliquant le concept des sociétés associées sur une base canadienne. Ce traitement est d'ailleurs semblable au traitement applicable en vertu de la législation fédérale.

Par ailleurs, la législation québécoise prévoit divers incitatifs fiscaux dont certains accordent un traitement privilégié aux PME. Un critère de taille est alors utilisé afin d'établir l'admissibilité d'une société ou le niveau d'aide qui lui sera accordé.

---

[43] Voir à cet effet la cause *Polar Plastique Ltée* c. *SMRQ*, [2002] R.D.F.Q. 258, où le juge Rouleau a conclu que le concept de « sociétés associées » énoncé à l'article 1029.7.4 L.I. inclut les sociétés non canadiennes, car le législateur n'a pas qualifié le terme « société » à cet article. Selon le juge, si le législateur avait voulu que seul l'actif des sociétés canadiennes soit pris en compte, il l'aurait précisé.

[44] Cette précision, apportée par QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 1997-1998, Discours sur le budget*, 25 mars 1997, s'applique à l'égard de la DPE.

Aussi, afin de s'assurer que l'aide fiscale soit effectivement accordée à la clientèle visée, il est approprié de considérer le poids économique de l'ensemble des sociétés faisant partie d'un groupe de sociétés associées. Par conséquent, la détermination du statut des sociétés associées doit être effectuée sur une base mondiale pour l'application de telles mesures.

35. CONTRIBUTION DOUBLE – RÉGIME DE RENTES DU QUÉBEC

À l'occasion du Congrès 2005 de l'APFF, l'on demandait au ministère des Finances s'il prévoyait modifier la *Loi sur le régime de rentes du Québec*[45] afin d'alléger le fardeau causé par une double contribution dans le cas où le salaire versé à un employé proviendrait de différentes sociétés associées d'un même groupe corporatif.

À cet égard, le ministère des Finances mentionnait ceci :

> « Pour évaluer si un employeur contribue de façon excédentaire au Régime de rentes du Québec (ci-après "RRQ") à l'égard d'un employé, il n'est pas approprié de considérer les cotisations qui doivent être versées à l'égard de cet employé par des employeurs auxquels il est associé au sein d'un même groupe corporatif. Généralement, il existe des considérations fiscales et des avantages économiques et commerciaux à subdiviser ses activités en plusieurs entités distinctes, et ce résultat est rarement fortuit.
>
> La cotisation d'un employeur au RRQ à l'égard d'un employé peut être vue comme une surcharge uniquement dans le cas où cet employeur succède immédiatement à un autre par suite de la formation ou de la dissolution d'une société, ou par suite de l'acquisition de la majorité des biens d'une entreprise ou d'une partie distincte d'une entreprise, et ce, sans qu'il y ait interruption des services fournis par l'employé. C'est pourquoi il est prévu qu'un employeur peut, lorsqu'il succède à un autre employeur dans l'une des circonstances reconnues par la loi, prendre en considération les retenues déjà effectuées par l'employeur auquel il succède.
>
> Le ministère des Finances n'a donc pas l'intention de recommander que la *Loi sur le régime de rentes du Québec* soit modifiée afin de diminuer la cotisation au titre d'employeur dans le cas où le salaire versé à un employé proviendrait de différentes sociétés appartenant à un même groupe corporatif, puisque dans les faits l'employé occupe plusieurs emplois différents[46]. »

Après que cette réponse a été apportée, l'un des participants à la Table ronde sur la fiscalité provinciale a laissé entendre que le ministère des

---

[45] L.R.Q., c. R-9 et mod.

[46] « Table ronde sur la fiscalité provinciale », *loc. cit.*, note 38, 58:28-29.

Finances avait recours au concept de « sociétés associées » uniquement lorsque ce concept permettait d'élargir l'assiette d'imposition.

Le ministère des Finances aimerait commenter cette assertion.

Commentaires du ministère des Finances

Dans un premier temps, il est important de noter que les cotisations à un régime de rentes ne doivent pas être assimilées à un impôt, et ce, même si le régime de rentes est un régime public.

Le financement du RRQ est, à l'instar du Régime de pensions du Canada, assuré par les cotisations versées par les travailleurs indépendants et celles que doivent payer les salariés et leurs employeurs. Depuis la mise en place de ces régimes, les employeurs doivent payer une cotisation égale à celle que chacun de leurs salariés paie au moyen de RAS. Cette obligation, qui existe depuis 1966, découle d'un choix arrêté et comporte non seulement des avantages sur le plan du financement du régime, mais également en ce qui concerne son administration.

Permettre à un employeur de prendre en considération les montants versés par d'autres employeurs au RRQ complexifierait de façon importante, tant pour lui-même que pour Revenu Québec, l'administration du régime.

Notons que, en 2005, les 3,8 millions de personnes ayant déclaré un revenu d'emploi ont occupé 6,5 millions d'emplois, soit de façon cumulative, soit de façon successive. Ce qui correspond à une moyenne de 1,7 emploi par personne.

Autoriser uniquement les employeurs d'un même groupe corporatif à prendre en considération les cotisations versées au RRQ par les autres membres du groupe créerait une iniquité envers les autres employeurs. D'un autre côté, accorder ce droit à tous les employeurs comporterait l'inconvénient majeur de porter atteinte à la protection des renseignements personnels des participants au régime, puisqu'un employeur devrait connaître notamment les gains se rapportant aux autres emplois occupés par son employé.

Enfin, modifier la structure actuelle de financement du RRQ pour tous les employeurs pourrait entraîner un manque à gagner de plus de 130 M$ annuellement qui devrait être compensé soit par une hausse de taux de cotisation, soit par une réduction des bénéfices accordés par le régime.

36. CRÉDIT POUR LES ACTIVITÉS D'AFFAIRES ÉLECTRONIQUES

A) Règles relatives à la propriété des actions détenues par une fiducie

Le nouvel article 21.3.5 L.I. mentionne, entre autres, qu'aux fins de déterminer si une personne ou un groupe de personnes est, selon le cas, un actionnaire important, ou un groupe d'actionnaires important, d'une société donnée, les règles prévues aux paragraphes 21.20.2d) à f) L.I. (règles d'association) s'appliquent à l'égard de la propriété des actions du capital-actions d'une société donnée.

Le paragraphe 21.20.2f) L.I. précise les règles lorsque les actions sont détenues par une fiducie. Ce paragraphe mentionne ce qui suit :

> « *f*) lorsque les actions du capital-actions d'une société dont une fiducie est, à un moment quelconque, propriétaire ou réputée être propriétaire en vertu du présent article :
>
> i. […]
>
> ii. si la part d'un bénéficiaire dans le revenu accumulé ou dans le capital de la fiducie dépend de l'exercice par toute personne ou de l'absence d'exercice par toute personne d'une faculté d'élire, ces actions sont réputées être la propriété du bénéficiaire à ce moment, sauf si le sous-paragraphe *i* s'applique et si le moment est antérieur à la date de l'attribution; […]. »

Selon ce paragraphe, les actions détenues par une fiducie familiale en faveur d'enfants mineurs seraient réputées être la propriété des enfants mineurs.

En vertu des règles d'association[47], les actions d'un mineur sont réputées être détenues par ses parents en vertu de l'article 21.20.3 L.I. Toutefois, pour déterminer le contrôle d'une société aux fins du calcul du crédit pour les activités d'affaires électroniques, il n'y a pas de précision relativement aux enfants mineurs. Par conséquent, les enfants mineurs bénéficiaires d'une fiducie familiale seraient réputés propriétaires et alors soit un actionnaire important, soit partie d'un groupe d'actionnaires important.

Question adressée à Revenu Québec

Est-ce que Revenu Québec est d'accord avec cette interprétation?

---

[47] Art. 21.20 à 21.25 L.I.

Réponse

Le paragraphe a) du premier alinéa de l'article 21.3.5 L.I. importe les règles de transparence prévues aux paragraphes 21.20.2d) à f) L.I. pour déterminer, conformément à l'article 21.3.4 L.I., si une personne ou un groupe de personnes est, selon le cas, un actionnaire important ou un groupe d'actionnaires important. Cette détermination est essentielle pour l'application de la règle d'assouplissement prévue à l'article 21.3.2 L.I. qui fait en sorte qu'une personne ou un groupe de personnes soit réputé ne pas avoir acquis le contrôle d'une société qui entraînerait la perte du droit acquis à l'une des mesures fiscales abolies dans la foulée du budget du 12 juin 2003.

Ces règles de transparence ne comprennent pas la règle prévue à l'article 21.20.3 L.I. voulant que les actions d'un mineur soient réputées être détenues par ses parents pour déterminer si deux sociétés sont associées.

Question adressée au ministère des Finances

Est-ce que ce résultat est conforme à la politique fiscale ou des modifications sont à envisager pour être similaires à d'autres dispositions de la *Loi sur les impôts*?

Réponse

Dans un premier temps, il semble nécessaire de rappeler que les nombreuses modalités d'application des règles d'association n'ont pas été retenues dans leur ensemble pour établir si une société perdait ou non ses droits acquis.

En effet, c'est plutôt la notion d'acquisition de contrôle, soit les acquisitions de contrôle déclenchant l'application de nombreuses autres règles fiscales (une fin d'année d'imposition réputée et les règles limitant l'utilisation des pertes notamment) qui a été retenue.

Toutefois, malgré le fait que les modalités d'application des règles d'association n'aient pas été « globalement » retenues, certaines de celles-ci l'ont été. Il s'agit toutefois de modalités choisies à la pièce, cette cueillette sélective visant généralement à importer des règles jugées indispensables.

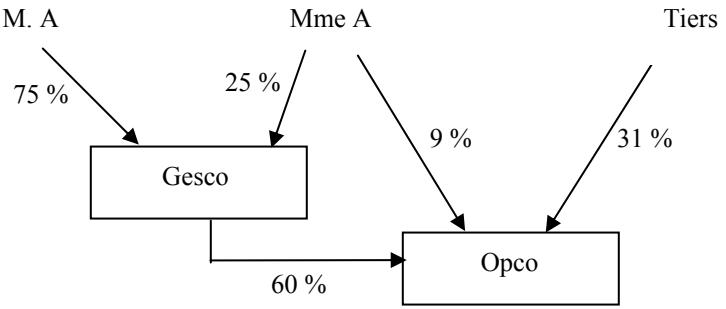
Dans le cas précis de la détention d'actions par une fiducie familiale en faveur d'enfants mineurs, il ne semble pas nécessaire, ni même souhaitable, d'importer les présomptions de détention d'actions par les parents. Ceci ne ferait qu'alourdir les règles actuelles.

B) Règles applicables aux fins d'établir le nombre d'actions

Le paragraphe 21.3.6a) L.I. mentionne qu'aux fins d'établir le nombre d'actions du capital-actions d'une société donnée dont un actionnaire important ou un groupe d'actionnaires important de la société donnée est propriétaire, le paragraphe a) du premier alinéa de l'article 21.3.5 L.I. s'applique, mais en tenant compte de certaines règles. Le paragraphe 21.3.6a) L.I. précise ce qui suit :

> « *a*) Malgré le paragraphe *d* de l'article 21.20.2 :
>
> i. un actionnaire d'une autre société est réputé propriétaire de toutes les actions du capital-actions de la société donnée dont cette autre société est propriétaire, ou réputée propriétaire en raison de l'application du présent article, si les actions du capital-actions de l'autre société dont il est propriétaire lui confèrent plus de 50 % des voix pouvant être exprimées en toute circonstance à l'assemblée annuelle des actionnaires de l'autre société;
>
> ii. la présomption prévue au sous-paragraphe *i* s'applique à un groupe donné, composé des membres d'un groupe d'actionnaires important de la société donnée qui sont actionnaires d'une autre société, si les actions du capital-actions de l'autre société dont ce groupe donné est propriétaire lui confèrent plus de 50 % des voix pouvant être exprimées en toute circonstance à l'assemblée annuelle des actionnaires de l'autre société; […]. »

Par exemple, une société de gestion, Gesco, est détenue par M. A à 75 % et Mme A à 25 %. Gesco détient 60 %, Mme A détient directement 9 % des actions d'Opco, la société qui effectue les activités d'affaires électroniques.



Selon ce que nous comprenons du sous-paragraphe 21.3.6a)i L.I., M. A est réputé propriétaire de l'ensemble des actions d'Opco détenues par Gesco.

Aussi, en vertu du sous-paragraphe 21.3.6a)ii L.I., M. A et Mme A sont réputés propriétaires de l'ensemble des actions d'Opco détenues par Gesco.

Question

Est-ce que Mme A détient par l'intermédiaire de Gesco des actions d'Opco ou si c'est seulement M. A qui est réputé détenir l'ensemble des actions d'Opco détenues par Gesco?

Réponse

L'article 21.3.6 L.I. s'applique aux fins d'établir le nombre d'actions du capital-actions d'une société dont un actionnaire important ou un groupe d'actionnaires important est propriétaire.

Aux fins d'établir le nombre d'actions du capital-actions d'Opco dont un actionnaire est propriétaire, le sous-paragraphe 21.3.6a)i L.I. fait en sorte que M. A soit réputé propriétaire de 60 % des actions du capital-actions d'Opco. Quant à Mme A, elle est réputée propriétaire, en vertu du paragraphe a) du premier alinéa de l'article 21.3.5 L.I., de 24 % des actions d'Opco (soit : {(25 % de 60 %) + 9 %}).

Évidemment, le fait que M. A soit réputé propriétaire de 60 % des actions du capital-actions d'Opco afin de déterminer s'il est un actionnaire important ne modifie en rien le fait que Mme A soit réputée propriétaire d'actions du capital-actions d'Opco afin de déterminer si elle est un actionnaire important.

Aux fins d'établir le nombre d'actions du capital-actions d'Opco dont le groupe d'actionnaires important est propriétaire, le sous-paragraphe 21.3.6a)ii L.I. fait en sorte que le groupe composé de M. A et Mme A soit un groupe d'actionnaires important, puisque ce groupe est propriétaire des actions lui conférant plus de 50 % des voix pouvant être exprimées en toutes circonstances à l'assemblée annuelle des actionnaires de l'autre société. Toutefois, la détention des actions du capital-actions d'Opco par Gesco ne peut pas excéder 60 % lorsque l'on considère le groupe composé de M. A et Mme A.

37. CRÉDIT POUR STAGE

De façon sommaire, un employeur peut, si les conditions sont remplies, réclamer un crédit d'impôt pour stage en milieu de travail équivalant à 30 % du salaire versé dans le cadre du stage s'il est une société et de 15 % dans les

autres cas. Le montant du crédit d'impôt est limité, par un plafond hebdomadaire, par un taux horaire maximum et, jusqu'en 2007, en fonction de l'endroit où a lieu le stage.

Pour avoir droit au crédit d'impôt, un employeur admissible doit produire, avec sa déclaration de revenus, une attestation délivrée notamment par le ministère de l'Emploi et de la Solidarité sociale. Or, la période de certains stages chevauche la fin d'année d'imposition, ce qui amène certaines difficultés dans la réclamation du crédit d'impôt.

Les problèmes rencontrés sont les suivants :

- **Non-obtention de l'attestation :**

  Dans certaines situations, l'employeur admissible n'a pas en main l'attestation au moment de la production de la déclaration de revenus. Cela implique la production d'une déclaration de revenus amendée pour l'obtention du crédit d'impôt.

- **Période de droit au crédit d'impôt :**

  Dans d'autres situations, l'attestation couvre une période antérieure à l'année d'imposition, ce qui entraîne donc le refus par Revenu Québec d'une partie du crédit d'impôt et l'obligation de produire une déclaration de revenus amendée.

Il convient de noter que le montant du crédit d'impôt réclamé est parfois de faible valeur et, en conséquence, certains employeurs renoncent au crédit d'impôt en raison des frais inhérents à la production d'une déclaration de revenus amendée.

En considérant les problèmes administratifs, ne serait-il pas plus approprié que le crédit d'impôt pour stage en milieu de travail soit attribué en fonction de l'année d'imposition pendant laquelle l'attestation a été délivrée plutôt qu'en fonction de la période durant laquelle s'est déroulé le stage, et ce, principalement pour un stage de courte durée?

Quant à un stage de plus longue durée, pourrait-il y avoir deux attestations permettant d'avoir droit au crédit d'impôt sans coûts additionnels pour l'employeur et pour Revenu Québec?

Réponse de Revenu Québec

Revenu Québec ne peut se prononcer quant à l'opportunité que le crédit d'impôt pour stage en milieu de travail soit octroyé dans l'année d'imposition au cours de laquelle l'attestation est délivrée plutôt que dans celle où une dépense est engagée à l'égard d'un stagiaire admissible dans le cadre d'un stage de formation admissible. En effet, il s'agit là d'une question de politique fiscale qui relève du ministère des Finances.

Réponse du ministère des Finances

Le principe sous-tendant l'instauration des divers crédits d'impôt remboursables est d'accorder un avantage fiscal à un contribuable pour une année d'imposition à l'égard d'une dépense admissible, telle une dépense de main-d'œuvre, qui a été engagée dans cette année d'imposition. Ainsi, le critère de rattachement d'un crédit d'impôt à une année d'imposition ne pourrait être la délivrance d'une attestation pendant cette année.

Par ailleurs, la délivrance de plus d'une attestation viendrait alourdir le mécanisme du crédit d'impôt pour stage en milieu de travail.

Dans ce contexte, le ministère des Finances n'envisage apporter aucune modification au crédit d'impôt pour stage en milieu de travail.

38. DÉFINITION DE MASSE SALARIALE

La définition de la « masse salariale totale » prévue à l'article 33 de la *Loi sur la Régie de l'assurance maladie du Québec*[48] sert à établir le montant de la cotisation d'un employeur au FSS. La masse salariale totale d'un employeur pour une année doit tenir compte de l'ensemble des salaires de tout autre employeur auquel l'employeur est associé à la fin de l'année et qui exploite à ce moment une telle entreprise. Ainsi, par exemple, une société qui a acquis une autre société le 31 décembre d'une année donnée doit tenir compte de l'ensemble des salaires pour l'année civile entière de ces deux sociétés, et ce, malgré le fait que l'acquisition de la société a eu lieu seulement à la fin de l'année civile. De fait, l'addition des deux masses salariales pour établir le montant de la cotisation d'un employeur au FSS peut avoir pour conséquence de modifier rétroactivement le taux utilisé.

[48] L.R.Q., c. R-5.

Aussi, nous demandons au ministère des Finances de commenter la possibilité d'amender la définition de la « masse salariale totale » afin de tenir compte d'un prorata en fonction du nombre de jours pendant lesquels les sociétés sont associées au cours d'une année civile et ainsi refléter la situation véritable des sociétés. En effet, nous soumettons qu'un changement de taux dans l'année civile suivante serait plus approprié et plus représentatif de la réalité du nouveau groupe corporatif ainsi constitué.

Réponse

De façon générale, avant l'année 1999, tous les employeurs devaient calculer leur cotisation au FSS en fonction d'un taux identique, et ce, quelle que soit la taille de leur entreprise.

Depuis 1999, un taux général de 4,26 % est applicable pour le calcul de la cotisation des employeurs au FSS. Toutefois, certains employeurs peuvent bénéficier d'un taux de cotisation réduit variant de 2,70 % à 4,26 % selon l'importance de leur masse salariale totale.

Rappelons que la réduction du taux de cotisation de certains employeurs au FSS faisait partie des mesures annoncées dans le cadre de la réforme de la fiscalité des entreprises, dont les modalités d'application ont été rendues publiques le 22 décembre 1998[49]. Cette réforme avait pour but de réduire le fardeau fiscal des PME au moyen, notamment, d'une réduction graduelle du taux de cotisation d'employeur au FSS à compter de 1999.

Cette réduction du taux de cotisation au FSS a donc été limitée à certains employeurs qui pouvaient être considérés comme des PME. Or, pour s'assurer que cet avantage ne bénéficie qu'à de véritables PME, il était essentiel de tenir compte des entreprises associées entre elles.

Pour établir si une entreprise est une PME, il est usuel de considérer à la fois les attributs de l'entreprise concernée et ceux des entreprises qui lui sont associées. L'aide accordée aux PME, que ce soit par un encouragement à l'investissement ou par le bénéfice d'un taux réduit à l'égard d'une charge fiscale, vise les véritables entreprises de petite et moyenne taille, et non une entité qui, à elle seule, pourrait se qualifier comme PME, mais qui fait partie d'un groupe plus important.

---

[49] QUÉBEC, ministère des Finances, *Bulletin d'information* 98-8, « Modalités d'application de la réforme de la fiscalité des entreprises et autres mesures fiscales », 22 décembre 1998.

Le concept de « masse salariale totale » a donc été introduit afin d'établir si la masse salariale de l'employeur et des employeurs qui lui sont associés est inférieure à 5 M$ et, si tel est le cas, afin de déterminer le taux réduit applicable pour le calcul de la cotisation au FSS.

À des fins notamment de simplification, il a été décidé, au moment de l'introduction de ce concept, que la masse salariale totale devrait être déterminée en tenant compte des employeurs qui seraient associés le 31 décembre de l'année sur laquelle porte la cotisation.

Il s'ensuit que si deux entreprises sont associées entre elles le 31 décembre d'une année donnée, c'est le total des salaires versés au cours de cette année par chacune d'elles qui sera considéré pour déterminer le taux de cotisation au FSS.

Ce concept qui, rappelons-le, a pour but d'accorder un avantage uniquement aux véritables PME, joue en faveur d'une société qui est associée à une autre au cours d'une année donnée, mais qui ne l'est plus à la fin de celle-ci. En effet, dans un tel cas, le taux de cotisation au FSS de cette société sera déterminé uniquement en fonction des salaires qu'elle aura versés au cours de cette année, sans tenir compte des salaires versés par la société à laquelle elle a été associée durant une période de l'année.

La proposition portant sur l'introduction d'une règle prévoyant un mécanisme de cotisation au prorata du nombre de jours durant lesquels des employeurs ont été associés au cours d'une année, ou une autre règle au même effet, serait réalisable, mais complexifierait énormément les formulaires que l'ensemble des employeurs devraient remplir ainsi que le calcul de la cotisation payable par les employeurs qui ne seraient plus associés à un autre employeur à la fin d'une année.

À titre d'exemple, un employeur qui serait associé à un autre au début d'une année civile, mais qui ne le serait plus à la fin de celle-ci, pourrait ne pas être en mesure de déterminer le montant de la taxe qu'il a à payer pour cette année. En effet, comme le taux de la taxe sera déterminé en fonction de l'importance des salaires versés au cours de l'année, il serait nécessaire que le premier employeur connaisse le montant des salaires versés par le second employeur au cours de cette année, et vice-versa. Or, comme ces employeurs n'ont désormais aucun lien privilégié entre eux, il est vraisemblable qu'ils n'apprécieraient pas avoir à transmettre des informations à « l'autre employeur ». La situation serait encore plus complexe dans le cas où plusieurs employeurs auraient cessé d'être associés entre eux avant la fin d'une année civile.

Aussi, pour éviter de complexifier le calcul de la cotisation au FSS, le ministère des Finances n'envisage pas recommander que le concept de « masse salariale totale » soit modifié.

39. IMPOSITION DES INTÉRÊTS AVANT JUGEMENT POUR CONGÉDIEMENT INJUSTIFIÉ ET POSITION ADMINISTRATIVE DE REVENU QUÉBEC PAR RAPPORT À L'ARC

Parfois on les appelle intérêts préjugement mais aussi intérêts prérèglement hors cour. Par intérêts préjugement, on entend une somme qualifiée d'intérêts par les tribunaux ou aux termes d'un règlement hors cour qui est payable pour le délai écoulé entre le fait générateur du litige et la date du jugement ou du règlement.

Selon l'ARC, lorsqu'une indemnité pour dommages est accordée par un tribunal ou par un règlement hors cour et qu'elle comprend une somme explicitement désignée comme de l'intérêt calculé sur la totalité ou une partie de cette indemnité, cette somme constitue normalement un revenu d'intérêt entre les mains du bénéficiaire pour l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Il existait toutefois une exception administrative dans le cas des intérêts préjugement se rapportant aux indemnités accordées pour blessures ou décès, aux indemnités pour congédiement injustifié ou aux paiements rétroactifs pour accidents du travail. En conséquence, les intérêts préjugement sur ces sommes n'étaient pas imposables.

En effet, l'ARC avait publié le 26 avril 1985 un communiqué de presse dans lequel elle déclarait qu'il n'était pas nécessaire d'inclure dans le revenu des intérêts préjugement reçus **au titre de dommages-intérêts**. L'ARC a appliqué cette directive administrative aux indemnités versées pour blessures ou décès, aux indemnités pour congédiement injustifié et aux paiements rétroactifs pour accidents du travail.

Nouvelle position de l'ARC depuis 2004 pour les intérêts préjugement rattachés à une indemnité pour congédiement injustifié

Essentiellement, la nouvelle position de l'ARC est que tous les intérêts préjugement explicitement désignés comme de l'intérêt dans une ordonnance d'un tribunal ou dans un règlement hors cour sont imposés en tant que revenus d'intérêt. L'exception applicable aux intérêts préjugement se rapportant aux indemnités versées pour blessures ou décès ou aux paiements rétroactifs pour accidents de travail continue cependant à s'appliquer de telle

sorte que ceux-ci, seulement, restent exempts d'impôt. Cette nouvelle position de l'ARC s'applique aux ordonnances d'un tribunal et aux règlements hors cour datés du 1er janvier 2004 ou après.

Ainsi, lorsque des intérêts préjugement sont versés au titre d'une indemnité relative à un congédiement injustifié, le montant sera normalement imposé en tant que revenu d'intérêt. Toutefois, si les faits démontrent que la partie qui est qualifiée d'« intérêts » n'est pas de l'intérêt de par sa nature, l'ARC considérera alors qu'elle fait partie de l'indemnité globale, et elle sera alors imposée en tant qu'allocation de retraite.

Question adressée à Revenu Québec

Quelle est la position de Revenu Québec sur ce sujet et y a-t-il pleine harmonisation avec la position de l'ARC?

Réponse

Par l'expression « intérêt préjugement », nous entendons l'intérêt payable pour le délai écoulé entre l'introduction de la demande en justice et le jugement ou l'entente hors cour.

Revenu Québec considère qu'en règle générale, l'intérêt préjugement est imposable à titre de revenu d'intérêt en vertu du paragraphe 87c) L.I. s'il est de l'intérêt de par sa nature. Est considéré comme de l'intérêt le rendement, la contrepartie ou l'indemnité pour l'utilisation ou la détention, par une personne, d'un montant d'argent qui appartient à une autre personne ou qui lui est dû. Revenu Québec considère généralement que l'intérêt préjugement est de l'intérêt de par sa nature lorsqu'il est accordé à l'égard de dommages liquidés à la date de la demande en justice.

La position de Revenu Québec concernant l'intérêt accordé à l'égard de dommages d'ordre physique ou moral en raison de blessures ou d'un décès est exposée dans le *Bulletin d'interprétation* IMP. 87-1/R1[50]. Lorsque, dans le cadre d'une action pour dommages d'ordre physique ou moral subis en raison de blessures ou d'un décès, les dommages ne sont pas liquidés à la date de la demande en justice, nous estimons que l'intérêt préjugement

[50] REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP. 87-1/R1, « Intérêts accordés à l'égard d'une indemnité pour dommages d'ordre physique ou moral en raison de blessures ou d'un décès, en vertu des articles 1618 et 1619 du *Code civil du Québec* », 31 octobre 2005, par. 4.

accordé depuis l'introduction de la demande en justice jusqu'à la date du jugement (ou de l'entente hors cour) ne constitue pas de l'intérêt et doit plutôt être considéré au même titre que le capital. Cette position s'applique donc notamment à l'intérêt préjugement accordé à l'égard d'une indemnité pour dommages d'ordre physique ou moral résultant d'un accident du travail accordée en vertu de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*[51] dont le montant n'est pas liquidé au moment de l'introduction de la demande en justice.

En ce qui concerne l'intérêt préjugement accordé à l'égard d'une indemnité pour congédiement injustifié, Revenu Québec est d'avis que lorsque de l'intérêt préjugement est accordé, dans un jugement ou dans une entente hors cour, à l'égard d'une indemnité pour congédiement injustifié, cet intérêt constitue généralement de l'intérêt au sens du paragraphe 87c) L.I.

40. DONS

De façon générale, pour qu'un don d'un pourcentage du résidu d'une succession soit reconnu comme un don par testament, les autorités fiscales fédérales précisent que le don doit respecter les conditions suivantes :

- les termes du testament indiquent une intention manifeste du testateur de faire le don à un donataire reconnu;

- le montant de la donation est indiqué comme un pourcentage précis du résidu des biens de la succession;

- le testament précise ce qui doit être payé par la succession pour déterminer le montant du résidu de la succession; et

- le testament ne permet aucun empiètement sur le capital de la succession par les liquidateurs.

Est-ce que Revenu Québec peut nous confirmer que les critères ci-dessus sont aussi ceux qu'il applique pour qualifier un don de « don fait par testament » aux termes de l'article 752.0.10.10 L.I.?

Dans le cas où le testament permet au conjoint du testateur de sélectionner des œuvres qu'il conservera parmi la collection d'œuvres d'art du testateur et que l'intention manifeste du testateur est de donner le résidu

[51] L.R.Q., c. A-3.001.

de cette collection à un donataire reconnu, est-ce que Revenu Québec est d'avis que ce don se qualifie de « don fait par testament » (en tenant pour acquis que les autres conditions pour que le don se qualifie de « don fait par testament » sont remplies)?

Réponse

L'article 752.0.10.10 L.I. prévoit qu'un don fait par testament est réputé avoir été fait par le défunt immédiatement avant son décès et, par conséquent, peut donner droit à un crédit d'impôt pour dons dans la déclaration de revenus du défunt pour l'année du décès ou l'année précédente.

De façon générale, pour que le don d'un pourcentage du reliquat d'une succession soit considéré comme un don fait par testament pour l'application de l'article 752.0.10.10 L.I., les conditions suivantes doivent être remplies :

- le testament indique clairement une intention du particulier de faire un don à un donataire visé à l'article 752.0.10.1 L.I., sans qu'il soit nécessaire toutefois que le donataire soit expressément nommé dans le testament;

- le testament prévoit le don d'un pourcentage déterminé du reliquat de la succession;

- le testament oblige le liquidateur à effectuer le don à un donataire visé;

- le testament établit clairement ce qui doit être payé par la succession aux fins de déterminer le montant du reliquat de la succession;

- le testament ne permet aucun empiètement discrétionnaire sur le capital de la succession par le liquidateur ou d'autres personnes.

Tout prélèvement discrétionnaire sur le capital de la succession aura pour effet d'empêcher qu'un crédit d'impôt pour dons soit réclamé dans la déclaration de revenus du défunt, puisque le montant du don ne peut être déterminé à la simple lecture du testament.

Dans le cas où le testament d'un particulier indique clairement une intention du particulier de faire le don du reliquat d'une collection d'œuvres d'art à un donataire visé, tout en permettant au conjoint du particulier de sélectionner, parmi ces œuvres, celles qu'il conservera, le don pourra se qualifier à titre de don fait par testament pour l'application de l'article

752.0.10.10 L.I. si le conjoint sélectionne les œuvres à conserver dans un délai raisonnable suivant le décès du particulier et si, une fois la sélection faite, le reliquat doit obligatoirement être transféré au donataire conformément au testament.

41. FRAIS DE PRÉPOSÉ AUX SOINS, CRÉDIT POUR FRAIS MÉDICAUX ET CRÉDIT POUR DÉFICIENCE GRAVE ET PROLONGÉE À L'ÉGARD D'UNE MAISON DE SANTÉ OU DE REPOS

En règle générale, il est impossible de réclamer le crédit pour frais médicaux à l'égard de sommes versées à une maison de santé ou de repos et en même temps, le montant pour déficience grave et prolongée.

Or, l'ARC a émis un communiqué le 17 avril 2003 sur son site Web dans lequel elle indique notamment qu'à partir de l'année d'imposition 2002, les aînés qui ont droit au montant pour personnes handicapées et qui vivent dans une maison de retraite peuvent demander un montant pour les frais d'un préposé aux soins comme frais médicaux dans leur déclaration de revenus.

Ce que ce document indique, c'est que les contribuables qui obtiendront une **facturation détaillée** à l'appui (plutôt qu'une facturation globale représentant un loyer « tout compris » ou même une facturation insuffisamment détaillée) pourront réclamer la portion attribuable aux salaires des préposés aux soins comme frais médicaux, et ce, en vertu de l'alinéa 118.2(2)b.1) L.I.R. Dans un tel cas, ils pourront alors aussi réclamer le crédit pour personnes handicapées, car ils auront réclamé des frais pour la rémunération de préposé aux soins en vertu de l'alinéa 118.2(2)b.1) L.I.R. et non pas des frais pour la rémunération de préposé aux soins en vertu des alinéas 118.2(2)b), b.2) ou c) L.I.R. ou encore des frais pour des sommes versées à une « maison de santé ou de repos ». En effet, hormis la réclamation en vertu de l'alinéa 118.2(2)b.1) L.I.R., les autres dispositions bloquent automatiquement l'accès au crédit pour personnes handicapées au fédéral.

Chacune de ces dispositions législatives ayant un équivalent analogue dans la *Loi sur les impôts*, est-ce que Revenu Québec s'est harmonisé à cette prise de position administrative de l'ARC de telle sorte qu'un particulier puisse agir de la même façon au Québec si un tel choix est avantageux?

Réponse

L'article 752.0.14 L.I. prévoit qu'un particulier a droit au crédit d'impôt pour déficience mentale ou physique grave et prolongée si les conditions prévues aux paragraphes a), b), c) et d) de son premier alinéa sont remplies.

Plus particulièrement, le paragraphe d) du premier alinéa de l'article 752.0.14 L.I. prévoit que ni le particulier ni une autre personne ne doit inclure, dans le calcul d'une déduction en vertu de l'article 752.0.11 L.I. pour l'année, autrement que par suite de l'application du paragraphe 752.0.11.1m.1) L.I., un montant à titre de rémunération d'un préposé ou de frais dans une maison de santé à l'égard du particulier.

Nous sommes d'avis que les paragraphes 752.0.11.1m), m.2) et n) L.I. sont plus spécifiques que le paragraphe 752.0.11.1m.1) L.I. qui vise les montants payés à titre de rémunération d'un préposé pour des soins fournis au Canada. Par conséquent, nous sommes d'avis qu'un aîné pourra réclamer le crédit pour frais médicaux relatif à un montant payé à titre de rémunération d'un préposé prévu au paragraphe 752.0.11.1m.1) L.I. ainsi que le crédit pour déficience grave et prolongée prévu à l'article 752.0.14 L.I. seulement si le montant payé à titre de rémunération à un préposé ou à titre de rémunération pour des soins n'est pas visé aux paragraphes 752.0.11.1m), m.2) et n) L.I.

42. VERSEMENT ANTICIPÉ DE LA PRIME AU TRAVAIL ET INCLUSION À TITRE D'IMPÔTS À PAYER DANS LE CAS DE CONJOINTS

La nouvelle prime au travail introduite en 2005 est un crédit d'impôt remboursable qui peut être versé en partie par anticipation, dans certains cas. En effet, les familles avec enfants ont la possibilité d'obtenir un versement trimestriel par anticipation au cours de l'année lorsque le montant estimé de la prime pour l'année excède 500 $.

Les versements anticipés correspondent à la moitié du montant estimé de la prime pour l'année. Une conciliation est effectuée à la fin de l'année par Revenu Québec au moyen du Relevé 19, case A. Évidemment, le versement anticipé est considéré comme un impôt à payer et doit être ajouté à la ligne 441 de la déclaration québécoise, alors que la prime au travail est accordée à la ligne 456 de la déclaration.

Dans le cas de conjoints, il est possible de demander le partage de la prime au travail dans les déclarations fiscales respectives des conjoints de façon à éviter, à titre d'exemple seulement, qu'un des conjoints ait un solde d'impôt à payer, tandis que l'autre conjoint attend un remboursement ou encore pour minimiser l'impact des intérêts sur les acomptes provisionnels insuffisants.

Est-il également possible de partager entre conjoints l'inclusion dans l'impôt à payer de la prime au travail reçue par anticipation, et ce, même si le Relevé 19 a été émis au nom d'un seul conjoint?

Réponse

L'article 1086.12.2 L.I. prévoit qu'un particulier doit payer, pour une année d'imposition, un impôt spécial égal à l'ensemble des montants que le ministre lui a versés par anticipation dans l'année. Selon l'article 1086.12.3 L.I., cet impôt spécial doit être payé par le particulier au plus tard à la date d'échéance du solde qui lui est applicable pour l'année.

Ainsi, c'est le particulier à qui ont été versés les versements anticipés qui est redevable de l'impôt spécial y afférent et le conjoint de celui-ci ne peut donc partager l'inclusion de cet impôt spécial, ou une partie de celui-ci, dans le calcul de son impôt à payer par ailleurs.

Cependant, aux termes du troisième alinéa de l'article 33 L.M.R., le conjoint peut céder la totalité ou une partie de son remboursement d'impôt au particulier redevable de l'impôt spécial et ainsi payer en totalité ou en partie le solde d'impôt à payer de ce dernier pour l'année.

Pour ce faire, le conjoint doit indiquer à la ligne 476 de sa déclaration de revenus le montant transféré et le particulier redevable de l'impôt spécial doit indiquer à la ligne 477 de sa déclaration de revenus le montant qui lui est transféré.

43. TRANSFERT D'UN RÉGIME ENREGISTRÉ D'ÉPARGNE-RETRAITE ENTRE CONJOINTS DE FAIT

Dans une interprétation technique publiée en août 2005[52], l'ARC confirme qu'il est possible, pour deux conjoints de fait résidents du Québec, de se prévaloir des dispositions de l'alinéa 146(16)b) L.I.R. pour transférer des biens accumulés dans un régime enregistré d'épargne-retraite (ci-après « REÉR ») en vertu d'un accord écrit de séparation qui vise à partager des biens entre les parties en règlement des droits découlant de l'échec de leur union de fait.

Ce transfert peut s'effectuer libre d'impôt si les conditions suivantes sont remplies :

1) le rentier et son conjoint de fait ou ancien conjoint de fait vivent séparément;

---

[52] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2005-013408, 30 août 2005.

2) le versement ou le transfert est effectué en vertu d'une ordonnance ou d'un jugement rendu par un tribunal compétent ou en vertu d'un accord écrit de séparation, visant à partager des biens entre le rentier et son conjoint de fait ou ancien conjoint de fait;

3) le versement ou le transfert est en règlement des droits découlant de l'union de fait ou de son échec.

L'article 913 L.I. est le pendant provincial du paragraphe 146(16) L.I.R. Dans cet article, aucune référence n'est faite quant aux droits découlant d'une union de fait. En effet, on y lit ceci :

> « Lorsqu'un régime enregistré d'épargne-retraite est, à un moment quelconque, révisé ou modifié de façon à prévoir le paiement ou le transfert, avant la date prévue pour le premier versement de prestation, de biens du régime par l'émetteur pour le compte du rentier en vertu du régime, appelé "cédant" dans le présent article, soit à un régime de pension agréé en faveur du cédant ou à un régime enregistré d'épargne-retraite ou à un fonds enregistré de revenu de retraite en vertu duquel le cédant est rentier, soit à un régime enregistré d'épargne-retraite ou à un fonds enregistré de revenu de retraite en vertu duquel le conjoint ou l'ex-conjoint du cédant est rentier, lorsque le cédant et son conjoint ou son ex-conjoint vivent séparés et que le paiement ou le transfert est effectué en vertu d'une ordonnance ou d'un jugement d'un tribunal compétent ou en vertu d'une entente écrite de séparation, concernant un partage de biens entre le cédant et son conjoint ou son ex-conjoint <u>en règlement des droits découlant de leur mariage ou de l'échec de leur mariage</u>, le montant payé ou transféré pour le compte du cédant ne doit pas, du seul fait d'un tel paiement ou d'un tel transfert, être inclus dans le calcul du revenu du cédant, de son conjoint ou de son ex-conjoint et aucun montant ne peut être déduit dans le calcul du revenu de tout particulier, en vertu du chapitre III du titre II du livre III, à l'égard du montant ainsi payé ou transféré. » (Notre soulignement)

Pouvez-vous confirmer que la position de Revenu Québec serait la même que celle exprimée dans l'interprétation technique fédérale citée ci-dessus, si le transfert découle de l'échec de leur **union de fait**? De plus, pouvez-vous confirmer que malgré le fait que la législation du Québec ne prévoie aucun droit découlant de l'union de fait, cela n'empêcherait pas deux conjoints de fait de se prévaloir des dispositions de l'article 913 L.I. dans la mesure où l'accord écrit vise à partager des biens entre les parties?

Réponse

Sommairement, l'article 913 L.I. permet le transfert sans incidence fiscale d'un REÉR entre conjoints ou ex-conjoints lorsque le cédant et son conjoint ou son ex-conjoint vivent séparés et que le transfert est effectué en vertu d'une ordonnance ou d'un jugement d'un tribunal compétent ou en

vertu d'une entente écrite de séparation, concernant un partage de biens entre les conjoints ou ex-conjoints en règlement des droits découlant de leur mariage ou de l'échec de leur mariage.

En raison de la référence à un partage de biens en règlement des droits découlant du mariage ou de l'échec du mariage, l'article semble s'appliquer uniquement à un cédant qui transfère un REÉR à une personne avec laquelle il est marié ou avec laquelle il était marié.

Toutefois, le paragraphe c) du premier alinéa de l'article 2.2.1 L.I. prévoit que dans la *Loi sur les impôts* et les règlements, les dispositions applicables à une personne qui est mariée s'appliquent à une personne qui est, par l'effet du paragraphe a) de ce même alinéa ou d'une union civile, le conjoint d'un contribuable. Ledit paragraphe a) détermine les conditions auxquelles deux conjoints de fait sont considérés comme des conjoints dans la *Loi sur les impôts* et les règlements. Par ailleurs, le paragraphe b) de cet alinéa prévoit que, dans la *Loi sur les impôts* et les règlements, une référence au mariage doit se lire comme si l'union de deux particuliers dont l'un est le conjoint de l'autre par l'effet du paragraphe a) ou d'une union civile constituait un mariage. En vertu de ce paragraphe b), l'union de deux particuliers qui sont des conjoints de fait est considérée comme un mariage.

Par ailleurs, l'utilisation du mot « comprend » dans la définition de l'expression « entente écrite de séparation » prévue à l'article 1 L.I. confère à cette expression un sens plus large qu'une convention conclue dans le but mentionné dans cette définition.

Par conséquent, par l'application des paragraphes a), b) et c) du premier alinéa de l'article 2.2.1 L.I., l'article 913 L.I. s'applique aussi lors du transfert d'un REÉR entre conjoints de fait lorsque le transfert est effectué en vertu d'une entente écrite de séparation concernant un partage de biens en règlement des droits découlant de leur union de fait.

TABLE RONDE SUR LA FISCALITÉ FÉDÉRALE

Coordonnateur
Marcel Lemay
Associé, FCA
Hardy Normand &
associés s.e.n.c. CA

Pierre Baraby
Associé, CA
Samson Bélair/
Deloitte & Touche
s.e.n.c.r.l.

Luc Pariseau
Associé, avocat, M. Fisc.
Lavery, de Billy
s.e.n.c.r.l. Avocats

Maurice Bisson
CGA
Agence du revenu
du Canada

Alain Godin
Agence du revenu
du Canada

Marie-Claude Hébert
Avocate
Ministère des Finances
du Canada

TABLE DES MATIÈRES

1. LOYER GRATUIT 53:5
2. AVANTAGE À UN ACTIONNAIRE NON RÉSIDENT 53:6
3. ADMINISTRATION DES OPPOSITIONS 53:7
4. APPLICATION DU PARAGRAPHE 245(2) L.I.R. 53:9
5. *LEVERAGE BUY-OUT* PARTIEL ET ACQUISITION D'ACTIONS 53:11
6. MAJORATION *BUMP-UP* DU PBR DU PARAGRAPHE 88(1) L.I.R. 53:13
7. PÉNALITÉS 53:16
8. PERTE À LA SUITE DE L'APPLICATION DE L'ARTICLE 7 L.I.R. 53:18
9. RÉDUCTION DU CAPITAL VERSÉ SANS CONTREPARTIE POUR ÉVITER UN GAIN EN CAPITAL LORS D'UNE LIQUIDATION 53:20
10. PRESCRIPTION – PÉNALITÉ 53:21
11. REVENUS DE PLACEMENTS ÉTRANGERS ET IMPÔT EN MAIN REMBOURSABLE AU TITRE DE DIVIDENDES 53:24
12. DGAÉ ET JURISPRUDENCE RÉCENTE 53:26
13. CALCUL DU REVENU D'ENTREPRISE D'UN NON-RÉSIDENT 53:30
14. PARAGRAPHE 75(2) L.I.R. – FIDUCIE 53:31
15. *EARN-OUT VERSUS CONVENTION CANADA/É.-U.* 53:34
16. HONORAIRES POUR LE RACHAT D'ACTIONS 53:36
17. EXIGENCE DE PRODUCTION DE LA DÉCLARATION DE RENSEIGNEMENTS ET DE REVENUS DES FIDUCIES T3 LORSQUE LE PARAGRAPHE 75(2) L.I.R. S'APPLIQUE 53:37
18. HONORAIRES PROFESSIONNELS 53:39
19. FIDUCIE DISCRÉTIONNAIRE ET SOCIÉTÉS ASSOCIÉES 53:44
20. JURISPRUDENCE 53:46

21. **MODIFICATIONS PROPOSÉES – AJOUT DE L'ARTICLE 3.1 L.I.R.** 53:47

22. **REDEVANCES ET *CONVENTION CANADA/É.-U.*** 53:49

23. **PROJET DE LOI SUR L'IMPOSITION DES DIVIDENDES** 53:51

24. **DISPOSITION INVOLONTAIRE ET MOMENT DE LA DISPOSITION DU BIEN** 53:51

25. **ABRI FISCAL** 53:53

26. **PROJET DE LOI SUR L'IMPOSITION DES DIVIDENDES** 53:55

27. **DÉLAI DE PRODUCTION DE LA DÉCLARATION DE REVENUS DES FIDUCIES** 53:56

28. **DÉFINITION DE L'ACTION ADMISSIBLE DE PETITE ENTREPRISE** 53:58

29. **MOMENT OÙ LE MONTANT DEVIENT PAYABLE** 53:59

30. **PARAGRAPHE 111(5.1) L.I.R. – PERTE LATENTE SUR LES BIENS AMORTISSABLES D'UNE CATÉGORIE PRESCRITE LORS D'UNE ACQUISITION DE CONTRÔLE** 53:62

31. **BOURSES D'ÉTUDES, EXONÉRATION ET EXIGENCES LÉGISLATIVES RELATIVEMENT AU CRÉDIT POUR ÉTUDES** 53:64

32. **SOCIÉTÉ NON RÉSIDENTE, PROPRIÉTAIRE D'UN IMMEUBLE LOCATIF AU QUÉBEC** 53:66

33. **ÉMISSION DE FEUILLETS T4A ET NOUVELLE POLITIQUE ADMINISTRATIVE** 53:67

34. **SERVITUDE AU QUÉBEC, DROIT CIVIL ET EXONÉRATION POUR RÉSIDENCE PRINCIPALE ET POUR LES TERRES AGRICOLES** 53:68

35. **FRAIS DE DÉCONTAMINATION DES SOLS** 53:71

1. LOYER GRATUIT

Dans le cadre d'un bail, un locateur accorde 12 mois de loyer gratuit afin d'inciter un locataire à résilier un bail.

En ce qui concerne le locataire, est-ce que l'incitatif constitue la disposition d'un droit en vertu du bail pour un produit de disposition égal à la valeur du loyer gratuit et peut-il déduire cette valeur à titre de dépense dans le calcul de son revenu?

Réponse de l'ARC

Au paragraphe 7 du *Bulletin d'interprétation* IT-359R2[1], il est mentionné qu'un montant, qui n'est pas visé au paragraphe 1 de ce bulletin, reçu par un locataire d'un locateur pour résilier un bail représente le produit de disposition d'une partie ou de la totalité d'une tenure à bail.

L'alinéa 18(1)a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[2] prévoit que les dépenses ne sont pas déductibles au cours d'une année, sauf dans la mesure où elles ont été engagées ou effectuées par le contribuable en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien. Les tribunaux ont établi qu'aux fins de cet alinéa il doit y avoir une obligation légale de payer un montant dans l'année (par exemple, voir *La Reine* c. *Burnco Industries Ltd. et autres*[3], *Wawang Forest Products Ltd. and Nerak Contractors Inc.* c. *La Reine*[4], *Newfoundland Light and Power Co. Ltd.* c. *La Reine*[5]).

Nous sommes d'avis que le loyer gratuit n'est pas un montant reçu par le locataire au titre d'un produit de disposition et celui-ci n'a aucune obligation de payer un montant quant audit loyer gratuit. Ainsi, une valeur théorique, représentant le loyer gratuit dans la situation décrite ci-dessus, ne constitue généralement pas un produit de disposition dudit droit aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et cette valeur n'est pas déductible dans le calcul du revenu du locataire en vertu de l'alinéa 18(1)a) L.I.R.

---

1 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-359R2, « Primes et autres montants afférents à un bail », 20 décembre 1983, par. 7.

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

3 84 D.T.C. 6348 (C.A.F.).

4 2001 D.T.C. 5212 (C.A.F.).

5 90 D.T.C. 6166 (C.A.F.).

2. AVANTAGE À UN ACTIONNAIRE NON RÉSIDENT

Un résident bahamien, M. X, détient toutes les actions émises et en circulation d'une société résidente des Bahamas et non résidente du Canada aux fins fiscales. La société bahamienne n'a aucun lien avec le Canada, à l'exception d'un véhicule motorisé d'une valeur de 300 000 $ se trouvant à tout moment au Canada et étant à la disposition de M. X, qui s'en sert quelques semaines par année.

a) L'ARC entend-elle appliquer les paragraphes 15(1) et 212(2) L.I.R. et l'alinéa 214(3)a) L.I.R. pour imposer M. X relativement à l'utilisation du véhicule motorisé au Canada?

b) Dans l'affirmative, le ministère des Finances considère-t-il qu'il s'agit d'un résultat conforme à l'objet et à l'esprit de la *Loi de l'impôt sur le revenu*?

Réponse de l'ARC

Dans la mesure où M. X résidait au Canada, le paragraphe 15(1) L.I.R. trouverait application en l'espèce puisque, tel qu'il est mentionné, entre autres, dans le *Bulletin d'interprétation* IT-432R2[6], le fait de mettre à la disposition de M. X ledit véhicule constitue un avantage aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. En vertu du paragraphe 15(7) L.I.R., le fait que la société dont M. X est actionnaire soit non résidente ou qu'elle n'exploite pas d'entreprise au Canada n'a pas pour effet d'empêcher l'application du paragraphe 15(1) L.I.R. dans un tel cas. Compte tenu de ce qui précède, les conditions d'application de l'alinéa 214(3)a) L.I.R. seraient donc respectées en l'espèce et, par conséquent, le montant qui aurait été inclus dans le calcul du revenu de M. X selon l'article 15 L.I.R. si la Partie I L.I.R. avait été appliquée sera réputé, en vertu de cet alinéa, avoir été versé à M. X à titre de dividende provenant d'une société résidant au Canada aux fins de la Partie XIII L.I.R. Les dividendes versés par une société résidant au Canada à une personne non résidente étant visés au paragraphe 212(2) L.I.R., il s'ensuit que le montant réputé versé à M. X à titre de dividende provenant d'une société résidant au Canada en vertu de l'alinéa 214(3)a) L.I.R. sera assujetti à un impôt sur le revenu de 25 % en vertu de la Partie XIII L.I.R.

---

6 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-432R2, « Avantages accordés à des actionnaires », 10 février 1995, par. 11.

Tel qu'il a été mentionné par le passé, l'ARC considère que le paragraphe 15(1) L.I.R. et l'alinéa 214(3)a) L.I.R. sont applicables relativement à un avantage conféré par une société non résidente à un actionnaire non résident lorsque, comme en l'espèce, l'avantage consiste à mettre à la disposition de l'actionnaire un bien situé au Canada.

Réponse du ministère des Finances

L'objectif du paragraphe 15(1) L.I.R. est d'empêcher que les actionnaires puissent tirer des avantages de leur statut d'actionnaire, qui ne seraient pas autrement considérés comme du revenu aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Le paragraphe 15(7) L.I.R. énonce clairement que ce principe est censé s'appliquer que la société concernée réside ou non au Canada. La nécessité d'étendre cette règle aux sociétés non résidentes est évidente dans le cas d'un avantage reçu par un actionnaire résidant au Canada. Cela est moins évident lorsque ni la société ni l'actionnaire ne résident au Canada. Cependant, l'alinéa 214(3)a) L.I.R. prévoit que le paiement est réputé avoir été versé à titre de dividende provenant d'une société qui réside au Canada. Nous convenons que cette règle pourrait avoir une portée excessive dans un cas où il n'y a aucun lien avec le Canada mais, en l'occurrence, comme l'avantage résulte de l'utilisation d'un bien personnel situé au Canada, la règle est appliquée de façon appropriée.

3. ADMINISTRATION DES OPPOSITIONS

Pour l'année terminée le 31 mars 2006, l'ARC peut-elle nous transmettre les informations suivantes concernant les dossiers faisant l'objet d'une opposition par des sociétés (pour chacun des bureaux des services fiscaux du Québec) : nombre de dossiers faisant l'objet d'une opposition, nombre de dossiers traités dans l'année, nombre de dossiers renversés dans l'année (décisions entièrement favorables aux contribuables).

Des praticiens ont remarqué que certains vérificateurs ont tendance à émettre une cotisation et à suggérer au contribuable de faire opposition plutôt que de se questionner sur le bien-fondé des prétentions du contribuable. Afin d'éviter cette pratique qui s'avère très coûteuse pour les contribuables, serait-il possible pour l'ARC de faire un suivi des cotisations renversées en opposition pour chacun des vérificateurs?

Réponse de l'ARC

Les tableaux suivants présentent des renseignements qui peuvent vous intéresser. Ils ne comprennent cependant pas des données particulières se

rapportant aux oppositions présentées par des sociétés seulement. Ce sont des données globales pour l'année financière 2005-2006, relatives aux oppositions présentées par tous les contribuables.

Activités relatives aux oppositions – Impôt sur le revenu – Vérification dossiers – 2005-2006				
Oppositions	**Québec**	**Montréal**	**Shawinigan**	**Laval**
Reçues	959	680	260	883
Traitées	1 105	442	114	779
Admises en tout	214 (19 %)	84 (19 %)	13 (11 %)	130 (17 %)

Sommaire – Québec – Activités relatives aux oppositions – Impôt sur le revenu – Vérification dossiers	
Description	**2005-2006**
Reçues	2 782
Traitées	2 440
Admises en tout	441 (18 %)

Sommaire – Canada – Activités relatives aux oppositions – Impôt sur le revenu – Vérification dossiers	
Description	**2005-2006**
Reçues	15 932
Traitées	15 771
Admises en tout	2 461 (16 %)

Note concernant les tableaux : « Admises en tout » signifie que le contribuable a obtenu gain de cause relativement à l'ensemble des questions en litige (décisions entièrement favorables aux contribuables).

En ce qui concerne votre deuxième question, l'ARC a comme pratique, dans tous les cas de vérification, de s'assurer que le contribuable/inscrit reçoive une explication complète des rajustements proposés et qu'il puisse faire valoir son point de vue concernant ceux-ci.

Les vérificateurs doivent adhérer aux politiques et procédures établies par l'ARC lorsqu'ils effectuent une vérification. À cet égard, dans le processus menant à la finalisation d'un dossier, les vérificateurs doivent suivre les étapes suivantes :

- Émettre une lettre exposant les rajustements proposés à la fin d'une vérification (la lettre permet au contribuable de faire des représentations à l'égard des rajustements proposés).

- Fixer une date pour une entrevue finale (à la suite de l'envoi de la lettre exposant les rajustements proposés) avec le contribuable/inscrit afin de lui fournir des explications détaillées à l'égard de tous les rajustements proposés et discuter de toutes représentations et propositions que le contribuable/inscrit et son représentant pourraient faire. Le chef d'équipe doit participer à l'entrevue finale à la demande du contribuable/inscrit ou du vérificateur ou si les circonstances l'exigent.

- Émettre une lettre finale au contribuable/inscrit à la suite de la réunion. Celle-ci décrit la position de l'ARC et les raisons pour apporter les rajustements de sorte que le contribuable/inscrit les comprenne. La lettre finale traite également des représentations du contribuable. Le vérificateur répond à chacun des arguments soumis par le contribuable pour montrer qu'il comprend son point de vue. Le vérificateur peut également faire référence à la jurisprudence, s'il y a lieu.

Dans les cas où le vérificateur, le chef d'équipe ou le gestionnaire pense que les enjeux contenus dans le dossier exigent que l'administration centrale (ci-après « AC ») soit consultée, on fait alors parvenir le dossier au secteur des programmes pertinent à l'AC pour demander de l'assistance. Les employés de l'AC travaillent alors étroitement avec le bureau local de l'ARC pour régler les questions en suspens. Dans ce cas, il se peut qu'il soit nécessaire de tenir une ou des réunions mettant en présence le contribuable/inscrit ou ses représentants ainsi que les agents de l'AC et ceux du bureau local.

Si un contribuable/inscrit juge que le processus exposé ci-dessus n'est pas respecté en ce qui le concerne, il devrait s'adresser directement au directeur adjoint de la Vérification ou au directeur de son bureau des services fiscaux local.

4. APPLICATION DU PARAGRAPHE 245(2) L.I.R.

Dans sa réponse à la question 3.5. de la Table ronde sur la fiscalité fédérale du Congrès de 1996[7] de l'Association de planification fiscale et

[7] « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 96*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1997, pp. 45:11-63, question 3.5., aux pages 45:36-37.

financière (ci-après « APFF »), concernant l'application du paragraphe 245(2) L.I.R., l'ARC a mentionné qu'elle n'avait pas établi de critères précis pour déterminer si un avantage fiscal existe dans une situation donnée et quels devraient être les « attributs fiscaux » des contribuables concernés.

a) Lors de la détermination des attributs fiscaux d'un contribuable, pourriez-vous confirmer que les attributs fiscaux seront déterminés exactement comme si le contribuable avait procédé à une série d'opérations qui serait acceptable pour l'ARC?

   En d'autres termes, est-ce que l'ARC a établi une politique pour la détermination des attributs fiscaux d'un contribuable consistant à replacer le contribuable dans une situation semblable à celle résultant d'une série d'opérations structurée de manière acceptable pour l'ARC?

b) Comment l'ARC déterminerait-elle les attributs fiscaux du contribuable dans une situation semblable à l'affaire *William J. McNichol et autres* c. *La Reine*[8] lors de l'application du paragraphe 245(2) L.I.R.?

   Le contribuable, pourrait-il se voir restaurer son solde de déduction pour gains en capital (ci-après « DGC ») (précédemment réclamé), aurait-il une perte en capital due à l'annulation ou au rachat des actions, ou pourrait-il avoir un prix de base rajusté (ci-après « PBR ») transféré sur d'autres biens?

Réponse de l'ARC

a) Il n'existe pas de politique précise servant à déterminer les attributs fiscaux d'une personne qui est applicable dans toutes les situations auxquelles l'ARC doit faire face. Lorsque l'ARC détermine qu'un avantage fiscal résulte d'une opération d'évitement ou d'une série d'opérations comprenant une opération d'évitement, et que cette opération (ou ces opérations) entraîne un abus de la *Loi de l'impôt sur le revenu* lue dans son ensemble, les attributs fiscaux d'une personne sont déterminés de façon raisonnable dans les circonstances de façon à supprimer l'avantage fiscal. La détermination des attributs fiscaux pourrait se faire par le remplacement d'une opération par une autre, mais elle ne se limite pas à cette approche. C'est pourquoi nous continuons de traiter chaque situation selon ses faits particuliers. Toutefois, nous considérons de façon générale qu'un des éléments pertinents dans la

[8] 97 D.T.C. 111 (C.C.I.) (ci-après « *McNichol* »).

détermination des attributs fiscaux d'une personne dans une situation donnée consiste à apporter un remède à l'abus visé au paragraphe 245(4) L.I.R., qui est engendré par l'opération d'évitement, pour ainsi se conformer à l'objet et l'esprit de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

b) Dans l'affaire *McNichol*, les contribuables détenaient des actions d'une société en voie de liquidation dont le seul élément d'actif consistait en une somme d'argent liquide. Plutôt que de distribuer cette somme aux actionnaires, qui aurait évidemment été imposable entre leurs mains, les contribuables ont vendu leurs actions à un tiers agissant à titre d'accommodateur, lequel acquitta indirectement le prix d'achat à même les surplus de la société vendue. Les contribuables ont réclamé une DGC à l'égard de la disposition des actions.

La Cour canadienne de l'impôt a déterminé que la disposition générale antiévitement (ci-après « DGAÉ ») était applicable à la série d'opérations, car la *Loi de l'impôt sur le revenu* lue dans son ensemble envisage que les distributions d'une société en faveur de ses actionnaires soient imposées à titre de revenu entre les mains de ces derniers. Par conséquent, les attributs fiscaux appropriés afin de supprimer l'avantage fiscal à la lumière de l'objet et de l'esprit de la *Loi de l'impôt sur le revenu* consistaient à imposer la somme reçue par les contribuables à titre de dividendes et non sous forme de gains en capital.

En ce qui concerne le dernier point mentionné dans la deuxième question, dans une situation semblable à l'affaire *McNichol*, comme l'ARC émettrait une cotisation afin de modifier la nature du montant reçu par chacun des contribuables, de gains en capital à dividende, les gains en capital auparavant déclarés seraient éliminés et, par ce fait même, le solde de la DGC d'un contribuable serait restauré de façon parallèle. Par ailleurs, tout autre rajustement dans une situation donnée nécessiterait l'analyse de tous les faits et des circonstances entourant le cas particulier avant qu'il soit possible de prendre position.

5. *LEVERAGE BUY-OUT* PARTIEL ET ACQUISITION D'ACTIONS

La question 1.2. de la Table ronde du Congrès de 1998[9] de l'APFF, portait sur la déductibilité des intérêts lors de l'acquisition d'une partie des actions d'une société suivie de la fusion des deux sociétés. La réponse de

[9] « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 98*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1999, pp. 43:15-60, question 1.2., aux pages 43:16-17.

l'ARC mentionnait que sa position énoncée au *Bulletin d'interprétation* IT-315[10], qui a depuis été retiré, était basée sur le principe que les fonds empruntés par une société pour acquérir la totalité ou presque des actions d'une autre société devant être fusionnée ou liquidée étaient en substance empruntés pour acquérir l'actif de la société fusionnée ou liquidée. Cette position visait des cas où une personne acquerrait à la fois le contrôle et la totalité ou presque des actions d'une société cible par un emprunt dont les intérêts seraient déductibles.

Au paragraphe 21 du *Bulletin d'interprétation* IT-533[11], il n'est pas fait mention de l'obligation d'acquérir le contrôle et la totalité ou presque des actions afin que les intérêts soient déductibles. Il est mentionné ceci :

> « Les actions d'une autre société peuvent être acquises au moyen d'argent emprunté. L'autre société peut, par la suite, être fusionnée avec la société ayant emprunté l'argent pour faire l'acquisition des actions ou être liquidée au profit de cette société. Selon le processus du retraçage/lien, il est facile d'établir un lien en rapport avec l'utilisation actuelle de l'argent emprunté entre les actions acquises initialement (et qui ont été annulées) et les biens détenus antérieurement par la société acquise qui a été fusionnée ou liquidée (et qui appartiennent maintenant à la société continuant les activités). Il n'est pas nécessaire que les entités n'aient aucun lien de dépendance pour établir un tel retraçage/lien[12]. »

Quelle serait la position de l'ARC relativement à la déduction des intérêts pour la société issue de la fusion ainsi que sur toute application d'une règle antiévitement relativement à l'augmentation de la participation de M. A dans les situations ci-dessous :

a) La société X est détenue par deux actionnaires en parts égales, soit M. A et M. B. M. B souhaite vendre ses actions à M. C. L'acheteur, M. C, incorpore une nouvelle société (ci-après « Acheteurco ») afin d'acquérir les actions de la société X. M. C souscrit des actions d'Acheteurco pour une somme de 450 000 $ et Acheteurco emprunte auprès d'une institution financière une somme de 100 000 $. Acheteurco acquiert de M. B les actions pour une somme de 550 000 $. Par la suite, la société X et Acheteurco ont fusionné. M. A reçoit 55 % des actions de la société

---

10 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-315, « Frais d'intérêt engagés à des fins de liquidation ou de fusion », 10 mai 1976.

11 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-533, « Déductibilité de l'intérêt et questions connexes », 31 octobre 2003.

12 *Id.*, par. 21.

issue de la fusion et M. C reçoit 45 % des actions. MM. A, B et C ne sont pas des personnes liées.

b) Même situation que la situation 1, sauf que M. C investit dans Acheteurco une somme de 50 000 $ et Acheteurco emprunte une somme de 400 000 $. L'achat des actions par Acheteurco est effectué pour une somme de 450 000 $ pour la totalité des actions de M. B. M. A reçoit 90 % des actions de la société issue de la fusion et M. C reçoit 10 % des actions.

c) Même situation que les situations 1 et 2, sauf que MM. A et B sont frères.

Réponse de l'ARC

L'ARC est d'avis que le principe énoncé au paragraphe 21 du *Bulletin d'interprétation* IT-533 s'applique aux trois situations décrites dans l'énoncé de la question de sorte que les intérêts seraient généralement déductibles en vertu de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. L'ARC est aussi d'opinion que la DGAÉ au paragraphe 245(2) L.I.R. ne s'appliquerait pas du seul fait des opérations décrites dans l'énoncé de la question pour refuser la déduction des intérêts.

Par ailleurs, nous sommes d'avis que des situations du type de celles ci-dessus décrites pourraient, selon les faits et circonstances entourant une situation particulière, donner lieu à des cas de dépouillements de surplus d'une société donnée, ce qui pourrait, entre autres, entraîner l'application du paragraphe 245(2) L.I.R. À cet égard, l'ARC examinerait sérieusement l'application potentielle de l'article 84.1 L.I.R. ou du paragraphe 245(2) L.I.R. relativement à la situation 3 qui implique des personnes liées.

6. MAJORATION *BUMP-UP* DU PBR DU PARAGRAPHE 88(1) L.I.R.

M. X et M. Y, résidents des États-Unis, détiennent chacun 50 % des actions émises et en circulation d'une Société canadienne imposable (ci-après « Canco »).

Canco détient 100 % des actions émises et en circulation d'une Société résidente des États-Unis (ci-après « USCO ») qui n'a aucun établissement stable au Canada et qui n'exploite aucune entreprise au Canada. Le PBR des actions détenues par Canco dans USCO est nominal.

La presque totalité de la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») des actions détenues par M. X et M. Y dans Canco est attribuable à la JVM d'USCO.

Une société résidente des États-Unis (ci-après « Acheteurco US ») n'ayant aucun établissement stable au Canada, n'exploitant aucune entreprise au Canada et n'ayant pas de lien de dépendance avec M. X et M. Y désire acquérir la totalité des actions d'USCO détenues par Canco pour une somme payée comptant. Toutefois, M. X et M. Y préféreraient disposer des actions qu'ils détiennent dans Canco afin d'éviter d'avoir à payer directement ou indirectement un impôt canadien. Selon cette éventualité, l'article XIII de la *Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis*[13] s'appliquerait et le gain en capital réalisé par M. X et M. Y à la suite de la disposition des actions qu'ils détiennent dans Canco serait imposable aux États-Unis.

Les transactions suivantes sont alors envisagées :

- Acheteurco US procédera à l'incorporation d'une Société canadienne (ci-après « Acheteurco CAN ») et investira dans Acheteurco CAN en équité le montant nécessaire à l'acquisition de Canco.

- Acheteurco CAN procédera à l'acquisition des actions de Canco détenues par M. X et par M. Y.

- Acheteurco CAN et Canco fusionneront conformément aux dispositions de l'article 87 L.I.R., pour former Canco 2.

- Canco 2 pourra ainsi augmenter le PBR des actions qu'elle détiendra dans USCO d'un montant correspondant à l'excédent du PBR des actions détenues par Acheteurco US dans Canco 2 sur le PBR des actions d'USCO détenues par Canco 2 (ci-après « majoration du coût fiscal ») conformément au paragraphe 87(11) L.I.R.

Dans l'éventualité où M. X et M. Y devenaient employés d'Acheteurco US après la réalisation des transactions mentionnées précédemment (ci-après « transactions ») et recevaient des actions d'Acheteurco US au cours des années postérieures à celle où les transactions sont réalisées en paiement d'une partie de leur rémunération, le sous-alinéa 88(1)c)(vi) L.I.R.

---

13 S.C. 1984, c. 20 et mod. (ci-après « *Convention Canada/É.-U.* »).

s'appliquerait afin de refuser la majoration du coût fiscal des actions détenues par Canco 2 dans USCO.

a) Est-ce que l'ARC est en accord avec notre interprétation du sous-alinéa 88(1)c)(vi) L.I.R.?

b) Le ministère des Finances croit-il qu'il s'agit d'un résultat approprié? Pourquoi? Le ministère des Finances entend-il revoir les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* relatives à la majoration du coût fiscal qui sont d'une grande complexité?

Réponse de l'ARC

Dans un premier temps, chacun de X et Y serait une personne décrite à la sous-division 88(1)c)(vi)(B)(I) L.I.R. En effet, chacun de X et Y serait un « actionnaire déterminé » (au sens du sous-alinéa 88(1)c.2)(iii) L.I.R. et de la définition édictée au paragraphe 248(1) L.I.R.) de Canco (la « filiale » aux fins du paragraphe 88(1) L.I.R.), au cours de la série d'opérations ou d'événements qui comprend la fusion de Canco avec Acheteurco CAN, et avant le moment où Acheteurco CAN (la « société mère » aux fins du paragraphe 88(1) L.I.R.) aurait acquis pour la dernière fois le contrôle de Canco. En effet, au cours de cette période, chacun de X et Y aurait possédé au moins 10 % des actions émises d'une catégorie donnée du capital-actions de Canco.

D'autre part, les actions du capital-actions d'Acheteurco US paraissent être des « biens substitués » au sens de l'alinéa 88(1)c)(c.3) L.I.R. De manière plus précise, il appert, entre autres, que les actions du capital-actions d'Acheteurco US acquises par X et Y seraient visées par le sous-alinéa 88(1)c.3)(i) L.I.R. En effet, les actions du capital-actions d'Acheteurco US qui seraient acquises par X et Y appartiendraient à ces derniers à un moment postérieur à l'acquisition de contrôle de Canco par Acheteurco CAN. De plus, la JVM de ces actions du capital-actions d'Acheteurco US à ce moment serait attribuable, en tout ou en partie, aux actions du capital-actions d'USCO acquises par Canco 2 lors de la fusion. Enfin, les actions du capital-actions d'Acheteurco US qui seraient acquises par X et Y ne seraient pas des « biens déterminés » au sens de l'alinéa 88(1)c.4) L.I.R. Ces actions ne seraient notamment pas visées au sous-alinéa 88(1)c.4)(iii) L.I.R. puisque Acheteurco US ne serait pas une « société canadienne imposable » au sens de la définition prévue au paragraphe 89(1) L.I.R. De plus, ces actions du capital-actions d'Acheteurco US ne seraient pas reçues en contrepartie de l'acquisition d'actions du capital-actions de Canco par Acheteurco US ou par Acheteurco CAN.

Compte tenu de ce qui précède et dans la mesure où il est déterminé que l'acquisition par X et Y des actions du capital-actions d'Acheteurco US s'effectuerait dans le cadre de la série d'opérations ou d'événements qui comprend la fusion de Canco et Acheteurco CAN, nous sommes d'avis que, techniquement, le sous-alinéa 88(1)c)(vi) L.I.R. s'appliquerait afin de refuser la majoration du coût fiscal des actions du capital-actions d'USCO détenues par Canco 2.

Réponse du ministère des Finances

La règle relative à la non-majoration du coût fiscal ne s'appliquerait que si l'acquisition des actions d'Acheteurco US par X et Y faisait partie de la série de transactions ou d'événements incluant la fusion d'Acheteurco CAN et de Canco. La question n'indique pas clairement comment ces transactions sont liées entre elles de façon qu'elles fassent partie de la même série. Par ailleurs, le Ministère ne connaît aucun cas où l'ARC a appliqué ou proposé d'appliquer la règle relative à la non-majoration du coût fiscal dans des circonstances semblables à celles décrites dans la question. Quoi qu'il en soit, dans le cadre de l'examen et de la révision continue de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le Ministère réévaluera l'application possible de cette règle en pareilles circonstances afin de s'assurer de la conformité de l'application de cette règle à la politique fiscale qui sous-tend le paragraphe 88(1) L.I.R.

7. PÉNALITÉS

Dans une situation où un contribuable effectue une transaction et prend dans sa déclaration de revenus une position sur laquelle l'ARC a annoncé qu'elle appliquerait la DGAÉ, prévue au paragraphe 245(2) L.I.R. (le contribuable étant d'avis que la position de l'ARC n'est pas appuyée par la jurisprudence).

Est-ce que le contribuable pourrait se voir infliger une pénalité en vertu du paragraphe 163(2) L.I.R.?

Est-ce que le professionnel ayant préparé la déclaration de revenus pourrait se voir imposer une pénalité en vertu de l'article 163.2 L.I.R.?

Réponse de l'ARC

- **Pénalité en vertu du paragraphe 163(2) L.I.R.**

Le paragraphe 163(2) L.I.R. prévoit une pénalité appelée couramment « pénalité pour faute lourde », qui est applicable lorsqu'une personne

« sciemment ou dans des circonstances équivalant à faute lourde, fait un faux énoncé ou une omission » dans, entre autres, une déclaration pour une année d'imposition.

La question de savoir si la « pénalité pour faute lourde » s'applique dans un cas donné est une question de fait qui doit être résolue cas par cas.

En général, le seul fait qu'un contribuable ne se conforme pas à une position publiée par l'ARC sur l'application de la DGAÉ dans une situation donnée n'est pas en soi une raison pour appliquer la « pénalité pour faute lourde ». L'ARC pourrait appliquer la « pénalité pour faute lourde » s'il lui est possible de prouver que le contribuable a, sciemment ou dans des circonstances équivalant à faute lourde, fait un faux énoncé ou une omission dans sa déclaration, par exemple, dans une situation où le contribuable ne tiendrait pas compte de la jurisprudence qui appuie l'application de la DGAÉ dans des circonstances semblables aux siennes.

Dans la situation soumise, compte tenu des commentaires précédents, il est possible que l'ARC ne cherche pas à appliquer la pénalité prévue au paragraphe 163(2) L.I.R. ou qu'elle ne soit pas en mesure de s'acquitter du fardeau de la preuve qui lui incombe relativement à l'imposition d'une telle pénalité.

- **Pénalité en vertu de l'article 163.2 L.I.R.**

Selon le paragraphe 16 de la *Circulaire d'information* 01-1[14], la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne vise pas, entre autres, « les écarts d'interprétation ou d'opinion lors d'une incertitude véritable (p. ex. lorsque la question n'a pas donné lieu à une jurisprudence bien établie) ».

Dans la situation soumise, il semble que le passage du paragraphe 16 de la *Circulaire d'information* 01-1 pourrait s'appliquer s'il n'y a pas de jurisprudence qui appuie clairement la position de l'ARC dans la situation du contribuable. Il s'ensuit qu'il est probable que la pénalité prévue à l'article 163.2 L.I.R. ne serait pas applicable au professionnel ayant préparé la déclaration de revenus du contribuable dans une telle situation.

---

[14] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 01-1, « Pénalités administratives imposées à des tiers », 18 septembre 2001, par. 16.

8. PERTE À LA SUITE DE L'APPLICATION DE L'ARTICLE 7 L.I.R.

Une société a adopté un régime d'options d'achat d'actions (ci-après « Régime ») pour certains employés-cadres en vertu duquel un employé a le droit de choisir une somme en espèces au lieu d'actions. Un employé qui n'a aucun lien de dépendance avec la société exerce son droit de recevoir en argent la valeur de ses options en vertu du Régime. La société ne verse pas immédiatement la somme due à l'employé. De plus, il n'y a aucune entente entre l'employé et la société prévoyant des intérêts sur la créance à payer à l'employé.

Par la suite, la société devient insolvable et elle n'honore pas sa créance envers l'employé. La créance devient donc irrécouvrable.

a) L'ARC peut-elle préciser à quel moment survient la disposition du droit en vertu du Régime et l'inclusion de l'avantage en vertu de l'article 7 L.I.R.?

b) Est-il possible de réduire l'avantage qui a été imposé en vertu de l'alinéa 7(1)b) L.I.R.?

c) Est-ce que l'employé peut se prévaloir d'une perte en capital en vertu de l'alinéa 39(1)b) L.I.R. lorsque l'employé établit que la somme qui lui est due par l'employeur à la fin de l'année d'imposition est devenue une créance irrécouvrable?

Réponse de l'ARC

L'alinéa 7(1)b) L.I.R. prévoit que, lorsqu'un employeur a convenu d'émettre de ses titres à l'un de ses employés, l'employé qui a transféré des droits prévus par la convention à une personne avec qui il n'avait aucun lien de dépendance, ou en a par ailleurs disposé en faveur de cette personne, est réputé avoir reçu, en raison de son emploi et au cours de l'année d'imposition, un avantage égal à l'excédent éventuel de la valeur de la contrepartie de la disposition sur la somme qu'il a payée pour acquérir ces droits.

Dans l'exemple ci-dessus, nous sommes d'avis que l'employé a disposé de ses droits accordés en vertu du Régime et est réputé avoir reçu un avantage en vertu de l'alinéa 7(1)b) L.I.R., en raison de son emploi, au cours de l'année où le droit de recevoir de l'argent a été exercé.

La *Loi de l'impôt sur le revenu* ne prévoit aucune déduction dans le calcul du revenu de l'employé si la contrepartie de la disposition des options est une créance à recevoir de l'employeur. En effet, le paragraphe 8(2) L.I.R. prévoit que seuls les montants prévus à l'article 8 L.I.R. sont déductibles dans le calcul du revenu d'un contribuable d'une charge ou d'un emploi. Or, aucune disposition spécifique n'est prévue à l'article 8 L.I.R. pour pallier cette situation.

Lorsqu'un contribuable établit qu'une créance qui lui est due, à la fin d'une année d'imposition, est devenue une créance irrécouvrable au cours de cette année d'imposition, il peut, s'il en fait le choix en vertu de l'alinéa 50(1)a) L.I.R., être réputé avoir disposé de la créance à la fin de l'année et l'avoir acquise de nouveau immédiatement après à un coût nul.

Quoique le choix du paragraphe 50(1) L.I.R. puisse être effectué dans la situation donnée parce que la créance s'est révélée être au cours d'une année d'imposition une créance irrécouvrable, nous sommes d'avis que la perte résultant d'une telle créance serait réputée nulle en vertu du sous-alinéa 40(2)g)(ii) L.I.R.

En effet, la créance n'a pas été acquise dans le but d'en tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien parce qu'elle ne porte pas intérêts, ne prévoit aucune autre forme de rendement et résulte de la disposition d'options reçues dans le cadre d'une charge ou d'un emploi.

De plus, il n'est pas possible de considérer que la créance résulte de la disposition d'une « immobilisation » en faveur d'une personne sans lien de dépendance parce que les options disposées ne sont pas des « immobilisations » au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. L'article 54 L.I.R. définit le terme « immobilisations » comme étant tous biens amortissables du contribuable ou tous biens (autres que des biens amortissables) dont la disposition se traduirait pour le contribuable par un gain ou une perte en capital. À notre avis, les options d'achat d'actions accordées à des employés ne se qualifient pas d'immobilisation lorsque le gain résultant de leur disposition est traité comme un revenu d'emploi selon l'article 7 L.I.R. et non comme un gain en capital.

Par conséquent, puisque les dispositions du sous-alinéa 40(2)g)(ii) L.I.R. sont applicables, l'employé ne peut pas considérer la perte subie résultant de l'impossibilité pour lui de recouvrer sa créance auprès de l'employeur comme une perte en capital au sens de l'alinéa 39(1)b) L.I.R.

9. RÉDUCTION DU CAPITAL VERSÉ SANS CONTREPARTIE POUR ÉVITER UN GAIN EN CAPITAL LORS D'UNE LIQUIDATION

Société A acquiert toutes les actions émises et en circulation de Société B pour 1 M$ payés comptant et a donc un PBR égal à ce montant. Le capital versé (ci-après « CV ») des actions de Société B est de 1,5 M$ au total. À un moment donné par la suite, Société A désire liquider Société B. Pour éviter tout gain en capital lors de la liquidation de Société B, le CV de Société B est réduit à 1 M$ sans contrepartie immédiatement avant la liquidation de Société B.

L'ARC entend-elle invoquer la DGAÉ prévue au paragraphe 245(2) L.I.R. à l'encontre d'une telle planification?

Qu'en serait-il si la différence entre le PBR et le CV résultait d'une disposition réputée sur la base du paragraphe 50(1) L.I.R.?

Réponse de l'ARC

En règle générale, dans une situation comme la situation présentée, la réduction du CV des actions d'une société avant la liquidation de celle-ci en vertu du paragraphe 88(1) L.I.R. n'est pas considérée comme un abus dans l'application des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* lue dans son ensemble. L'ARC n'entend donc pas invoquer la DGAÉ dans une telle situation.

Pour ce qui est de la situation dans laquelle le CV des actions de Société B serait supérieur à leur PBR dans une situation où l'alinéa 50(1)b) L.I.R. serait applicable, nous voyons mal dans quelles circonstances il serait nécessaire de réduire le CV des actions de Société B pour éviter que Société A ne tire un gain de la disposition réputée des actions de Société B lors de la liquidation de Société B, en vertu de l'alinéa 88(1)b) L.I.R. En effet, en supposant que le sous-alinéa 50(1)b)(iii) L.I.R. s'applique dans la situation donnée, il est peu probable qu'aux fins de calculer le produit de disposition des actions de Société B, détenues par Société A, le montant déterminé en vertu du sous-alinéa 88(1)d)(i) L.I.R. soit supérieur au CV et au PBR des actions de Société B détenues par Société A. Aucun gain ne pourrait donc être réalisé par Société A en raison de l'application de l'alinéa 88(1)b) L.I.R., et ce, peu importe le montant du CV des actions de Société B détenues par Société A. Compte tenu de ce fait, nous croyons que la question de savoir si l'ARC pourrait appliquer la DGAÉ dans une situation pareille ne se pose pas.

10. PRESCRIPTION – PÉNALITÉ

Aux fins de déterminer la JVM d'une action de société publique disposée en faveur d'une société de portefeuille familiale par voie de roulement, M. X utilise une méthode d'évaluation non conforme à la politique énoncée dans la *Circulaire d'information* 89-3[15]. La « période normale de nouvelle cotisation », au sens du paragraphe 152(3.1) L.I.R., applicable à M. X pour l'année d'imposition de la disposition des actions de la société publique est expirée.

Est-ce que le fait de ne pas avoir utilisé la méthode d'évaluation énoncée dans la *Circulaire d'information* 89-3 constitue une présentation erronée des faits par négligence, inattention ou omission volontaire, ou une fraude dans la fourniture de renseignements, ce qui résulterait en une perte du bénéfice de la prescription, en vertu du sous-alinéa 152(4)a)(i) L.I.R.?

Est-ce que le professionnel ayant préparé le formulaire de roulement ou la déclaration de revenus de M. X pourrait se voir imposer une pénalité en vertu de l'article 163.2 L.I.R.?

Réponse de l'ARC

Nous comprenons que, dans la situation donnée, M. X a procédé à l'évaluation des actions qu'il détient dans une société publique et que l'écart entre la JVM des actions et la valeur des actions rapportée sur le formulaire de roulement prescrit est substantiel.

- **Prescription**

L'ARC peut, à tout moment, établir une cotisation ou une nouvelle cotisation après l'expiration de la « période normale de nouvelle cotisation », en vertu du sous-alinéa 152(4)a)(i) L.I.R., si le contribuable « a fait une présentation erronée des faits par négligence, inattention ou omission volontaire ou a commis quelque fraude » en produisant sa déclaration de revenus ou en fournissant quelque renseignement sous le régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Pour que l'ARC puisse émettre une nouvelle cotisation concernant l'impôt à payer au-delà de la « période normale de nouvelle cotisation », en

---

[15] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 89-3, « Exposé des principes sur l'évaluation de biens mobiliers », 25 août 1989.

vertu du sous-alinéa 152(4)a)(i) L.I.R., il n'est pas nécessaire que des pénalités puissent être imposées, l'ARC doit seulement prouver que le contribuable a fait une présentation erronée des faits par « négligence », « inattention » ou « omission volontaire » (ou qu'il « a commis quelque fraude »), et non pas qu'il a commis une « faute lourde ». Le fardeau de la preuve est donc moins lourd dans le cas d'une cotisation en vertu du sous-alinéa 152(4)a)(i) L.I.R. que de l'imposition d'une pénalité en vertu du paragraphe 163(2) L.I.R.

Lorsqu'il s'agit d'établir qu'il y a eu présentation erronée des faits, l'ARC doit à tout le moins prouver qu'une erreur a été faite par le contribuable et, bien que celle-ci puisse avoir été faite de bonne foi, qu'il s'agit d'une erreur qu'une personne prudente et consciencieuse aurait évitée.

La question de savoir si une personne a effectué une présentation erronée des faits par « négligence », « inattention » ou « omission volontaire » ne peut être résolue qu'à la lumière de l'examen de tous les faits pertinents.

Dans la situation présentée, il semble possible que l'ARC puisse prouver que M. X a effectué une présentation erronée des faits par « négligence », « inattention » ou « omission volontaire » étant donné l'écart substantiel entre la valeur attribuée aux actions par M. X et leur JVM, par exemple, en ne considérant pas, entre autres, les principes, pratiques et politiques en matière d'évaluation de l'ARC dans la *Circulaire d'information* 89-3[16], alors qu'une personne prudente et consciencieuse faisant preuve de diligence raisonnable l'aurait fait. Dans ce cas, l'ARC pourrait sans aucun doute établir une nouvelle cotisation pour l'année d'imposition de M. X au cours de laquelle la disposition des actions de la société publique est survenue, en vertu du sous-alinéa 152(4)a)(i) L.I.R.

- **Pénalités administratives imposées à des tiers**

L'article 163.2 L.I.R. prévoit deux pénalités administratives qui peuvent être imposées à des tiers. La première, qui est prévue au paragraphe 163.2(2) L.I.R., vise essentiellement les personnes qui conçoivent des abris fiscaux ou des arrangements semblables (ou qui participent à leur conception) ou qui les vendent ou qui en font la promotion (ou qui participent à celle-ci). La deuxième, qui est prévue au paragraphe 163.2(4) L.I.R., vise les personnes

---

16 *Id.*

qui fournissent des services fiscaux à un contribuable (ci-après « spécialiste en déclarations »).

En général, pour imposer une pénalité à un spécialiste en déclarations, en vertu du paragraphe 163.2(4) L.I.R., l'ARC doit prouver que celui-ci a, notamment, participé, consenti ou acquiescé à un énoncé fait par une autre personne, ou pour son compte, et que le spécialiste en déclarations savait ou aurait vraisemblablement dû savoir, n'eût été de circonstances équivalant à une conduite coupable, que l'énoncé constituait un faux énoncé qui pouvait être utilisé par l'autre personne (par exemple, son client), ou pour son compte, à une fin quelconque de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (par exemple, pour produire un formulaire prescrit).

Dans la *Circulaire d'information* 01-1[17], il est indiqué qu'« [à] défaut de prouver qu'un tiers savait effectivement qu'un énoncé était faux, il faut établir qu'il a eu une "conduite coupable" pour lui imposer des pénalités administratives », et que « conduite coupable », au sens prévu au paragraphe 163.2(1) L.I.R., « désigne une conduite (action ou défaut d'agir) qui équivaut à une conduite intentionnelle, montre une indifférence quant à l'observation de la [*Loi de l'impôt sur le revenu*] ou de la [*Loi sur la taxe d'accise*[18]], ou indique une insouciance délibérée, déréglée ou téméraire à l'égard de la loi ».

Les questions de savoir si 1) un spécialiste en déclarations savait ou aurait vraisemblablement dû savoir, n'eût été de circonstances équivalant à une conduite coupable, qu'il a participé, consenti ou acquiescé à un énoncé fait par une autre personne (par exemple, son client), ou pour son compte, qui constituait un faux énoncé et 2) si les circonstances équivalent à une conduite intentionnelle, montrent une indifférence quant à l'observation de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, ou indiquent une insouciance délibérée, déréglée ou téméraire à l'égard de cette loi ne peuvent être résolues qu'à la lumière de l'examen de tous les faits pertinents.

Tel qu'il est indiqué dans la circulaire précitée, l'ARC « est tenue de prouver, selon la prépondérance des probabilités, qu'un conseiller ou un spécialiste en déclarations était au courant d'un faux énoncé ou que les circonstances équivalent à une conduite coupable »[19].

---

17 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit*., note 14, par. 24.

18 L.R.C. (1985), c. E-15 et mod.

19 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit*., note 14, par. 64.

Dans la situation présentée, il est possible que l'ARC soit en mesure de prouver que le professionnel ayant préparé le formulaire de roulement était au courant de l'écart substantiel entre la valeur attribuée aux actions faisant l'objet du roulement et leur JVM ou qu'il a fait preuve d'une conduite coupable dans les circonstances et d'imposer une pénalité en vertu du paragraphe 163.2(4) L.I.R.

Quoi qu'il en soit, en pratique, le Comité d'examen des pénalités imposées à des tiers examinerait la situation présentée et prendrait une décision finale quant à l'imposition ou non de pénalités administratives aux spécialistes en déclarations.

11. REVENUS DE PLACEMENTS ÉTRANGERS ET IMPÔT EN MAIN REMBOURSABLE AU TITRE DE DIVIDENDES

Lorsqu'une société privée sous contrôle canadien (ci-après « SPCC ») gagne un revenu de placement, habituellement un montant représentant 26 2/3 % du revenu de placement est ajouté au solde de son compte d'impôt en main remboursable au titre de dividendes (ci-après « IMRTD »). Lorsqu'une SPCC gagne un revenu de placement de source étrangère, le calcul de la partie remboursable de l'impôt de la Partie I L.I.R. peut être inférieur à 26 2/3 % du revenu étranger. Il en résultera une sous-intégration lorsque les revenus de placements étrangers seront redistribués à l'actionnaire par voie de dividende tel que le démontre le tableau suivant :

	Intérêts gagnés société		Intérêts gagnés personnellement	
	$	$	$	$
Société				
Revenus		100,00		
Impôt – étranger		(15,00)		
Impôt – CND × 52,02 %	52,04			
Crédit pour impôt étranger	(15,00)	(37,04)		
		47,96		
Dividende payé		(63,51)		
RTD		15,55		
Liquidités		-		
Individu				
Intérêt				100,00
Dividende		63,51		
Impôt – étranger				(15,00)
Impôt – CND		(23,09)	48,22	
Crédit pour impôt étranger			(15,00)	(33,22)
Liquidités		**40,42**		**51,78**
Taux d'impôt combiné		**59,58 %**		**48,22 %**

Une SPCC qui gagne 100 $ de revenu étranger sur lequel 15 $ d'impôt étranger a été déduit ajoutera 15,55 $ à son compte d'IMRTD en vertu du paragraphe 129(3) L.I.R. Les liquidités disponibles pour l'actionnaire après avoir payé les impôts sur le dividende seront de seulement 40,42 $. Le taux d'impôt combiné pour la société et l'actionnaire est de 59,58 %, soit 11,36 % de plus que si le revenu avait été gagné directement par le particulier. Le ministère des Finances peut-il nous expliquer quel est l'objectif poursuivi par cette politique fiscale relativement au revenu de placement de source étrangère qui va à l'encontre du principe de l'intégration?

Réponse du ministère des Finances

Dans cette situation, le Ministère reconnaît que, d'un point de vue arithmétique, l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu* actuelle peut entraîner une « non-intégration ». Le Ministère examine périodiquement ses

politiques fiscales afin de s'assurer que le régime d'impôt sur le revenu est aussi équitable et efficace que possible. À cet égard, le Ministère apprécie les commentaires de l'Association de planification fiscale et financière (ci-après « APFF ») et il en tiendra compte, ainsi que des points de vue des autres intéressés, dans l'examen et la révision de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

12. DGAÉ ET JURISPRUDENCE RÉCENTE

Dans les affaires *Canada* c. *Hypothèques Trustco Canada*[20] et *Mathew* c. *Canada*[21], la Cour suprême du Canada a indiqué de façon claire que la DGAÉ doit être analysée en trois étapes, soit :

1) déterminer l'existence d'un avantage fiscal;

2) déterminer si l'opération est considérée comme une opération d'évitement;

3) déterminer l'existence d'un évitement fiscal abusif.

Or, la Cour canadienne de l'impôt a rendu deux jugements contradictoires eu égard à la notion d'opération d'évitement, soit *Overs* c. *Canada*[22] et *Lipson et autres* c. *Canada*[23], fondés sur un effet identique des transactions effectuées, soit la déduction des intérêts sur un emprunt d'une conjointe pour rembourser l'emprunt de son mari auprès de la société qui avait financé des dépenses personnelles. La Cour canadienne de l'impôt en est aussi arrivée à des conclusions surprenantes dans la décision *Desmarais* c. *Canada*[24] rendue le 16 février 2006.

Lors d'une question posée à l'ARC, dans le cadre des *Nouvelles techniques*, concernant l'existence d'une opération d'évitement lorsqu'un contribuable peut démontrer que les opérations ont un objet commercial véritable, la réponse suivante fut donnée :

---

20 [2005] C.S.C. 54 (ci-après « *Trustco* »).

21 [2005] C.S.C. 55 (ci-après « *Mathew* »).

22 [2006] C.C.I. 26 (ci-après « *Overs* »).

23 [2006] C.C.I. 148 (ci-après « *Lipson* »).

24 [2006] C.C.I. 44 (ci-après « *Desmarais* »).

> « La décision rendue dans l'affaire OFSC a confirmé notre position, c.-à-d. que, pour qu'une opération ne soit pas une opération d'évitement en vertu du paragraphe 245(3), chaque opération d'une série d'opérations doit être principalement effectuée pour des objets véritables autres que fiscaux[25]. »

a) L'ARC maintient-elle cette position énoncée en 2002 reprise par ailleurs dans l'affaire *Overs*?

b) Dans l'éventualité où l'ARC maintient cette position prise au sujet de l'opération d'évitement en 2002 et énonce par conséquent son désaccord avec le *ratio decidendi* du juge Little dans l'affaire *Overs*, l'ARC pourrait-elle nous indiquer de façon complète les fondements de toute nature ayant mené à une telle décision?

c) Quelles sont les actions que l'ARC compte entreprendre pour guider les praticiens en fiscalité lors de l'élaboration de planifications fiscales au niveau de l'opération d'évitement de la DGAÉ pour tenter d'éviter la confusion suscitée par les jugements rendus par la Cour canadienne de l'impôt depuis les affaires *Trustco* et *Mathew*?

Réponse de l'ARC

Par le passé, l'ARC a indiqué qu'il est possible qu'une série d'opérations puisse englober une « opération d'évitement » au sens du paragraphe 245(3) L.I.R., et ce, même s'il peut être démontré que cette série d'opérations possède un « objectif global » véritable et non fiscal. Par conséquent et sous réserve du paragraphe 245(4) L.I.R., la position de l'ARC est que le paragraphe 245(2) L.I.R. peut s'appliquer afin de supprimer un avantage fiscal découlant d'une série d'opérations, à moins qu'il soit raisonnable de considérer que chaque opération composant la série d'opérations pertinente ne soit principalement effectuée pour des objets véritables non fiscaux.

La position ci-dessus décrite relativement à l'interprétation des paragraphes 245(2) et (3) L.I.R. et à la notion d'opération d'évitement reflète toujours la position de l'ARC. Selon nous, cette position est conforme aux termes des paragraphes 245(2) et (3) L.I.R. Elle est également soutenue par la décision *Trustco* rendue par la Cour suprême du Canada. À cet égard, il est indiqué ce qui suit au paragraphe 34 de cette décision :

---

[25] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 22, 11 janvier 2002.

> « Si au moins une opération qui fait partie d'une série d'opérations constitue une "opération d'évitement", la RGAÉ permet alors de supprimer l'avantage fiscal qui découle de la série. C'est ce qui ressort du libellé du par. 245(3). À l'inverse, si chaque opération de la série a été principalement effectuée pour de véritables objets non fiscaux, la RGAÉ ne permet pas de supprimer un avantage fiscal[26]. » (Notre soulignement)

La position de l'ARC est également en accord avec les notes techniques émises par le ministère des Finances relativement à l'alinéa 245(3)b) L.I.R. :

> « Le nouvel alinéa 245(3)b) tient compte du fait que l'une des étapes d'une série d'opérations peut ne pas entraîner en soi d'avantage fiscal. En conséquence, lorsque le contribuable, dans l'exécution d'une série d'opérations, intercale une opération qui n'est pas effectuée principalement pour un objet véritable autre que fiscal et qu'un avantage fiscal découle de la série d'opérations, cet avantage pourrait être refusé en application du paragraphe 245(2). On obtient ces résultats en incluant expressément dans la définition d'une opération d'évitement, à l'alinéa 245(3)b), une opération qui fait partie d'une série d'opérations dont, en l'absence du nouvel article 245, découlerait, directement ou indirectement, un avantage fiscal, sauf si l'opération a principalement des objets autres que fiscaux. À cette fin, on peut se reporter à l'actuel paragraphe 248(10) L.I.R., qui stipule qu'une série d'opérations comprend les opérations ou événements liés terminés en vue de réaliser la série.
>
> Par conséquent, lorsqu'un avantage fiscal découlera d'une série d'opérations, il sera refusé à moins que l'objet principal de chaque opération de la série ne soit d'atteindre un objet légitime autre que fiscal. Ainsi, pour ne pas tomber sous le coup de la définition d'"opération d'évitement" au paragraphe 245(3), il faudra que chaque étape d'une série d'opérations soit effectuée principalement pour des objets véritables autres que des objets fiscaux[27]. » (Notre soulignement)

Par ailleurs, il est fait référence dans l'énoncé de la présente question aux décisions *Desmarais*, *Lipson* et *Overs*, toutes rendues par la Cour canadienne de l'impôt postérieurement à la décision *Trustco*. En ce qui a trait à ces décisions, nous nous limiterons aux commentaires suivants portant sur la notion d'opération d'évitement.

Dans la décision *Desmarais*, le juge Archambault indique, entre autres, ceci dans son jugement :

> « L'étape suivante consiste à déterminer si au moins une opération de la série constitue une opération d'évitement visée par le paragraphe 245(3), en ce sens

---

26 Précité, note 20, par. 34.

27 CANADA, ministère des Finances, « Notes explicatives au projet de loi C-139 », 30 juin 1988, pp. 494 et 495.

> qu'elle n'a pas été "principalement effectuée pour des objets véritables — l'obtention de l'avantage fiscal n'étant pas considérée comme un objet véritable" (al. 245(3) b) L.I.R.)[28]. »

Cette approche est conforme à la position prise par l'ARC relativement à la notion d'opération d'évitement. Le juge Archambault a ensuite conclu qu'au moins une opération effectuée par le contribuable Desmarais constituait une opération d'évitement[29], ce qui l'a emmené à analyser le paragraphe 245(4) L.I.R. et à déterminer si la série d'opérations avait entraîné un abus dans l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, lue dans son ensemble[30].

Dans la décision *Lipson*, la question en litige était uniquement de déterminer s'il y avait eu évitement fiscal abusif au sens du paragraphe 245(4) L.I.R. En effet, il avait, entre autres, été admis par les parties que les opérations analysées constituaient des opérations d'évitement[31].

Enfin, dans la décision *Overs*, le juge a établi qu'aucune des opérations analysée ne constituait une opération d'évitement.

En terminant, nous tenons à souligner qu'il est toujours possible pour les contribuables d'obtenir une décision anticipée en matière d'impôt sur le revenu avant de procéder à des opérations projetées. Cela permet aux contribuables concernés d'obtenir une certitude par rapport aux conséquences fiscales des opérations projetées. Par ailleurs, la communauté fiscale a généralement accès à une version dépersonnalisée des décisions anticipées et interprétations techniques émises par la Direction des décisions en impôt, Direction générale des politiques législatives et des affaires réglementaires, de l'ARC. Enfin, l'ARC fait également connaître à la communauté fiscale ses diverses positions relativement à l'interprétation et à l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu* par le biais de la publication d'autres documents d'information tels que les *Nouvelles techniques*, les *Bulletins d'interprétation* et les *Circulaires d'information*. Ces éléments nous semblent constituer des actions concrètes qui contribuent à faire connaître les positions de l'ARC en matière fiscale.

---

28 Précité, note 24, par. 21.

29 *Id.*, par. 23 et 24.

30 *Id.*, par. 25 et suiv.

31 Précité, note 23, par. 3.

13. CALCUL DU REVENU D'ENTREPRISE D'UN NON-RÉSIDENT

Dans le document 9235160[32], l'ARC indique qu'un non-résident fabriquant et transformant des biens à l'extérieur du Canada et sollicitant des ventes au Canada par l'intermédiaire d'un agent qui est une personne liée sera réputé exploiter une entreprise au Canada en vertu de l'article 253 L.I.R. L'ARC indique ensuite que le non-résident devra inclure le total de ses ventes au Canada et déduire les dépenses engagées pour générer ce revenu dans le calcul de son revenu conformément à l'article 115 L.I.R. Selon cette interprétation, la présomption énoncée à l'article 253 L.I.R. entraînera l'imposition au Canada d'une portion des profits du non-résident découlant de la fabrication du bien et non seulement le profit découlant de l'activité de sollicitation.

En vertu de l'alinéa 4(1)b) L.I.R., le revenu d'une entreprise exploitée en partie dans un endroit et en partie dans un autre endroit est le revenu déterminé conformément à la *Loi de l'impôt sur le revenu*, calculé comme si l'entreprise n'avait eu de profit ou perte que dans cet endroit. Nous comprenons qu'aux fins de l'alinéa 4(1)b) L.I.R. seulement le profit lié aux activités de sollicitation serait assujetti à l'impôt canadien.

a) Est-ce que l'ARC pourrait confirmer notre compréhension du document 9235160?

b) Si notre compréhension est correcte, comment l'ARC réconcilie-t-elle cette position avec l'alinéa 4(1)b) L.I.R.?

Réponse de l'ARC

Selon la position énoncée dans le document 9235160, aux fins du calcul de son revenu en vertu de l'article 115 L.I.R., le non-résident fabriquant et transformant des biens à l'extérieur du Canada et sollicitant des ventes au Canada par l'intermédiaire d'un agent devra inclure dans le calcul de son revenu le total de ses ventes au Canada et déduire les dépenses engagées pour générer ce revenu. Tel qu'il est mentionné au document 9235160, ces dépenses incluraient, entre autres, le montant des commissions versées à l'agent, de même que la valeur des marchandises vendues. Selon ce même document, la valeur des marchandises vendues « would represent the fair market value of the goods manufactured or processed as determined by

---

[32] *Tax Window Files*, dans *Tax Works* (CD-ROM), Don Mills, Ont., CCH Canadian, interprétation technique 9235160, 1er décembre 1992.

arm's length sales of these goods [...] under comparable conditions »[33]. Étant donné que la méthode proposée au document 9235160 tient compte de la JVM des biens manufacturés ou transformés, nous sommes d'avis qu'elle n'entraînerait pas l'imposition au Canada d'une portion des profits du non-résident découlant de la fabrication du bien ni qu'elle ne contreviendrait à l'alinéa 4(1)b) L.I.R.

14. PARAGRAPHE 75(2) L.I.R. – FIDUCIE

La Fiducie X est seule détentrice des actions ordinaires de la Société Y constituée en vertu de la Partie IA de la *Loi sur les compagnies*[34] (voir figure ci-dessous). La Fiducie X est devenue actionnaire à la suite d'un gel successoral de la Société Y. L'acte constitutif de la Fiducie X désigne divers bénéficiaires. De plus, afin d'avoir l'option d'incorporer une société de gestion bénéficiaire de la Fiducie X, l'acte constitutif de la Fiducie X contient notamment une clause prévoyant la désignation de bénéficiaire suivante (ci-après « clause ») : « […] toute société par actions, constituée ou à être constituée et dont les seuls actionnaires seront l'un ou l'autre ou plusieurs des personnes ou patrimoine fiduciaires désignés aux termes du présent paragraphe incluant la fiducie ».

La Société Y peut donc être considérée comme l'un des bénéficiaires discrétionnaires du revenu et du capital de la Fiducie X en vertu de cette désignation. À cet effet, la Société Y se retrouve bénéficiaire de la Fiducie X à l'égard d'actions de son propre capital-actions qui sont la propriété de la Fiducie X.

De façon pratique, les fiduciaires de la Fiducie X sont :

- M. A; et,
- ami de M. A.

De plus, les bénéficiaires de la Fiducie X sont :

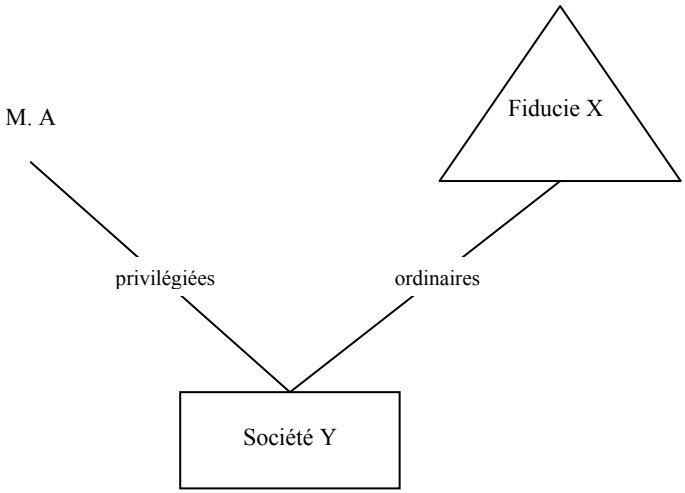
- M. A;
- conjointe de M. A;

---

33 *Id.*

34 L.R.Q., c. C-38.

- enfants de M. A;
- petits-enfants de M. A; et
- toute société en vertu de la clause.



L'année dernière lors de la Table ronde sur la fiscalité fédérale du Congrès 2005, la question suivante a été posée aux représentants de l'ARC :

> « Une fiducie (ci après "Fiducie") constitue une société (ci-après "Société") en vertu de la Partie IA de la *Loi sur les compagnies* (Québec). Toutes les actions de la Société sont émises à la Fiducie. La Société est bénéficiaire discrétionnaire du revenu et du capital de la Fiducie. Considérant que les actions de la Société détenues par la Fiducie peuvent être attribuées à la Société conformément à l'acte de fiducie, le paragraphe 75(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* pourrait-il s'appliquer aux revenus, aux pertes, aux gains en capital imposables et aux pertes en capital déductibles réalisés par la Fiducie de façon à les attribuer à la Société? De plus, lorsque la Fiducie distribue du revenu à la Société, cette distribution peut-elle être déduite du revenu de la Fiducie sur la base du paragraphe 104(6) L.I.R., considérant que la Fiducie détient toutes les actions de la Société[35]? »

---

35 « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2005*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2006, pp. 59:5-72, question 1.1., à la page 59:5.

Dans le but de préciser la position de l'ARC, si l'on tient compte des nouveaux faits énoncés ci-dessus:

i) Le paragraphe 75(2) L.I.R. s'appliquera-t-il aux revenus, pertes, gains en capital imposables et aux pertes en capital déductibles réalisés par la Fiducie X à l'égard des actions de la Société Y de façon à attribuer ces montants à la Société Y?

ii) Si oui, considérons que la Société Y verse un dividende à la Fiducie X, et qu'en vertu du paragraphe 75(2) L.I.R. ce dividende est réputé avoir été gagné par la Société Y :

   A) les sommes reçues par la Fiducie X (c'est-à-dire le montant du dividende versé par la Société Y) feront-elles partie du capital de la Fiducie X? et

   B) ces sommes pourront-elles être distribuées aux autres bénéficiaires de la Fiducie X à titre de capital, de façon non-imposable pour ceux-ci (puisque ces sommes ont déjà fait l'objet d'une inclusion dans le calcul du revenu de la Société Y en raison du paragraphe 75(2) L.I.R.)?

iii) L'ARC considère-t-elle qu'une telle application du paragraphe 75(2) L.I.R. n'est pas conforme à l'esprit de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et qu'il y aurait lieu de pondérer la réponse fournie en 2005?

Réponse de l'ARC

La question 14 est actuellement à l'étude par l'ARC.

Dans la mesure où le scénario décrit plus haut ne contrevient pas au droit des sociétés et des fiducies applicables et que les actions ordinaires de la Société Y détenues par la Fiducie X ont été reçues directement ou indirectement de la Société Y et sont susceptibles de revenir à la Société Y, le paragraphe 75(2) L.I.R. trouvera application de sorte que tout revenu ou toute perte résultant de ces actions ou de biens y substitués, ou tout gain en capital imposable ou toute perte en capital déductible provenant de la disposition de ces actions ou de biens y substitués, sera réputé être un revenu ou une perte, selon le cas, ou un gain en capital imposable ou une perte en capital déductible, selon le cas, de la Société Y. Tel qu'il est indiqué au

Bulletin d'interprétation IT-369R[36], l'ARC considère que les montants attribués à une personne en vertu du paragraphe 75(2) L.I.R. doivent normalement être exclus soit du revenu du bénéficiaire de la fiducie à qui ils ont été payés ou en faveur de qui ils sont devenus payables au cours de l'année, soit du revenu de la fiducie lorsqu'ils n'ont pas été payés ou qu'ils ne sont pas devenus payables à un bénéficiaire de la fiducie au cours de l'année.

Il est à noter cependant que, dans une situation telle que celle décrite plus haut, de même que dans une situation telle que celle considérée à la question 1.1. dans la Table ronde du Congrès 2005[37] de l'APFF, l'utilisation d'une disposition antiévitement telle que le paragraphe 75(2) L.I.R. dans le but d'obtenir un avantage fiscal (en l'espèce, l'utilisation du paragraphe 75(2) L.I.R. combinée à celle du paragraphe 112(1) L.I.R. permet d'éviter le paiement de tout impôt à l'égard des dividendes reçus par la Fiducie X et distribués à ses bénéficiaires) entraînerait l'application du paragraphe 245(2) L.I.R.

15. *EARN-OUT VERSUS CONVENTION CANADA/É.-U.*

Le 31 mars 2006, M. X, un résident des États-Unis et un non-résident du Canada aux fins fiscales, vend ses actions de Société A, une société résidente du Canada et une société non résidente des États-Unis aux fins fiscales. Le prix de vente des actions de Société A est composé de deux montants : un montant fixe payé à la clôture (1 M$) et un montant payable sur trois ans et en fonction des résultats futurs de Société A. Le PBR des actions vendues était de 100 000 $. La valeur des actions de Société A n'est pas attribuable à des biens immobiliers situés au Canada et le gain en capital réalisé par M. A bénéficie de l'exemption retrouvée à l'article XIII de la *Convention Canada/É.-U.* M. X cesse d'être résident des États-Unis et devient résident du Canada le 1er décembre 2006.

Comment seront imposées les deux composantes du gain en capital réalisé par M. X lors de la vente de ses actions de Société A en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, plus particulièrement, compte tenu de l'application potentielle du sous-alinéa 212(1)d)(v) L.I.R. à la portion

---

36 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* 369R, « Attribution du revenu provenant d'une fiducie à un auteur ou disposant », 12 mars 1990, par. 10.

37 « Table ronde sur la fiscalité fédérale », *loc. cit.*, note 35.

variable du prix de vente. Qu'en serait-il si la portion variable était plutôt sous forme de *reverse earn-out*?

Réponse de l'ARC

Tel qu'il a été mentionné l'an dernier, lors de la Table ronde sur la fiscalité fédérale[38] de l'APFF, les personnes non résidentes du Canada ne peuvent plus utiliser la méthode de recouvrement du coût prévue au *Bulletin d'interprétation* IT-426R[39]. De façon générale, cependant, l'ARC n'exigera pas que soit appliqué le sous-alinéa 212(1)d)(v) L.I.R. lorsque des actions qui sont des biens canadiens imposables sont vendues par une personne non résidente dans le cadre d'un contrat comportant une clause d'indexation sur les bénéfices futurs et que les quatre premières conditions mentionnées au *Bulletin d'interprétation* IT-426R[40] sont remplies. Dans un tel cas, aux fins du calcul de son gain ou de sa perte en capital lors de la disposition de telles actions, une personne non résidente pourra inclure dans le calcul de son produit de disposition la JVM d'un droit de recevoir des sommes en vertu de la clause d'indexation sur les bénéfices futurs prévue au contrat. La JVM d'un tel droit fera partie du produit de disposition de la personne non résidente aux fins de l'article 116 L.I.R. La disposition totale ou partielle de ce droit subséquemment par la personne non résidente, par exemple à la suite de la réception d'une somme en vertu de la clause d'indexation sur les bénéficies futurs, ne sera pas assujettie à l'impôt de la Partie I L.I.R. compte tenu du fait qu'un tel droit ne constitue pas un bien canadien imposable aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Lorsque la personne non résidente deviendra résidente du Canada, ce droit sera réputé, en vertu du paragraphe 128.1(1) L.I.R., avoir été disposé par la personne non résidente pour un produit égal à sa JVM immédiatement avant le moment où la personne non résidente deviendra résidente du Canada, et avoir été acquis par elle à ce moment à un coût égal à son produit de disposition. Tel qu'il a été mentionné précédemment, compte tenu du fait qu'un tel droit ne constitue pas un bien canadien imposable aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, la disposition réputée de ce droit en vertu du paragraphe 128.1(1) L.I.R. n'est pas assujettie à l'impôt de la Partie I L.I.R.

---

38 *Id.*

39 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-426R, « Actions vendues dans le cadre d'un contrat comportant une clause d'indexation sur les bénéfices futurs », 28 septembre 2004.

40 *Id.*, par. 2.

lorsqu'un contribuable devient résident du Canada. Toute disposition totale ou partielle de ce droit après que la personne non résidente est devenue résidente du Canada, par exemple à la suite de la réception de sommes en vertu de la clause d'indexation sur les bénéfices futurs, sera assujettie à l'impôt de la Partie I L.I.R. et pourra entraîner un gain en capital imposable ou une perte en capital déductible, selon le cas.

Pour ce qui est des *reverse earn-out*, la position énoncée plus haut trouvera également application lorsque le prix de vente des actions est initialement fixé à un maximum équivalant à leur JVM au moment de la vente mais que ce prix de vente maximum peut par la suite être diminué si certaines conditions ne sont pas respectées. Aux fins des présentes, nous présumons qu'un *reverse earn-out* est une entente prévoyant une réduction du prix de vente n'entraînant aucun remboursement par le vendeur d'une portion du prix de vente reçu au moment de la vente, mais réduisant plutôt toute portion du prix de vente payable après le moment de la vente. Dans un tel cas, le produit de disposition des actions pour la personne non résidente correspond au prix de vente maximum prévu au contrat. Si à tout moment après que la personne non résidente ayant vendu les actions est devenue résidente du Canada les conditions prévues au contrat ne sont pas respectées, entraînant de ce fait la réduction de toute portion du prix de vente payable après ce moment, cette réduction donnera lieu à une perte en capital déductible à l'égard du droit de recevoir des sommes en vertu de la clause d'indexation prévue au contrat. Tel qu'il a été mentionné au paragraphe précédent, la disposition totale ou partielle de ce droit avant que la personne non résidente ayant vendu les actions ne devienne résidente du Canada ne sera pas assujettie à l'impôt de la Partie I L.I.R. et ne pourra donc entraîner une perte en capital déductible.

16. HONORAIRES POUR LE RACHAT D'ACTIONS

L'ARC peut-elle nous indiquer si une société publique ayant engagé des honoraires afin d'obtenir un avis sur l'opportunité d'acquérir ses propres actions sur le marché peut déduire ces honoraires en vertu de l'alinéa 20(1)bb) L.I.R. si l'activité d'entreprise principale du prestataire de service est de donner des avis sur l'opportunité d'acheter ou de vendre certaines actions ou valeurs mobilières?

Réponse de l'ARC

L'alinéa 20(1)bb) L.I.R. permet à un contribuable de déduire les honoraires, qui sont des débours en capital, qu'il verse à une personne, entre

autres, pour obtenir son avis sur l'opportunité d'acheter ou de vendre une action ou une valeur mobilière donnée.

L'ARC est d'avis que les frais payés par un contribuable doivent se rapporter à l'achat ou à la vente de titres aux fins d'un portefeuille de placement. Par conséquent, les honoraires engagés par une société afin d'obtenir un avis sur l'opportunité d'acquérir ses propres actions sur le marché ne sont pas visés par les dispositions de l'alinéa 20(1)bb) L.I.R.

17. EXIGENCE DE PRODUCTION DE LA DÉCLARATION DE RENSEIGNEMENTS ET DE REVENUS DES FIDUCIES T3 LORSQUE LE PARAGRAPHE 75(2) L.I.R. S'APPLIQUE

Lorsqu'un bien est transféré à une fiducie et que le paragraphe 75(2) L.I.R. s'applique au transfert, les revenus, les pertes, les gains en capital et les pertes en capital sont réputés être ceux du cédant et non ceux de la fiducie ou de ses bénéficiaires.

L'ARC a émis l'opinion dans l'interprétation technique 9503935[41] en date du 28 juillet 1995. Selon ce document, il semble que l'ARC était d'avis que la production de la Déclaration de renseignements et de revenus des fiducies T3 (ci-après « Déclaration T3 ») n'était pas obligatoire si tous les revenus de la fiducie pour l'année d'imposition sont réputés en vertu du paragraphe 75(2) L.I.R. être les revenus de la personne qui a transféré le bien et qu'aucun avantage n'est conféré en vertu du paragraphe 105(2) L.I.R.

Toutefois, selon l'interprétation technique portant le numéro 2001-0114045[42], qui est plus récente, il semble que la fiducie ait l'obligation de produire une déclaration de revenus lorsqu'un tel revenu doit être ajouté directement au revenu du constituant selon les dispositions du paragraphe 75(2) L.I.R., et ce, tel qu'il est décrit dans le Guide des fiducies[43] à la section des exigences de production.

L'ARC précise que le revenu du cédant sera exclu de celui de la fiducie, qu'une Déclaration T3 doit être préparée à l'égard du constituant et que

---

41 *Tax Window Files*, *op. cit*., note 32, interprétation technique 9503935, 28 juillet 1995.

42 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2001-0114045, 11 juillet 2002.

43 AGENCE DU REVENU DU CANADA, T4013, T3 – Guide des fiducies – 2005.

l'annexe 9 doit être aussi remplie en indiquant que le revenu est un revenu attribué au cédant.

Pour que la fiducie puisse attribuer un revenu à l'un de ses bénéficiaires en vertu du paragraphe 104(13) L.I.R., le montant ainsi attribué au bénéficiaire doit avant tout représenter le revenu de la fiducie. Cela n'est pas le cas pour les revenus visés par le paragraphe 75(2) L.I.R., car les revenus sont réputés être ceux du cédant du bien.

Est-ce que l'ARC peut nous confirmer sa position relativement à l'obligation de produire une déclaration de revenus par la fiducie lorsque la totalité de ces revenus est assujettie au paragraphe 75(2) L.I.R.?

Si la fiducie doit produire une déclaration de revenus lorsque le paragraphe 75(2) L.I.R. s'applique, comment techniquement une perte subie par la fiducie peut-elle être « attribuée » au cédant afin que celui-ci puisse prendre avantage de ces montants dans sa déclaration de revenus?

En l'absence apparente de support législatif, l'ARC pourrait-elle appliquer une pénalité pour la non-production de la Déclaration T3 à une fiducie lorsque la totalité de ces revenus est assujettie au paragraphe 75(2) L.I.R.?

Réponse de l'ARC

La Déclaration T3 est à la fois une déclaration de revenus dont la production est exigée par l'alinéa 150(1)c) L.I.R. (sous réserve du paragraphe 150(1.1) L.I.R.) et à la fois une déclaration de renseignements dont la production est exigée en vertu de l'article 204 du *Règlement de l'impôt sur le revenu*[44]. Le paragraphe 150(1.1) L.I.R. prévoit que l'article 150(1)c) L.I.R. ne s'appliquera pas si les conditions mentionnées à l'alinéa 150(1.1)b) L.I.R. sont respectées. Ces conditions pourraient être respectées si tous les revenus de la fiducie sont assujettis au paragraphe 75(2) L.I.R. Cependant, il n'y a pas d'exception semblable pour ce qui est de la production de la Déclaration T3 à titre de déclaration de renseignements visée à l'article 204 R.I.R. Par conséquent, telle qu'elle est exprimée dans le Guide des fiducies 2005, notre position est qu'une Déclaration T3 doit être produite même si tous les revenus sont assujettis au paragraphe 75(2) L.I.R.

---

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

L'opinion contenue dans l'interprétation technique 9503935[45] ne représente donc plus la position de l'ARC à cet égard.

Même si la fiducie doit produire une Déclaration T3 ainsi que des Feuillets de renseignements T3 au cédant des biens dans les situations où le paragraphe 75(2) L.I.R. s'applique, il n'en demeure pas moins que ce sont les présomptions énoncées au paragraphe 75(2) L.I.R. qui permettent au cédant des biens de bénéficier, dans sa déclaration de revenus, de la perte en capital déductible, selon le cas, à l'égard des biens ou des biens y substitués visés par le paragraphe 75(2) L.I.R. Le Guide des fiducies 2005 reconnaît par ailleurs cette particularité et mentionne que, dans ces situations, la perte doit être déclarée entre parenthèses dans la case appropriée de la Déclaration T3 distincte, établie au nom du bénéficiaire, et qu'il faut indiquer clairement le genre de perte dans l'espace réservé aux notes de la Déclaration T3, sous la case 14.

Contrairement à ce qui est indiqué dans la question, l'obligation de produire la Déclaration T3 (lorsque tous les revenus sont attribués en vertu du paragraphe 75(2) L.I.R. et lorsque le paragraphe 150(1.1) L.I.R. s'applique), à titre de déclaration de renseignements visée à l'article 204 R.I.R., est appuyée législativement par l'article 221 L.I.R. Par conséquent, l'ARC pourrait appliquer la pénalité prévue au paragraphe 162(7) L.I.R.

18. HONORAIRES PROFESSIONNELS

Il nous semble que, depuis l'arrêt *British Columbia Power Corporation Limited* c. *MRN*[46] (repris par *Boulangerie St-Augustin Inc.* c. *La Reine*[47]), les frais engagés dans le cadre des communications aux actionnaires sont déductibles dans le calcul de revenu à titre de dépenses courantes et ne sont donc ni refusés par l'alinéa 18(1)a) L.I.R. ni par l'alinéa 18(1)b) L.I.R., même si le sujet de la communication porte sur un sujet de nature capital.

Est-ce que l'ARC pourrait se prononcer sur la déductibilité des frais engagés pour des avis professionnels (opinions légales, équité de l'offre (*fairness opinion*)) qui sont demandés par les administrateurs afin de

---

45 *Tax Window Files*, *op. cit*., note 32, interprétation technique 9503935, 28 juillet 1995.

46 67 D.T.C. 5258 (C.S.C.) (ci-après « *British Columbia Power Corporation* »).

47 95 D.T.C. 164 (C.C.I.); confirmé par 97 D.T.C. 5012 (C.A.F.) (ci-après « *Boulangerie St-Augustin* »).

préparer des communications aux actionnaires dans les circonstances suivantes :

a) Dans le cadre d'un rachat d'actions proposé par une société publique, les administrateurs devront généralement se prononcer sur la justesse de l'offre de rachat et demanderont d'obtenir un avis externe afin d'appuyer leur position. Est-ce que les frais engagés pour obtenir cet avis externe seront déductibles dans le calcul du revenu de la société à titre de dépenses courantes?

b) Dans le cadre d'une fusion entre deux sociétés requérant un vote des actionnaires, les frais engagés par les sociétés fusionnantes afin d'obtenir une opinion externe sur la justesse de la transaction (*fairness opinion*) sont-ils déductibles à titre de dépenses courantes si cette opinion est demandée par les administrateurs afin d'appuyer la recommandation de vote faite aux actionnaires et contenue dans les communications adressées aux actionnaires?

Réponse de l'ARC

Il faut d'abord souligner que la question de savoir si certaines dépenses données constituent des dépenses de nature courante ou de nature capital nécessite l'analyse de tous les faits et circonstances se rapportant à une situation particulière donnée. À cet égard, les faits relatés dans l'énoncé de la présente question sont très limités. Malgré cela, il nous est possible de formuler les commentaires généraux suivants.

Nous sommes d'avis que les frais engagés pour obtenir l'avis externe mentionné en a) ci-dessus constitueraient généralement des dépenses de nature capital visées à l'alinéa 18(1)b) L.I.R. Notre position à cet égard est, entre autres, fondée sur ce qui suit.

Nous sommes d'avis que de telles dépenses seraient normalement considérées comme étant engagées relativement à des opérations effectuées « une fois pour toutes » (à tout le moins à l'égard des actions rachetées) et ayant pour effet de modifier la structure de capital de la société donnée. De telles opérations ont été considérées comme étant de nature capital par les tribunaux. Compte tenu du fait que la déductibilité des frais relatifs à des transactions est généralement fonction de la nature desdites transactions (revenu ou capital), les dépenses engagées par la société donnée relativement au rachat des actions de son capital-actions (une transaction de nature capital) devraient être considérées comme des dépenses de nature capital. Relativement à ce qui précède, nous invitons le lecteur à consulter, entre

autres, les décisions *Canada Forgings Limited* c. *La Reine*[48] et *La Reine* c. *Kaiser Petroleum Ltd.*[49]

Par ailleurs, il est fait mention de la décision *Boulangerie St-Augustin* dans l'énoncé de la question. À notre avis, les faits relatifs à cette décision, de même que ceux relatifs aux décisions *International Colin Energy Corporation* c. *La Reine*[50] et *BJ Services Company Canada* c. *La Reine*[51], doivent être distingués de la situation énoncée en a) ci-dessus. En effet, dans ces trois décisions, le contribuable en cause était une société faisant l'objet d'une ou de plusieurs offres publiques d'achat. De manière générale, la question que les tribunaux devaient trancher dans ces affaires était de déterminer le traitement fiscal à donner à certaines dépenses engagées par des sociétés cibles dans un contexte où elles faisaient l'objet d'offres d'achat. À notre avis, une telle situation est différente d'une situation où une société rachète les actions de son capital-actions. Dans le cas du rachat d'actions, les dépenses engagées par la société donnée, de même que ses obligations pouvant découler de la législation corporative ou sur les valeurs mobilières applicables, résulteraient des actes mêmes de la société donnée, lesquels ont pour but l'acquisition et l'annulation des actions de son capital-actions. En comparaison, les dépenses et les obligations d'une société cible dans un contexte d'offre publique d'achat résultent techniquement d'une offre, émanant d'une autre personne, d'acquérir des actions de son capital-actions, ce qui oblige la société cible à informer ses actionnaires. Dans un tel processus, la société cible ne fait l'acquisition d'aucun bien de nature capital.

L'énoncé de la présente question fait également référence à la décision *British Columbia Power Corporation*. Dans cette décision, la Cour suprême du Canada a établi que les dépenses engagées par une société donnée afin de résister à une tentative d'expropriation visant les actions qu'elle détenait dans une filiale étaient des dépenses de nature capital. Par ailleurs, le tribunal a également établi que les dépenses engagées par la société donnée afin d'informer ses actionnaires relativement à ses activités et au statut des dossiers la concernant étaient déductibles dans le calcul de son revenu, à titre de dépenses courantes. Nous sommes d'avis que les faits relatifs à cette

---

48 83 D.T.C. 5110 (C.F. 1re inst).

49 90 D.T.C. 6603 (C.A.F.); permission d'en appeler à la Cour suprême du Canada refusée.

50 2002 D.T.C. 2185 (C.C.I.) (ci-après « *International Colin Energy Corporation* »).

51 2004 D.T.C. 2032 (C.C.I.) (ci-après « *BJ Services Company Canada* »).

décision doivent être distingués de la situation énoncée en a) ci-dessus. En effet, contrairement à la situation qui avait cours dans la décision *British Columbia Power Corporation*, les frais engagés par une société donnée pour obtenir l'avis externe mentionné en a) ci-dessus seraient intimement liés au processus relatif au rachat des actions de son capital-actions. Ces frais devraient probablement être considérés comme faisant partie intégrante du processus de rachat d'actions et seraient donc teintés de nature capital. Dans la décision *British Columbia Power Corporation*, il nous semble que les frais engagés par la société visée pour informer ses actionnaires n'avaient pas un lien aussi étroit avec la transaction de nature capital, qui était de préserver un actif de nature capital.

En ce qui a trait au scénario de fusion décrit en b) ci-dessus, nous sommes d'avis que les frais engagés par les sociétés fusionnantes afin d'obtenir une opinion externe sur l'équité de la transaction constitueraient généralement des dépenses de nature capital visées à l'alinéa 18(1)b) L.I.R. Notre position à cet égard est, entre autres, fondée sur ce qui suit.

Les dépenses relatives à une fusion doivent être considérées, de manière générale, comme étant effectuées en vue de créer une entité, structure ou organisation commerciale visant à gagner du revenu, ou encore en vue de modifier ou de créer une telle entité, structure ou organisation. La jurisprudence a établi que de telles dépenses étaient de nature capital. Nous invitons le lecteur à consulter, entre autres, à ce sujet la décision *Canada Starch Co. Ltd.* c. *MRN*[52], récemment reprise dans la décision *Rona Inc.* c. *La Reine*[53]. Dans le même ordre d'idées, des dépenses relatives à la fusion de sociétés sont normalement qualifiées de dépenses de nature capital parce que de telles dépenses ne sont pas engagées dans le cadre même du processus visant à gagner du revenu. Ces dépenses ont plutôt pour effet d'augmenter la structure servant à gagner du revenu, à modifier cette structure de manière permanente ou durable. Finalement, les dépenses relatives à une fusion peuvent être considérées comme des dépenses engagées une fois pour toutes, dans le but d'apporter un avantage pour le bénéfice durable de l'entreprise des sociétés fusionnantes et de celle de la société issue de la fusion.

Par ailleurs, nous sommes d'avis que les faits relatifs aux décisions *Boulangerie St-Augustin*, *International Colin Energy Corporation* et *BJ Services Company Canada* doivent aussi être distingués de la situation énoncée en b), et ce, pour des raisons similaires à celles indiquées ci-dessus.

---

[52] 68 D.T.C. 5320 (C. de l'É.).

[53] 2003 D.T.C. 979 (C.C.I.).

Ainsi, dans le cas d'une fusion, les dépenses engagées par les sociétés fusionnantes, de même que leurs obligations pouvant découler de la législation corporative ou sur les valeurs mobilières applicables, résulteraient des actes mêmes des sociétés fusionnantes, lesquels ont pour but la fusion des entités juridiques concernées. En comparaison, les dépenses et les obligations d'une société cible dans un contexte d'offre publique d'achat résultent techniquement d'une offre, émanant d'une autre personne, d'acquérir des actions de son capital-actions, ce qui oblige la société cible à informer ses actionnaires. Aux termes de ce type d'offre publique d'achat, la société cible ne fait l'acquisition d'aucun bien de nature capital et n'amorce pas la création ou la modification d'une entité, structure ou organisation commerciale visant à gagner du revenu.

Nous sommes également d'avis que les faits relatifs à la décision *British Columbia Power Corporation* doivent être distingués de la situation énoncée en b), et ce, pour des raisons similaires à celles indiquées ci-dessus. Ainsi, les frais engagés par les sociétés fusionnantes afin d'obtenir une opinion externe sur l'équité de la transaction seraient intimement liés au processus relatif à la fusion. Ces frais devraient probablement être considérés comme faisant partie intégrante du processus de fusion, et seraient donc teintés de nature capital. Encore une fois, dans la décision *British Columbia Power Corporation*, il nous semble que les frais engagés par la société visée pour informer ses actionnaires n'avaient pas un lien aussi étroit avec la transaction de nature capital qui était de préserver un actif de nature capital.

Bien entendu, le traitement fiscal des dépenses pourrait être différent de ce qui précède dans la mesure où il est déterminé que la fusion n'est qu'une étape effectuée dans le cadre de l'acquisition d'une société publique cible. À titre d'exemple, une société publique pourrait lancer une offre publique d'achat, avec contrepartie en actions, relativement aux actions du capital-actions d'une société cible, puis fusionner avec cette société cible. Dans une telle situation, les dépenses effectuées par la société acheteuse relativement à l'acquisition de la société cible (y incluant la fusion avec cette dernière) constitueraient généralement des dépenses de nature capital visées à l'alinéa 18(1)b) L.I.R. Toutefois, les dépenses effectuées par la société cible en vue de remplir les obligations que lui impose la législation corporative ou sur les valeurs mobilières et afférentes à la production, à l'intention des actionnaires, de circulaires relatives à des offres publiques d'achat (ce qui inclut normalement les frais liés à l'obtention d'opinions sur l'équité du prix offert) constitueraient généralement des dépenses déductibles en vertu du paragraphe 9(1) L.I.R. (dans la mesure où elles sont raisonnables) et ne seraient généralement pas visées par les alinéas 18(1)a) et b) L.I.R. Un tel traitement au niveau de la société cible serait alors conforme aux décisions

Boulangerie St-Augustin, *International Colin Energy Corporation* et *BJ Services Company Canada*.

En terminant, nous sommes d'avis que les frais mentionnés en b) ci-dessus et qui seraient visés par l'alinéa 18(1)b) L.I.R. devraient généralement se qualifier à titre de dépenses en capital admissibles, dans la mesure où les conditions édictées à la définition de « dépense en capital admissible » prévue au paragraphe 14(5) L.I.R. sont respectées, à moins que, sur la base des faits applicables, de tels frais ne doivent être ajoutés au coût des biens acquis (dans un scénario d'acquisition d'actions d'une société cible, par exemple).

19. FIDUCIE DISCRÉTIONNAIRE ET SOCIÉTÉS ASSOCIÉES

La réponse de l'ARC à la question 1.2. de la Table ronde sur la fiscalité fédérale du Congrès de 2004[54], relativement aux sociétés associées et aux fiducies, porte à confusion.

Les faits soumis à l'ARC étaient les suivants :

> « M. X est bénéficiaire d'une fiducie non testamentaire et discrétionnaire. L'acte de fiducie prévoit que dans l'éventualité du décès de M. X, son fils majeur, M. Y, sera le bénéficiaire substitué de la fiducie. La fiducie détient la totalité des actions émises et en circulation du capital-actions de Xco. M. Y détient la totalité des actions émises et en circulation du capital-actions d'une autre société appelée Yco[55]. »

La question importante était de déterminer si le sous-alinéa 256(1.2)f)(ii) L.I.R. était applicable relativement aux actions du capital-actions de Xco détenues par la fiducie.

Dans sa réponse, l'ARC a mentionné ce qui suit :

> « La définition de "bénéficiaire" prévue au paragraphe 108(1) L.I.R. s'applique seulement aux fins de la sous-section k de la section B de la Partie I L.I.R. portant sur les fiducies et leurs bénéficiaires, soit les articles 104 à 108 L.I.R. Cette définition n'est donc pas applicable aux fins de l'alinéa 256(1.2)f) L.I.R. De plus, le paragraphe 248(25) L.I.R. n'est pas applicable aux fins de l'alinéa

---

54 « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2004*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2005, pp. 50:11-78, question 1.2., aux pages 50:14-15.

55 *Id*., 50:14.

> 256(1.2)f) L.I.R., parce que la notion de "personne ayant un droit de bénéficiaire" n'y est pas utilisée.
>
> En ce qui concerne la situation présentée ci-dessus, compte tenu des informations limitées fournies dans les faits, il nous apparaît que les actions de Xco seraient réputées être la propriété de M. Y en vertu du sous-alinéa 256(1.2)f)(ii) L.I.R., si la part de M. Y du capital accumulé de la fiducie dépend de la façon dont le fiduciaire (ou les fiduciaires) de la fiducie exerce son pouvoir discrétionnaire à l'égard de M. X ou n'exerce pas son pouvoir discrétionnaire à l'égard de M. X.
>
> La réponse serait la même si l'acte de fiducie prévoyait que le fiduciaire n'aurait plus de pouvoir discrétionnaire après le décès de M. X[56]. »

Il semble y avoir une contradiction dans la réponse de l'ARC. En effet, si les notions de bénéficiaire et droit de bénéficiaire, telles qu'elles sont prévues aux paragraphes 108(1) et 248(25) L.I.R., ne sont pas applicables aux fins du sous-alinéa 256(1.2)f)(ii) L.I.R., comment l'ARC peut-elle prétendre qu'un bénéficiaire substitué est un bénéficiaire aux fins du sous-alinéa 256(1.2)f)(ii) L.I.R., et ce, sans avoir recours au paragraphe 248(25) L.I.R., qui prévoit l'inclusion d'un « […] droit – immédiat ou futur, conditionnel ou non, […] »?

Réponse de l'ARC

Notre compréhension de la situation présentée à la question 1.2. de la Table ronde sur la fiscalité fédérale du Congrès de 2004 de l'APFF est que M. Y est expressément désigné à titre de bénéficiaire dans l'acte de fiducie, mais qu'il ne peut recevoir du revenu ou du capital de la fiducie avant le décès de M. X.

Dans une telle situation, nous croyons que M. Y peut être considéré comme un bénéficiaire selon le droit civil. À cet égard, la notion de « bénéficiaire substitué » n'est pas utilisée dans le *Code civil du Québec*[57], et à notre connaissance cette expression n'est pas utilisée habituellement en droit civil.

Selon nous, la portée du sous-alinéa 256(1.2)f)(ii) L.I.R. est assez large pour que cette disposition soit applicable à une personne désignée à titre de

---

56 *Id*., 50:14-15.

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

bénéficiaire même si l'ouverture de son droit au revenu et au capital de la fiducie a lieu au décès de son père.

De plus, à notre avis, il ressort du libellé du sous-alinéa 256(1.2)f)(ii) L.I.R. que l'intention du législateur est que cette disposition soit applicable lorsqu'une personne est désignée à titre de bénéficiaire dans l'acte de fiducie, et que sa part sur le revenu ou le capital accumulé de la fiducie est conditionnelle au fait qu'une personne exerce ou n'exerce pas un pouvoir discrétionnaire à cet égard. D'ailleurs, dans sa réponse à la question 1.2. citée plus haut, le ministère des Finances avait mentionné qu'il considérait comme approprié, d'un point de vue de la politique fiscale, que les actions de Xco soient réputées être la propriété de M. Y en vertu du sous-alinéa 256(1.2)f)(ii) L.I.R.

20. JURISPRUDENCE

Dans *La Survivance* c. *La Reine*[58], la Cour d'appel fédérale indique que la présomption énoncée au paragraphe 256(9) L.I.R. selon laquelle le contrôle d'une société est, dans certaines circonstances, réputé acquis au premier moment de la journée de la transaction est applicable à toute la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Est-ce que l'ARC accepte les conclusions de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *La Survivance* concernant l'application de la présomption énoncée au paragraphe 256(9) L.I.R.?

Est-ce que le ministre des Finances envisage modifier la *Loi de l'impôt sur le revenu* afin de limiter l'application de cette présomption?

Réponse de l'ARC

Dans cette affaire, la Cour d'appel fédérale devait déterminer si La Survivance, une société réputée être une société publique, avait droit à une perte au titre d'un placement d'entreprise (ci-après « PTPE »), en vertu de l'alinéa 39(1)c) L.I.R., à la suite de la disposition par elle des actions de sa filiale, Les Clairvoyants, en faveur de Société Nationale.

L'ARC accepte les conclusions de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *La Survivance* en ce qui concerne l'application de la présomption prévue au paragraphe 256(9) L.I.R. L'ARC a décidé de ne pas demander d'autorisation

---

58 [2006] C.A.F. 129 (ci-après « *La Survivance* »).

d'interjeter appel de la décision de la Cour d'appel fédérale devant la Cour suprême du Canada dans l'affaire *La Survivance*, au motif que cette décision ne soulève pas de questions d'importance nationale.

Cependant, il semble que, dans cette affaire, la notion de « contrôle de fait », au sens prévu au paragraphe 256(5.1) L.I.R., n'ait pas été considérée pour déterminer si La Survivance avait droit à une PTPE, en vertu du sous-alinéa 39(1)c)(iii) L.I.R. En effet, pour déterminer si une perte en capital subie par un contribuable, résultant de la disposition d'actions d'une société, se qualifie comme PTPE, les actions disposées doivent être des actions d'une société exploitant une petite entreprise (ci-après « SEPE »), au sens prévu au paragraphe 248(1) L.I.R. La définition de SEPE prévoit, entre autres, que, pour se qualifier comme SEPE, une société doit être une SPCC, au sens prévu au paragraphe 125(7) L.I.R. Enfin, pour être une SPCC, une société doit, entre autres, être une société privée et une société canadienne, mais elle ne doit pas être une « société contrôlée, directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit », au sens prévu au paragraphe 256(5.1) L.I.R., par une ou plusieurs sociétés publiques.

En conséquence, nous sommes d'avis qu'on pourrait prétendre que La Survivance « contrôlait, directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit » Les Clairvoyants jusqu'au moment où pendant les heures ouvrables, le 5 juillet 1994, elle s'est défaite des actions de celle-ci en faveur de Société Nationale; et ce, malgré la présomption prévue au paragraphe 256(9) L.I.R. Les Clairvoyants n'étant pas une SPCC, on se serait attendu à ce que La Survivance n'ait pas le droit de réclamer une PTPE à l'égard de la disposition des actions de celle-ci.

L'ARC se propose donc de cotiser les cas semblables à La Survivance afin de refuser toute PTPE réclamée.

Réponse du ministre des Finances

Le ministère des Finances n'est pas disposé à commenter les modifications éventuelles à la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

21. MODIFICATIONS PROPOSÉES – AJOUT DE L'ARTICLE 3.1 L.I.R.

Le 31 octobre 2003, le ministère des Finances a déposé un projet de modification de la *Loi de l'impôt sur le revenu* visant une restriction applicable aux pertes avec l'ajout de l'article 3.1 L.I.R.

a) Où en est le ministère des Finances avec l'ajout de cet article?

b) Est-ce que le Ministère envisage toujours de maintenir les principes du test subjectif de bénéfice cumulatif et d'exclure le gain en capital de la notion de bénéfice?

c) Est-ce que le Ministère envisage de permettre le report d'une perte qui aurait été considérée comme non déductible, à cause de l'absence d'attente raisonnable de bénéfice cumulé, à l'encontre d'un revenu ultérieur tiré de la même entreprise ou du même bien?

Réponse du ministère des Finances

Comme vous le savez, l'ancien gouvernement a annoncé dans le Budget 2005[59] que les propositions d'octobre 2003 concernant l'article 3.1 L.I.R. seraient retirées et qu'une proposition plus modeste était en voie d'élaboration. Entre-temps, un nouveau gouvernement a été élu et il a été difficile de réexaminer les questions, y compris les modifications proposées, qui étaient déjà sur la table lorsque le nouveau gouvernement est arrivé au pouvoir. Toutefois, nous y travaillons et nous espérons qu'une décision sera prise à ce sujet dans un proche avenir.

Le but de ce projet a toujours été de revenir au *statu quo ante*. Le *statu quo ante* a toujours été que les gains en capital sont distincts du revenu et qu'ils ne devraient donc pas être inclus dans le calcul du bénéfice. Pour ce qui est du test subjectif de bénéfice cumulatif, le Ministère n'est pas exactement certain de ce que l'on entend par « subjectif » dans ces circonstances. L'article 3.1 L.I.R. proposé exigeait que l'attente de bénéfice cumulatif fût raisonnable dans les circonstances propres au contribuable. Le terme clé est « raisonnable », qui a clairement une connotation objective malgré le fait que cette détermination fût différente pour chaque contribuable. Il reste à savoir si cette norme sera maintenue dans les propositions à venir, mais il est certain que la politique prend son origine du principe selon lequel le régime fiscal (et, du même fait, les contribuables en général) ne devrait pas subventionner des activités qui sont sans espoir de bénéfice.

En ce qui concerne le report de pertes antérieures, la *Loi de l'impôt sur le revenu* est claire sur ce point : sans source de revenu, aucune perte n'est possible. Autrement dit, la « perte » ne peut être mesurée que par rapport au « bénéfice » possible. Sans possibilité de bénéfice, il n'y a pas de perte. Le

---

[59] QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2005-2006, Discours sur le budget et Renseignements supplémentaires*, 21 avril 2005.

bénéfice éventuel de l'activité ne change rien à ce principe et, comme l'objectif est de retourner au *statu quo ante*, nous ne voyons pas la nécessité de nous en écarter.

22. REDEVANCES ET *CONVENTION CANADA/É.-U.*

Société A est résidente des États-Unis et non résidente du Canada aux fins fiscales. Société A n'a pas d'établissement stable ou permanent au Canada aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ou de la *Convention Canada/É.-U.* Société A acquiert les droits mondiaux de télédiffusion de certains événements artistiques. Société A permet ensuite à Société B de télédiffuser ces événements artistiques au Canada moyennant le versement de certains montants en fonction des revenus tirés par Société B de cette télédiffusion.

a) L'ARC croit-elle que les sous-alinéas 212(1)d)(i) ou (vi) L.I.R. seraient applicables aux versements faits par Société B à Société A?

b) Qu'en est-il du paragraphe 212(5) L.I.R.?

c) Selon l'ARC, ces versements constitueraient-ils des redevances aux fins de l'article XII de la *Convention Canada/É.-U.* ou du revenu d'entreprise visé à l'article VII de cette *Convention Canada/É.-U.*?

Réponse de l'ARC

Dans une situation donnée réelle, il faudrait examiner les contrats entre les parties pour déterminer les droits ou les biens acquis en raison de l'entente entre les parties et pour donner une réponse définitive à ce cas particulier.

L'alinéa3(1)f) de la *Loi sur le droit d'auteur*[60] prévoit qu'un droit d'auteur comporte, en outre, le droit exclusif de communiquer au public, par télécommunication, une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique. Ce droit est distinct du droit de produire ou de reproduire.

Sous réserve d'un examen des contrats entre les parties, il se pourrait que Société B ait acquis seulement le droit d'utiliser le droit prévu à l'alinéa 3(1)f) L.D.A.

---

[60] L.R.C., c. C-42 (ci-après « L.D.A. »).

En supposant que Société B a acquis un tel droit d'utilisation, les réponses à vos questions seraient les suivantes :

a) Nous sommes d'avis que les montants payés par Société B à Société A seraient des paiements faits en vue d'utiliser, ou d'obtenir le droit d'utiliser, au Canada, des biens ou toute autre chose. Ainsi, le sous-alinéa 212(1)d)(i) L.I.R. s'appliquerait.

Par ailleurs, tel qu'il a été mentionné précédemment, nous sommes d'avis que le droit prévu à l'alinéa 3(1)f) L.D.A. est un droit distinct du droit de production ou de reproduction (droit prévu à l'alinéa 3(1)a) L.D.A.) d'une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique. Ainsi, en tenant compte de l'hypothèse mentionnée ci-dessus quant à la nature des droits acquis, nous sommes d'avis que le sous-alinéa 212(1)d)(vi) L.I.R. ne s'appliquerait pas pour exclure de l'impôt de la Partie XIII L.I.R. les montants payés par Société B.

b) Nous n'avons pas assez de renseignements pour déterminer si le paragraphe 212(5) L.I.R. s'applique également à la présente situation. Il pourrait cependant y avoir des situations où les paiements faits par Société B seraient visés par le préambule du paragraphe 212(5) L.I.R., tel qu'il a été modifié par les propositions législatives du 18 juillet 2005 à l'égard, par exemple, d'un droit d'utilisation d'un film, d'une bande magnétoscopique ou d'autres procédés de reproduction à utiliser pour la télévision (sauf ceux utilisés uniquement pour une émission d'information produite au Canada). Les propositions législatives du 18 juillet 2005 contiennent une modification proposée à l'alinéa 212(1)d) L.I.R. pour ajouter une exclusion de l'alinéa 212(1)d) L.I.R. lorsque le paiement est une somme à laquelle le paragraphe 212(5) L.I.R. s'appliquerait s'il n'était pas tenu compte du passage « dans la mesure où la somme se rapporte à l'utilisation ou reproduction » au paragraphe 212(5) L.I.R. (tel qu'il a été modifié par les propositions législatives du 18 juillet 2005).

c) Le paragraphe 4 de l'article XII de la *Convention Canada/É.-U.* définit le terme « redevances » employé à l'article XII comme désignant les rémunérations de toute nature payées pour l'usage ou la concession de l'usage d'un droit d'auteur sur, entre autres, une œuvre littéraire, artistique ou scientifique (y compris les films et les œuvres enregistrées sur films, bandes magnétoscopiques ou autres moyens de reproduction destinés à la télévision). En tenant compte de l'hypothèse posée quant à la nature des paiements faits par Société B, ces paiements seraient

considérés comme étant des redevances aux fins de l'article XII de la *Convention Canada/É.-U.*

Que les paiements faits par la Société B à la Société A soient visés par le sous-alinéa 212(1)d)(i) L.I.R. ou par le paragraphe 212(5) L.I.R., le Canada pourrait imposer ces redevances conformément au paragraphe 2 de l'article XII de la *Convention Canada/É.-U.*, à moins que l'alinéa d) du paragraphe 3 de l'article XII de la *Convention Canada/É.-U.* ne s'applique.

23. PROJET DE LOI SUR L'IMPOSITION DES DIVIDENDES

Une des exigences de la définition de « dividende déterminé » est que le récipiendaire soit une personne résidente du Canada. Il semble qu'une fiducie non résidente mais réputée résidente par le paragraphe 94(3) L.I.R. ne serait pas considérée comme résidente aux fins de la définition de « dividende déterminé ». Le ministère des Finances peut-il confirmer notre compréhension?

Réponse du ministère des Finances

Le paragraphe 94(3) L.I.R. est une disposition antiévitement mais sans but punitif. Il devrait simplement éliminer tout avantage fiscal associé à l'utilisation d'une fiducie non résidente. Ainsi, une fiducie réputée résidente du Canada en vertu de ces règles devrait être admissible aux mêmes avantages que toute autre fiducie résidente du Canada, et nous croyons que tel est le cas. Ce résultat est atteint avec le sous-alinéa 94(3)a)(ii) L.I.R., qui traite une fiducie comme résidente aux fins du calcul de son revenu et qui donc tient compte de la majoration de 45 % prévue à l'article 82 L.I.R., et avec le sous-alinéa 94(3)a)(viii) L.I.R., qui prévoit qu'une fiducie non résidente est réputée résidente pour le calcul de l'impôt de la Partie I L.I.R. payable par la fiducie et qui, par le fait même, tient compte du crédit d'impôt bonifié en vertu de l'article 121 L.I.R.

24. DISPOSITION INVOLONTAIRE ET MOMENT DE LA DISPOSITION DU BIEN

Le paragraphe 44(2) L.I.R. établit le moment de la disposition d'un bien de façon involontaire par un contribuable. Quelle serait la position de l'ARC quant aux points suivants :

a) Selon l'alinéa 44(2)b) L.I.R., une somme est réputée être un montant à recevoir au titre du produit de disposition « […] le jour où l'indemnité à

verser au contribuable pour le bien est fixée de façon définitive par ces tribunaux […] ».

Que signifie précisément « le jour »? S'agit-il du jour du jugement de première instance ou du jour suivant l'échéance de tous les délais d'appel?

b) La dernière phrase du paragraphe 44(2) L.I.R. mentionne que « le contribuable est réputé avoir possédé le bien d'une façon continue jusqu'au moment ainsi déterminé ».

Puisque le paragraphe 44(2) L.I.R. s'applique à toutes les fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le contribuable aura-t-il la présomption que son bien (perdu, volé ou détruit) est encore détenu dans le but de gagner un revenu jusqu'au moment où le produit de disposition est établi? Si oui, le contribuable aurait-il le droit de déduire un amortissement au cours des années où il est réputé avoir possédé le bien?

Réponse de l'ARC

a) Aux termes du *Bulletin d'interprétation* IT-271R, la position suivante de l'ARC est énoncée audit bulletin :

> « Si, dans les cas où l'alinéa 44(2)b) s'applique, un tribunal ou une cour a fixé l'indemnité, et que le contribuable n'en a pas appelé à une autorité supérieure, le jour de détermination de l'indemnité coïncide avec celui de la fin de la période d'appel. Cependant, avant la fin de la période d'appel, le contribuable peut conclure un accord avec l'autorité expropriante et accepter comme indemnité complète le montant déterminé par le tribunal ou la cour (ou un autre montant). Dans ce cas, le jour où cet accord est conclu constitue la date à retenir aux fins du paragraphe 44(2)[61]. »

Bien que ce bulletin d'interprétation soit archivé, nous confirmons que la position de l'ARC énoncée au paragraphe 9 demeure valide.

b) Puisque le paragraphe 44(2) L.I.R. s'applique à toutes les fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu* – notamment en ce qui a trait à la réclamation de déductions pour amortissement (ci-après « DPA ») si les biens sont des immobilisations amortissables –, l'ARC confirme qu'un contribuable peut réclamer la DPA relativement au bien remplacé pour les années

---

[61] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-271R, « Expropriations - Date et produit de la disposition », 16 mai 1980, par. 9.

d'imposition pendant lesquelles le contribuable est réputé détenir le bien en raison des alinéas 44(2)a) à e) L.I.R.

Le *Bulletin d'interprétation* IT-271R prévoit ce qui suit :

> « Le paragraphe 44(2) s'applique à toutes les fins de la L.I.R., y compris la détermination du revenu ou de la perte provenant d'une entreprise ou de biens, si les biens expropriés sont des stocks appartenant au contribuable, la réclamation de déductions pour amortissement ou la détermination d'une récupération ou d'une perte finale, si les biens expropriés sont des biens en immobilisations amortissables […][62]. »

Nous confirmons également que la position énoncée au paragraphe 7 du *Bulletin d'interprétation* IT-271R est toujours en vigueur.

25. ABRI FISCAL

M. A est un résident canadien au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Holdco est une société contrôlée par M. A, de même qu'une SPCC et une société canadienne imposable telles qu'elles sont définies dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*. M. A souscrit une police d'assurance vie universelle ayant un capital décès de 1,5 M$ dont il est le bénéficiaire. La police d'assurance est une police exonérée aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. M. A emprunte auprès de la Banque une somme de 1,5 M$. Il s'agit d'un prêt remboursable à demande, portant intérêt à un taux de 6 % pour une période de 10 ans. Les courtiers faisant la promotion de ces arrangements font cependant des projections financières qui s'échelonnent sur plus de 10 ans, soit jusqu'au décès de M. A, en présumant qu'il atteindra un âge égal à son espérance de vie. Les intérêts seront payés mensuellement. La Banque aura le droit de demander le paiement de l'emprunt en tout temps, incluant lors du décès de M. A ou en cas de défaut. M. A peut rembourser en tout temps la totalité ou une partie de l'emprunt, le cas échéant, une indemnité sera applicable. M. A utilise le produit de l'emprunt ainsi qu'une somme de 500 000 $ qu'il détient personnellement pour faire l'acquisition d'une rente viagère de 2 M$ auprès d'Opco. Cette rente ne sera pas un contrat de rente visé par règlement.

Afin de garantir l'emprunt auprès de la Banque, M. A remet à la Banque, à titre de garantie, une hypothèque mobilière sur les droits, titres et intérêts de M. A dans la police d'assurance et le contrat de rente. De plus, la Banque est nommée bénéficiaire de la police jusqu'à concurrence du solde

---

62 *Id*., par. 7.

non remboursé de l'emprunt. Holdco signe, pour sa part, une lettre de caution de 85 000 $. À la fin de l'année d'imposition qui se termine dans les quatre ans suivant le jour où l'arrangement décrit précédemment a été conclu, le total des déductions pour intérêt, de la portion de la prime d'assurance déductible selon l'alinéa 20(1)e.2) L.I.R. et des déductions relatives à la rente excède le montant payé pour acquérir la rente.

a) Est-ce que l'ARC considère que de tels arrangements constituent un abri fiscal aux fins de l'article 237.1 L.I.R.?

b) Dans l'affirmative, comment s'appliquera le paragraphe 143.2(6) L.I.R. à ces arrangements, c'est-à-dire quels seront les résultats de son application?

Réponse de l'ARC

Il nous est impossible de répondre à votre première question puisqu'il s'agit d'une question de fait qui doit être résolue notamment à la lumière des déclarations ou annonces faites relativement au bien et de la documentation relative aux arrangements. Toutefois, pour établir s'il y a des avantages visés par règlement qu'une personne peut recevoir, aux fins de déterminer si un contrat de rente est un abri fiscal au sens du paragraphe 237.1(1) L.I.R., nous sommes d'avis que le prêt remboursable à demande pourrait, selon le cas, être considéré comme un montant à recours limité en vertu du paragraphe 143.2(7) L.I.R., et donc un avantage prescrit, s'il est établi que le débiteur n'a pas à rembourser ce prêt et les intérêts y afférents selon des arrangements, constatés par écrit et conclus de bonne foi au moment où le prêt est survenu, dans une période raisonnable ne dépassant pas 10 ans.

Cependant, dans la mesure où il était déterminé que le contrat de rente viagère acquis dans le cadre d'un arrangement représente un abri fiscal selon le paragraphe 237.1(1) L.I.R. et un abri fiscal déterminé au sens du paragraphe 143.2(1) L.I.R., nous sommes d'avis que le coût du contrat de rente viagère serait ramené au montant égal à l'excédent éventuel du montant dépensé pour acquérir le contrat sur, entre autres, les montants à recours limité du contribuable, conformément au paragraphe 143.2(6) L.I.R. Ce rajustement de coût réduirait le coût de base rajusté (ci-après « CBR ») du contrat de rente, déterminé selon le paragraphe 148(9) L.I.R., et le montant de ce nouveau CBR serait utilisé pour établir le montant à inclure dans le calcul du revenu du contribuable selon le paragraphe 12.2(1) L.I.R.

26. PROJET DE LOI SUR L'IMPOSITION DES DIVIDENDES

La définition de « désignation excessive de dividende déterminé » de l'alinéa 89(1)c) L.I.R. inclut une somme égale au montant du dividende déterminé, s'il est raisonnable de considérer que celui-ci a été versé dans le cadre d'une opération, ou d'une série d'opérations, dont l'un des principaux objets consistait à maintenir ou à augmenter artificiellement le compte de revenu à taux général de la société ou à maintenir ou à diminuer artificiellement son compte de revenu à taux réduit.

a) Est-ce que le ministère des Finances pourrait présenter des exemples de situations visées par cette règle antiévitement?

b) Est-ce que le ministère des Finances pourrait nous expliquer en quoi une telle disposition antiévitement est nécessaire compte tenu de la DGAÉ?

Réponse du ministère des Finances

a) Bien qu'il soit impossible de prévoir toutes les structures ou techniques auxquelles les planificateurs fiscaux auront recours dans l'application de ces règles, il arrive souvent que des résultats inappropriés surviennent lorsqu'un traitement fiscal favorable dépend en grande partie de calculs mécaniques. Voici deux exemples généraux de situations où la règle de l'alinéa 89(1)c) L.I.R. pourrait s'appliquer.

   i) Dans le cas d'une société publique, on pourrait introduire, dans la structure du capital, un actionnaire indifférent à la réception de dividendes admissibles. Tout dividende non admissible payé à cet actionnaire par la société réduirait le compte de revenu à taux réduit (ci-après « CRTR ») de la société et lui permettrait ensuite de payer un dividende admissible à ses autres actionnaires. Bien que les règles envisagent la possibilité qu'une société puisse choisir lesquels de ses actionnaires recevront des dividendes admissibles, les circonstances entourant un dividende particulier (l'identité de l'actionnaire, les conditions liées au rachat ou à l'annulation des actions, et peut-être aussi le financement) peuvent donner des motifs de croire que la société a réduit artificiellement son CRTR.

   ii) Un deuxième exemple pourrait être une SPCC qui prévoit perdre son statut de SPCC. Étant donné que le CV des actions de la société réduira le CRTR de la société dans l'année qui suit l'année de la perte du statut de SPCC, les contribuables pourraient structurer leurs opérations de manière à accroître le CV avant que la société

ne perde son statut de SPCC. Dans ce second cas, ce sont encore les circonstances entourant l'opération qui permettront de déterminer si cette augmentation du CV a réduit « artificiellement » le CRTR de la société.

De toute évidence, chaque cas est un cas d'espèce et devrait être examiné en tant que tel et, vu la créativité des fiscalistes, d'autres types d'opérations pourraient justifier l'application de cette règle.

b) Le Ministère a jugé qu'une règle antiévitement spécifique était nécessaire en l'occurrence en raison de la nature mécanique du régime (et du risque de manipulation qui en découle) et en raison de l'incidence considérable que la disponibilité du crédit d'impôt bonifié a sur les revenus du gouvernement. Quoi qu'il en soit, cette règle n'est pas redondante avec la DGAÉ. N'oublions pas que la DGAÉ est une règle générale devant servir de filet de sécurité. À ce titre, il s'agit d'un mécanisme complexe et beaucoup plus difficile à appliquer, sur le plan juridique et administratif, qu'une règle antiévitement spécifique. De plus, la jurisprudence montre que la DGAÉ peut s'appliquer aux opérations qui cherchent à éviter l'application d'une règle antiévitement spécifique. Il est donc évident que les deux règles peuvent coexister.

27. DÉLAI DE PRODUCTION DE LA DÉCLARATION DE REVENUS DES FIDUCIES

Selon l'alinéa 150(1)c) L.I.R., les fiducies doivent produire leur déclaration dans les 90 jours suivant la fin de l'année. Pour ce qui est des fiducies non testamentaires, l'année d'imposition correspond à l'année civile, sauf exceptions prévues expressément dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Par conséquent, celles-ci doivent toutes produire leur déclaration de revenus au même moment, soit généralement au 31 mars.

Plusieurs fiducies ont d'autres fiducies pour bénéficiaires, lesquelles reçoivent souvent les feuillets de la première fiducie à inclure à leurs revenus après leur propre date de production.

En pratique, certains contribuables produisent une première déclaration avec les informations disponibles au moment de la production, afin d'éviter les pénalités de retard, et une déclaration amendée est produite par la suite avec les feuillets additionnels reçus de la première fiducie.

a) Est-ce que l'ARC est en accord avec cette façon de procéder?

b) Si oui, qu'en est-il des intérêts qui peuvent résulter de l'impôt additionnel payé après la date de production dû au revenu déclaré sur la déclaration amendée?

c) Est-ce que le ministère des Finances prévoit faire un changement à la législation à ce sujet, notamment afin de permettre un délai supplémentaire lorsqu'une fiducie est bénéficiaire d'une autre fiducie?

Réponse de l'ARC

a) Le Guide des fiducies T4013 prévoit que, si une fiducie n'a pas les feuillets de renseignements nécessaires pour remplir sa Déclaration T3 au moment où la fiducie doit la produire, elle doit faire une estimation des revenus figurant sur les feuillets manquants. Le guide indique également que, si après avoir reçu les feuillets, la fiducie détermine que l'estimation diffère des montants réels, elle doit envoyer les feuillets et une lettre demandant à l'ARC de rajuster le revenu de la fiducie.

Selon ce que vous nous indiquez dans la question, la fiducie ne semble pas ajouter une estimation des revenus provenant de la fiducie dont elle est bénéficiaire et dont elle n'a pas le feuillet. Par conséquent, cette méthode n'est pas celle préconisée par l'ARC puisque la fiducie n'a pas procédé à une estimation des revenus provenant de la fiducie dont elle est bénéficiaire.

Dans la plupart des situations, la fiducie devrait être en mesure de calculer de façon assez précise les revenus qui lui étaient payables par la fiducie dont elle est bénéficiaire.

b) Le paragraphe 161(1) L.I.R. prévoit qu'un contribuable est tenu de verser au Receveur général des intérêts sur l'excédent de l'impôt payable par le contribuable pour l'année en vertu de la Partie I L.I.R. sur le total des montants payés au plus tard à la date d'exigibilité du solde de l'impôt payable. Ces intérêts sont payables à partir du moment postérieur à la date d'exigibilité du solde jusqu'au paiement de l'impôt impayé au taux prescrit.

Si le montant réel des revenus provenant de la fiducie est plus élevé que le montant de revenus provenant de la fiducie qui a été estimé, la fiducie bénéficiaire devra verser des intérêts en vertu de ce paragraphe.

Réponse du ministère des Finances

Le ministère des Finances est conscient de cette préoccupation et s'emploie avec l'industrie des fonds de placement à trouver un moyen de satisfaire, à la fois, les contribuables qui veulent avoir suffisamment de temps pour préparer leur déclaration de revenus et les fonds communs de placement (y compris les fiducies de revenu) qui veulent avoir suffisamment de temps pour calculer leur revenu et préparer les Feuillets de renseignements T3 distribués à leurs investisseurs. Les besoins des fiducies qui détiennent des intérêts dans d'autres fiducies seront également pris en considération lors de cette analyse.

28. DÉFINITION DE L'ACTION ADMISSIBLE DE PETITE ENTREPRISE

L'alinéa 110.6(14)b) L.I.R. prévoit que, aux fins de la définition d'« action admissible de petite entreprise » (ci-après « AAPE ») que l'on retrouve au paragraphe 110.6(1) L.I.R., le droit visé à l'alinéa 251(5)b) L.I.R. ne comprend pas un droit prévu par convention d'achat-vente portant sur une action du capital-actions d'une société.

a) L'ARC considère-t-elle qu'une convention prévoyant que des actions d'une société pourraient être émises à une personne non résidente dans certaines circonstances et sur décision de cette personne constitue une « convention d'achat-vente » aux fins de l'alinéa 110.6(14)b) L.I.R.?

b) L'ARC pourrait-elle plus généralement apporter des précisions quant à son interprétation de cette expression?

Réponse de l'ARC

a) L'alinéa 110.6(14)b) L.I.R. a pour effet de permettre à un particulier dont les actions sont des AAPE de ne pas perdre ce statut du seul fait qu'il a conclu une convention d'achat-vente relativement à ses actions. Tout autre droit visé à l'alinéa 251(5)b) L.I.R. peut faire en sorte qu'une action ne répond pas aux exigences de la définition de l'AAPE, notamment en ce qui a trait à l'exigence de propriété des actions.

Une convention d'achat-vente doit d'abord constituer un droit visé à l'alinéa 251(5)b) L.I.R. avant qu'il ne soit pertinent de l'exclure en vertu de l'alinéa 110.6(14)b) L.I.R. Aux termes du *Bulletin d'interprétation*

IT-419R2[63], l'ARC est d'avis que, bien que le libellé de l'alinéa 251(5)b) L.I.R. soit suffisamment général pour comprendre presque n'importe quelle convention « d'achat-vente », ce paragraphe ne s'applique normalement pas uniquement en raison de l'existence d'un droit de premier refus ou d'une clause de coercition (en anglais, *shotgun clause*).

Une convention prévoyant que des actions d'une société pourraient être émises à une personne non résidente dans certaines circonstances et sur décision de cette personne semble à première vue constituer un contrat d'option d'achat (*call option*). Selon les termes d'un tel contrat, le bénéficiaire de l'option d'achat peut exiger qu'une autre partie – celle qui a accordé l'option d'achat – lui vende les actions qui font l'objet de l'option d'achat.

La position de l'ARC – telle qu'elle est énoncée dans une interprétation technique[64] – est qu'un contrat d'option d'achat ne peut être qualifié de convention d'achat-vente aux fins de l'application de l'alinéa 110.6(14)b) L.I.R. Ainsi, les droits découlant d'un contrat d'option d'achat sont pertinents afin de déterminer si une action constitue une AAPE aux termes du paragraphe 110.6(1) L.I.R.

b) Puisque le terme « convention d'achat-vente » n'est pas défini dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, l'ARC est d'avis qu'il est nécessaire d'interpréter cette expression à la lumière de son sens ordinaire. Quoique la forme et la teneur d'une convention d'achat-vente puissent varier selon les circonstances, l'ARC a indiqué dans l'interprétation 2002-0156745 qu'une telle convention d'achat-vente est généralement définie comme étant un contrat bilatéral qui prévoit habituellement la vente par une personne et l'acquisition par une autre personne de biens, qui font l'objet de la convention, appartenant à la première personne.

29. MOMENT OÙ LE MONTANT DEVIENT PAYABLE

Aux fins de l'alinéa 39(1)c) L.I.R., le paragraphe 39(12) L.I.R. indique qu'une créance est réputée être une créance d'une SEPE si la société était, entre autres, une SEPE « à un moment donné au cours des 12 mois précédant

---

63 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-419R2, « Sens de l'expression "sans lien de dépendance" », 8 juin 2004.

64 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2002-0156745, 11 octobre 2002.

le moment où un montant devient payable pour la première fois par le contribuable aux termes de l'entente ».

Selon nous, les principales étapes qui ont lieu lorsque la société est dans l'impossibilité de remplir ses obligations face à ses créanciers sont les suivantes :

a) défaut de payer pour la première fois par la société;

b) réception par la caution d'un avis officiel du créancier;

c) entente de paiement entre le créancier et la caution;

d) début des procédures de recouvrement par le créancier contre la caution;

e) date du jugement.

Dans l'affaire *Proulx-Drouin* c. *Canada*[65], on mentionne que le montant est devenu payable pour la première fois au moment où le créancier a déposé un avis à la Cour supérieure afin d'exercer l'hypothèque sur la résidence au titre d'exercice de la garantie.

a) Est-ce que l'ARC est en accord avec l'interprétation du juge relativement au moment où la créance devient payable pour la première fois?

b) L'ARC peut-elle préciser quelles directives seraient appropriées dans la détermination de ce moment où le montant devient payable?

Réponse de l'ARC

a) Le terme « payable » n'est pas défini explicitement dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*. En conséquence, les tribunaux ont généralement interprété ce terme selon son sens ordinaire. Par exemple, *Le Petit Robert*[66], en définissant le terme « payable », réfère au concept de ce qui doit être payé alors que le *Jowitt Dictionary of English Law* définit ce terme de la façon suivante :

---

65 [2005] A.C.I. n° 127, par. 30 (ci-après « *Proulx-Drouin* »).

66 *Le Petit Robert 1*, Paris, Les dictionnaires Le Robert, 1996.

> « Payable: A sum of money is said to be payable when a person is under an obligation to pay it.
>
> Payable may signify an obligation to pay at a future time, but when used without qualification payable means that the debt is payable at once, as opposed to owing[67]. »

Par ailleurs, les décisions dans les affaires *La Reine* c. *National Trust Company*[68] et *Canada* c. *Yannelis*[69] confirment que le moment où une somme devient payable est le moment où ladite somme doit être payée et pour laquelle le créancier peut légalement exiger le paiement. Évidemment, puisque le sens d'un mot est fonction du contexte dans lequel ce mot doit être utilisé, l'interprétation du terme « payable » doit être effectuée à la lumière des dispositions législatives pertinentes. En l'espèce, il est nécessaire d'examiner le paragraphe 39(12) L.I.R. afin de déterminer si le terme « payable » garde son sens ordinaire ou si un sens particulier doit lui être attribué.

Au paragraphe 39(12) L.I.R., le terme « payable » fait référence à un montant qui devient payable pour la première fois par le contribuable – soit le garant – aux termes d'une entente de garantie de dette. Ainsi, s'il s'agit du défaut de pouvoir examiner le libellé d'une entente de garantie de dette particulière, l'ARC est d'avis que le terme « payable » utilisé au paragraphe 39(12) L.I.R. fait référence au moment où un créancier peut, pour la première fois, exiger du garant le paiement de la dette de la société.

Dans l'affaire *Proulx-Drouin*, l'appelante avait garanti un prêt effectué par la Banque Nationale du Canada à la société 139093 Canada Inc. (ci-après « 139093 ») en consentant une hypothèque sur la résidence familiale dont elle était propriétaire. Lorsque 139093 fut en défaut de rembourser son prêt à la Banque Nationale du Canada, cette dernière a signifié un préavis de recours hypothécaire à l'appelante et a déposé le préavis à la Cour supérieure le 5 mars 1996. Le tribunal a déterminé que c'est à ce moment que le montant de la garantie devint payable par l'appelante.

---

67 William JOWITT, Clifford WALSH et John BURKE, *Jowitt's Dictionary of English Law*, 2e éd., London, Sweet and Maxwell, 1997.

68 [1998] A.C.F. no 968 (C.A.F.).

69 (1995) 130 D.L.R. (4e) 632 (C.A.F.). Voir également la décision dans l'affaire *La Reine* c. *Timagami Financial Services*, 82 D.T.C. 6268.

L'ARC est d'accord avec cette décision puisqu'elle est conforme à la notion du terme « payable » tel qu'il est interprété par la jurisprudence. En effet, pour que la Banque Nationale puisse exiger le paiement de la garantie par l'appelante ou, alternativement, exercer ses recours hypothécaires, elle devait signifier à l'appelante un préavis de recours hypothécaire et déposer ce préavis au greffe de la Cour supérieure, et ce, aux termes des articles 2757 et 2758 C.c.Q.

b) Un montant devient payable dès qu'il doit être payé par le débiteur et dès que le créancier peut légalement exiger le paiement du montant. Ces déterminations doivent être effectuées à la lumière des circonstances particulières de chaque cas et à la lumière du cadre juridique applicable.

30. PARAGRAPHE 111(5.1) L.I.R. – PERTE LATENTE SUR LES BIENS AMORTISSABLES D'UNE CATÉGORIE PRESCRITE LORS D'UNE ACQUISITION DE CONTRÔLE

L'alinéa 1100(1)a) R.I.R. indique qu'un contribuable peut réclamer pour une année d'imposition une partie de la fraction non amortie du coût en capital (ci-après « FNACC »), pour lui, de ses biens amortissables d'une catégorie prescrite, à la fin de l'année d'imposition (la FNACC étant déterminée avant toute DPA). La DPA est donc facultative.

L'objet du paragraphe 111(5.1) L.I.R. est de créer une déduction dans le calcul du revenu d'une société, pour une année d'imposition se terminant immédiatement avant le moment où le contrôle de la société est acquis, correspondant à la « perte latente » sur les biens amortissables d'une catégorie prescrite de la société. Dans le calcul du montant déductible selon le paragraphe 111(5.1) L.I.R., il faut déduire selon l'alinéa 111(5.1)b) L.I.R. ce qui suit :

> « b) la déduction autorisée par ailleurs par les dispositions réglementaires prises en application de l'alinéa 20(1)a) ou le montant déductible selon le paragraphe 20(16), pour les biens de cette catégorie, dans le calcul du revenu de la société pour l'année d'imposition se terminant immédiatement avant ce moment. »

Prenons par exemple la situation suivante :

Le contrôle effectif (*de jure*) d'OPCO a été acquis le 1er juillet 2006. Le 30 juin 2006, OPCO possédait des biens amortissables de la catégorie 3, dont la JVM était de 30 000 $. La FNACC des biens amortissables de la catégorie 3 était de 100 000 $ à la fin de l'année d'imposition qui est réputée se terminer le 30 juin 2006 en vertu de l'alinéa 249(4)a) L.I.R. De plus, OPCO

ne réclame aucune DPA en vertu de l'alinéa 20(1)a) L.I.R. pour l'année d'imposition se terminant le 30 juin 2006.

Selon notre compréhension, la déduction prévue au paragraphe 111(5.1) L.I.R. serait calculée comme suit pour la situation décrite ci-dessus :

	Montant ($)
L'excédent éventuel de la FNACC de la catégorie 3 sur le total des montants suivants :	100 000
111(5.1)a) – JVM des biens amortissables	(30 000)
111(5.1)b) – DPA autorisée	(5 000)
	(35 000)
Montant devant être déduit	65 000

a) Pour la situation décrite ci-dessus, est-ce que l'ARC peut confirmer que la déduction selon le paragraphe 111(5.1) L.I.R. serait de 65 000 $ (et ce, même si le contribuable ne réclame aucune DPA) et que la FNACC de la catégorie, immédiatement après l'acquisition de contrôle, serait de 35 000 $?

b) Dans l'affirmative, le ministère des Finances peut-il confirmer que ce résultat est conforme à l'esprit de la *Loi de l'impôt sur le revenu*?

c) S'il faut utiliser la DPA autorisée à l'alinéa 111(5.1)b) L.I.R., le ministère des Finances peut-il expliquer pourquoi il a utilisé le « montant déduit » à l'alinéa 111(5.2)b) L.I.R. pour le montant cumulatif des immobilisations admissibles?

Réponse de l'ARC

Le préambule du paragraphe 1100(1) et l'alinéa 1100(1)a) R.I.R. prévoient notamment ceci :

> « 1100(1) Pour l'application des alinéas 8(1)j) et p) et de l'alinéa 20(1)a) L.I.R., un contribuable peut déduire dans le calcul de son revenu pour chaque année d'imposition des montants correspondant:
>
> a) sous réserve du paragraphe (2), au montant qu'il peut réclamer à l'égard de biens de chacune des catégories suivantes de l'annexe II, sans dépasser, à l'égard des biens
>
> (i) de la catégorie 1, 4 pour cent,
>
> (ii) de la catégorie 2, 6 pour cent,

(iii) de la catégorie 3, 5 pour cent, […]

de la fraction non amortie du coût en capital, pour lui, des biens de la catégorie, à la fin de l'année d'imposition (avant toute déduction en vertu du présent paragraphe pour l'année d'imposition); » (Notre soulignement)

À notre avis, le montant prévu à l'alinéa 1100(1)a) R.I.R. correspond au montant d'amortissement auquel un contribuable a droit et qu'il choisit de déduire dans le calcul de son revenu. Si un contribuable choisit de ne pas réclamer d'amortissement pour une année d'imposition, le montant prévu à l'alinéa 1100(1)a) et au paragraphe 1100(1) R.I.R. est alors nul.

Par conséquent, la « […] déduction autorisée par ailleurs par les dispositions réglementaires prises en application de l'alinéa 20(1)a) […], pour les biens de cette catégorie, dans le calcul du revenu de la société pour l'année d'imposition se terminant immédiatement avant ce moment » (notre soulignement) prévue à l'alinéa 111(5.1)b) L.I.R., est nulle, lorsqu'une société ne réclame pas d'amortissement dans l'année d'imposition se terminant immédiatement avant le moment de l'acquisition du contrôle de la société.

Dans la situation décrite ci-dessus, le montant déterminé selon l'alinéa 111(5.1)b) L.I.R. serait nul, et le montant à déduire dans le calcul du revenu de la société en vertu du paragraphe 111(5.1) L.I.R. pour l'année d'imposition se terminant immédiatement avant l'acquisition de contrôle serait de 70 000 $. De plus, la FNACC des biens de la catégorie 3 de la société, après l'acquisition de contrôle, correspondrait à la JVM des biens amortissables, soit 30 000 $.

31. BOURSES D'ÉTUDES, EXONÉRATION ET EXIGENCES LÉGISLATIVES RELATIVEMENT AU CRÉDIT POUR ÉTUDES

Avant 2006, un étudiant qui recevait une ou des bourses d'études dans une année avait le droit d'exclure de son revenu aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu* une somme de 3 000 $ dans la mesure où un montant était déductible au titre du crédit pour études en vertu du paragraphe 118.6(2) L.I.R. dans le calcul de son impôt à payer **pour l'année**. Autrement, l'exemption était limitée à 500 $. De plus, il est important de noter que le fait de reporter la portion inutilisée d'un crédit pour études provenant d'une année antérieure (et ce, en vertu du paragraphe 118.61(2) L.I.R.) ne permettait pas de respecter l'exigence législative pour avoir droit d'exempter une somme de 3 000 $. Bref, il devait s'agir du crédit pour études réalisé dans la même année que l'imposition de la bourse d'études.

D'autre part, à la suite du Budget du 2 mai 2006[70], il a été proposé d'exonérer de l'impôt la totalité des bourses d'études, de perfectionnement ou de récompense. L'exonération totale ne s'appliquera qu'aux montants reçus par un étudiant à l'égard de son inscription à un programme donnant droit au crédit d'impôt pour études. De façon générale, cette mesure vise les programmes d'études postsecondaires et les programmes offerts par des établissements d'enseignement reconnus par la ministre des Ressources humaines et du Développement social comme visant à donner la compétence nécessaire à l'exercice d'une activité professionnelle.

Or, en pratique, nous avons pu constater que des bourses d'études sont parfois payées avec un certain délai qui est soit strictement administratif (et hors du contrôle du contribuable) ou soit rattaché à une condition (par exemple, avoir terminé le programme dans le délai prévu). Ce délai fait parfois en sorte que, dans l'année civile où le particulier reçoit sa bourse d'études, il n'est plus aux études et ne satisfait donc pas aux critères rattachés à l'exigence d'avoir droit au crédit pour études dans cette année. L'exemption se limite donc à 500 $ dans ce cas.

De telles situations ont pu être constatées à plusieurs reprises, notamment avec les bourses du millénaire ainsi qu'avec le ministère de l'éducation du Québec à l'égard de finissants au programme de l'école de technologie supérieure (ETS).

Comme ce résultat semble découler d'une aberration plutôt que de la politique fiscale sous-jacente, le ministère des Finances du Canada entend-il modifier la législation fiscale et si oui, pourrait-elle avoir une portée rétroactive?

Réponse du ministère des Finances

C'est la première fois que cette problématique est portée à l'attention du Ministère et nous notons qu'il semble s'agir soit de problèmes administratifs, soit de situations très particulières. Nous invitons l'APFF à nous donner davantage d'informations sur les bourses d'études visées et, dans le cas où il ne serait pas possible de régler ce problème directement avec les institutions qui versent ces bourses, le Ministère pourra tenir compte de ces situations particulières dans l'examen et la révision continue de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

---

70 CANADA, ministère des Finances, *Le plan budgétaire de 2006*, 2 mai 2006.

32. SOCIÉTÉ NON RÉSIDENTE, PROPRIÉTAIRE D'UN IMMEUBLE LOCATIF AU QUÉBEC

Une société non résidente est propriétaire d'un immeuble locatif résidentiel situé au Québec. Aucun service complémentaire n'est offert à ses locataires. Cette société gagne un revenu de loyer assujetti à l'impôt de la Partie XIII L.I.R. Elle choisit, en vertu du paragraphe 216(1) L.I.R., de produire une déclaration de revenus et paie l'impôt de la Partie I L.I.R. sur ses revenus nets de loyer.

Le revenu de loyer déclaré en vertu de l'article 216 L.I.R. ne représente pas un revenu imposable gagné dans une province puisque cette expression, telle qu'elle est définie au paragraphe 2602(1) et à l'article 400 R.I.R., ne comprend que le revenu tiré d'une entreprise. Par conséquent, la société n'est pas admissible à l'abattement de 10 % du revenu imposable gagné dans une province tel qu'il est prévu au paragraphe 124(1) L.I.R.

Il nous semble qu'aux fins fédérales le revenu de loyer déclaré par la société n'est pas admissible à l'abattement de 10 %. Or, il s'avère que la province de Québec, en vertu de ses articles 12 et 22 de la *Loi sur les impôts*[71], assujettit à son impôt toute société propriétaire d'un immeuble situé au Québec qui est utilisé principalement aux fins de gagner un revenu brut constituant un loyer.

Comme le fédéral considère que la société n'a pas de revenu gagné dans une province alors qu'au contraire le Québec considère que cette même société y a un établissement et qu'elle est redevable de l'impôt québécois, la société subit une augmentation de 10 % de son taux combiné d'impôt.

a) Après analyse de la situation, l'ARC entend-elle adopter une position administrative visant à alléger le fardeau fiscal d'une telle société en lui accordant l'abattement de 10 %?

b) Par ailleurs, le ministère des Finances prévoit-il modifier la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour rendre accessible à une telle société l'abattement de 10 %?

Réponse de l'ARC

---

[71] L.R.Q., c. I-3 et mod.

Un non-résident peut déclarer son revenu de loyers de biens immeubles gagné au Canada en vertu de l'article 216 L.I.R. s'il ne l'a pas gagné dans le cours de l'exploitation d'une entreprise au Canada. Un tel revenu de loyers déclaré en vertu de l'article 216 L.I.R. ne représente pas un revenu imposable gagné durant l'année dans une province aux fins du paragraphe 124(1) L.I.R. Donc, le revenu de loyers que déclare une société qui utilise l'article 216 L.I.R. n'est pas admissible à la déduction d'impôt prévue au paragraphe 124(1) L.I.R.

La province de Québec impose le revenu de loyers selon ses propres règles. Même si ces règles sont différentes de celles de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, nous n'entendons pas adopter une position administrative pour accorder un allègement fiscal auquel le libellé du paragraphe 124(1) L.I.R. ne donne pas droit. Notre rôle consiste à administrer la *Loi de l'impôt sur le revenu* telle qu'elle est écrite, et une modification à la *Loi de l'impôt sur le revenu* serait nécessaire pour accorder un allègement fiscal dans la situation que vous nous décrivez.

Réponse du ministère des Finances

Le ministère des Finances ne prévoit pas pour le moment recommander des modifications à la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui réduiraient l'impôt fédéral sur le revenu payable par une société non résidente qui choisit de produire une déclaration de revenus en vertu de l'article 216 L.I.R. Bien que les circonstances décrites dans la question ne donnent pas droit à l'abattement provincial, il convient de souligner que le contribuable n'est pas tenu de faire le choix de produire une déclaration en vertu de l'article 216 L.I.R.

33. ÉMISSION DE FEUILLETS T4A ET NOUVELLE POLITIQUE ADMINISTRATIVE

Il semblerait que l'ARC s'apprête à modifier sa politique administrative concernant l'émission des Feuillets T4A, notamment dans le cas de paiements relatifs à des honoraires, et ce, afin d'assurer une meilleure déclaration des revenus par les travailleurs autonomes. Les paiements qui totalisent moins de 500 $ par année devraient cependant continuer d'échapper à cette exigence.

a) L'ARC peut-elle préciser sa position à l'égard d'éventuelles modifications sur cet aspect?

b) Est-ce que cela signifie qu'une personne devra émettre un Feuillet T4A à son propre comptable externe ou même à son préparateur de déclarations fiscales si la somme excède 500 $ pour l'année?

c) Est-ce que cela signifie même à la limite qu'un Feuillet T4A devra être émis à une personne qui fait le ménage à domicile ou encore à la travailleuse autonome qui exploite une garderie à domicile?

d) Le seuil de 500 $ inclut-il les taxes (TPS/TVQ/TVH) s'y rattachant?

Réponse de l'ARC

La question est toujours à l'étude, et il n'y aura pas de changements dans la position courante avant que des discussions avec les émetteurs soient terminées.

34. SERVITUDE AU QUÉBEC, DROIT CIVIL ET EXONÉRATION POUR RÉSIDENCE PRINCIPALE ET POUR LES TERRES AGRICOLES

Une exonération à vie de 500 000 $ des gains en capital est prévue à l'égard des gains provenant de la disposition de biens agricoles admissibles. Par ailleurs, en règle générale, le gain en capital réalisé à l'occasion de la disposition d'une résidence principale est entièrement exonéré d'impôt.

Ainsi, la disposition d'un fonds de terre utilisé dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise agricole et celle d'un fonds de terre sur lequel est située une résidence principale ou encore celle d'un fonds de terre contigu raisonnablement nécessaire à l'usage et à la jouissance de cette résidence principale peuvent effectivement donner ouverture à l'exonération des gains en capital pour les biens agricoles admissibles ou à l'exonération du gain en capital pour une résidence principale.

Or, une servitude réelle peut être constituée à l'égard de tels immeubles. De façon sommaire, une servitude est une charge imposée sur un immeuble (fonds servant) en faveur d'un autre immeuble (fonds dominant) appartenant à un propriétaire différent. Cette charge oblige le propriétaire du fonds servant à appuyer certains actes d'usage de la part du propriétaire du fonds dominant (droits de passage, de puisage ou de vue, par exemple), ou à s'abstenir lui-même d'exercer certains droits inhérents à la propriété (construction ou coupe de bois, par exemple). Pensons simplement à une servitude en faveur d'Hydro-Québec.

Toutefois, bien que la constitution d'une servitude réelle grevant un immeuble puisse donner droit à un produit de disposition, le gain découlant de cette disposition ne donnerait pas droit à l'exonération des gains en capital pour les biens agricoles admissibles ou à l'exonération du gain en capital pour une résidence principale selon Revenu Québec. En effet, la servitude constitue un bien distinct de l'immeuble qu'elle grève et ne constitue donc pas une partie de cet immeuble. Ainsi, l'octroi ou la constitution d'une servitude ne constitue pas l'aliénation d'une partie d'un immeuble mais plutôt l'aliénation d'un bien constitué de la servitude elle-même.

Quoique cette application reflète les règles du droit civil québécois, le ministère des Finances du Québec a modifié la législation fiscale québécoise dans son Budget du 21 avril 2005[72] afin d'apporter des assouplissements à cet égard pour les servitudes réelles constituées après le 21 avril 2005. En effet, sur le plan conceptuel, la constitution d'une servitude réelle grevant un immeuble peut être assimilée à une aliénation partielle de cet immeuble.

Peut-on connaître la position administrative de l'ARC à cet égard compte tenu du fait que cette problématique semble propre au droit civil québécois et non à la common law?

Réponse de l'ARC

Le paragraphe 43(1) L.I.R. énonce la règle générale applicable au calcul du gain ou de la perte en capital lorsqu'un contribuable dispose d'une partie d'un bien, par exemple lorsqu'il consent une servitude à une tierce partie. Généralement, lorsqu'un contribuable dispose d'une partie d'un bien, le PBR de cette partie correspond à la fraction du PBR de la totalité du bien qu'il est raisonnable d'attribuer à cette partie.

La position actuelle de l'ARC relativement au traitement fiscal découlant de la concession d'une servitude au Québec est énoncée au *Bulletin d'interprétation* IT-264R. Dans ce bulletin, il est écrit que « [l]a concession d'un droit d'usage ou de passage public constitue une disposition d'une partie du bien faisant l'objet de la concession »[73]. En vertu de l'article 43 L.I.R., l'ARC considère que le PBR de la partie faisant l'objet de la concession correspond à la fraction du PBR de la totalité du bien qu'il est

---

72 QUÉBEC, ministère des Finances, *op. cit*., note 59.

73 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-264R, « Dispositions partielles », 29 décembre 1980, par. 2.

raisonnable d'attribuer à cette partie. Traditionnellement, l'ARC était d'avis que la concession d'une servitude au Québec constituait une disposition d'une partie du bien faisant l'objet de la concession au même titre qu'un droit semblable accordé dans les autres provinces.

De façon connexe, la position courante de l'ARC est que la concession d'une servitude à partir d'un bien qui constitue la résidence principale ou un bien agricole admissible du particulier peut donner lieu à l'exonération du gain en capital aux termes des articles 54 ou 110.6 L.I.R. D'une part, lorsqu'un contribuable consent une servitude à une tierce partie à partir d'un bien qui peut être considéré comme étant sa résidence principale, le *Bulletin d'interprétation* IT-120R6[74] mentionne que le contribuable peut désigner le bien comme sa résidence principale aux termes de l'article 54 L.I.R. Cette désignation lui permet de profiter de l'exonération des gains en capital pour résidence principale à l'égard de la servitude. D'autre part, lorsque la servitude est constituée à partir d'un bien agricole admissible du contribuable, ce dernier doit attribuer à la servitude une fraction raisonnable du PBR de la totalité du bien agricole admissible, et ce, aux termes du paragraphe 43(1) L.I.R. Par la suite, le contribuable peut déduire du gain en capital réalisé le montant de l'exonération qui lui est disponible aux termes de l'article 110.6 L.I.R.

Lors du Discours du budget 2005-2006[75], le ministre des Finances du Québec a annoncé certaines modifications à la législation fiscale québécoise pour que le gain résultant de la constitution d'une servitude qui grève un immeuble puisse donner ouverture à l'exonération des gains en capital pour les biens agricoles admissibles ou à l'exonération du gain en capital pour résidence principale.

L'ARC continuera d'administrer les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* de façon décrite ci-dessus. Ainsi, au Québec, les conséquences fiscales résultant de la constitution d'une servitude seront identiques tant en ce qui a trait à la *Loi de l'impôt sur le revenu* qu'en ce qui concerne la législation fiscale québécoise.

---

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

75 QUÉBEC, ministère des Finances, *op. cit*., note 59.

35. FRAIS DE DÉCONTAMINATION DES SOLS

L'ARC a indiqué, dans l'interprétation 9328197[76], que le coût de décontamination d'un terrain était une dépense de nature capital. Cependant, si le terrain doit être décontaminé à la suite d'un événement survenu après l'acquisition du terrain (par exemple, à la suite d'une fuite d'huile imprévue survenue quelques années après l'achat), les frais engagés n'ont pour objet que de ramener le terrain à son état au moment où le bien était acquis.

L'ARC est-elle d'accord sur le fait qu'il pourrait donc s'agir d'une dépense de nature courante déductible dans le calcul du revenu d'entreprise ou de bien si le terrain était utilisé pour produire un tel revenu (à titre d'exemple, dans le cas d'un immeuble locatif)?

Réponse de l'ARC

La détermination du traitement fiscal à accorder à une dépense est une question de fait qui dépend des circonstances particulières de chaque cas. Dans l'interprétation technique 9328197, l'ARC avait déterminé que les frais de décontamination étaient de nature capital puisque la décontamination du site était une condition à l'obtention de financement. L'ARC avait conclu que l'effet de la décontamination était d'améliorer l'état du terrain pour que celui-ci constitue une garantie acceptable pour l'institution prêteuse.

Toutefois, l'ARC est également d'avis que les coûts de décontamination d'un terrain peuvent constituer une dépense de nature courante si ces coûts sont engagés par un contribuable pour corriger une situation causée par l'exploitation de son entreprise et que ces frais ne font que ramener le terrain à son état avant la contamination.

Dans l'interprétation technique 9413377[77], le contribuable avait entrepris des activités de production de phosphore, de nitrogène et d'ammoniaque. La production de phosphore avait causé d'importants dégâts environnementaux et le contribuable s'est vu dans l'obligation de procéder à la décontamination des terrains. L'ARC a conclu que les frais de décontamination constituaient des dépenses de nature courante.

---

[76] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9328197, 13 décembre 1993.

[77] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9413377, 13 avril 1995.

De la même façon, dans l'interprétation 2001-0101055[78], l'ARC a conclu que des frais de décontamination engagés à la suite de l'exploitation d'une station-service étaient de nature courante puisque la contamination du terrain était directement liée aux activités de l'entreprise du contribuable.

[78] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2001-0101055, 16 novembre 2001.

ÉTUDE DE CAS 1

STRATÉGIES DE PLANIFICATION SUCCESSORALE ET *POST MORTEM*

Coordonnateur
Martin Daniel Boily
Avocat, M. Fisc.
Spiegel Sohmer Inc., Avocats

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

Claude Drapeau
Notaire, Pl. Fin.
Hardy Goyette & Associés

Martin Lord
Associé, avocat, M. Fisc., TEP
Robinson Sheppard Shapiro,
s.e.n.c.r.l. Avocats

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE 1 : Objectifs du client, dévolution successorale retenue, formes du testament, cas particulier de la fiducie entre vifs, interaction du patrimoine familial et de la succession, survie de l'obligation 54:7

1. INTRODUCTION 54:7

2. OBJECTIFS DE JEAN PLANIFIE 54:7

2.1. SITUATION PERSONNELLE ET FAMILIALE 54:8
2.2. SITUATION FINANCIÈRE ET BILAN SUCCESSORAL 54:8
2.3. OBJECTIFS DU CLIENT 54:8
2.4. DIAGNOSTICS POUR LA PROTECTION ET POUR LA TRANSMISSION DU PATRIMOINE 54:9
2.4.1. Diagnostics pour établir les obligations personnelles et familiales qui survivent à Jean Planifie 54:10
2.4.2. Diagnostics pour établir les obligations fiscales envers le fisc lors de la production des dernières déclarations fiscales 54:10
2.4.3. Diagnostics pour évaluer les incidences d'un décès soudain ou prématuré sur la poursuite des affaires 54:10
2.4.4. Pertinence de la documentation légale et fiscale au soutien de l'évaluation de l'actif et du passif au bilan successoral (coût et valeur fiscale) 54:10
2.4.5. Pertinence de créer des fiducies testamentaires 54:11
2.4.6. Pertinence des produits d'assurance vie 54:11
2.5. OUTILS LÉGAUX ET FISCAUX DISPONIBLES POUR L'ATTEINTE DES OBJECTIFS 54:11

3. DÉVOLUTION SUCCESSORALEMENT RETENUE 54:12

3.1. LEGS EN PLEINE PROPRIÉTÉ (LEGS UNIVERSEL) 54:12
3.2. LEGS EN PLEINE PROPRIÉTÉ AVEC SUBSTITUTION (LEGS PARTICULIER) 54:13
3.3. LEGS EN FIDUCIE DE PRESTATIONS À VIE (LEGS PARTICULIER) 54:13
3.4. FIDUCIE TESTAMENTAIRE POUR WILLIAM (LEGS PARTICULIER) 54:13
3.4.1. Biens légués en fiducie 54:14
3.4.2. Usages fréquents des fiducies au profit des enfants 54:14
3.4.3. Objectif de Jean Planifie 54:15

3.4.4. Disposition présumée au décès 54:15
3.4.5. Éléments de rédaction de la Fiducie William Planifie 54:16

4. FORMES DU TESTAMENT 54:18

4.1. AUTHENTICITÉ DE L'ACTE NOTARIÉ 54:18
4.2. CONSERVATION DU TESTAMENT 54:19
4.3. EXTRAIT DU TESTAMENT NOTARIÉ 54:19
4.4. REGISTRE DES TESTAMENTS DE LA CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC 54:19

5. CAS PARTICULIER DE LA FIDUCIE ENTRE VIFS 54:20

5.1. SURVIE DE LA FIDUCIE PLANIFIE 54:20
5.2. VALEUR DE LA PARTICIPATION DISCRÉTIONNAIRE DE JEAN PLANIFIE 54:20
5.3. IDENTITÉ DES FIDUCIAIRES APRÈS LE DÉCÈS OU L'INAPTITUDE DE JEAN PLANIFIE 54:22
5.4. CRISTALLISATION DES PARTICIPATIONS DES BÉNÉFICIAIRES 54:22

6. POUVOIRS DÉCISIONNELS 54:24

7. INTERACTIONS ENTRE LE PATRIMOINE FAMILIAL ET LES DISPOSITIONS TESTAMENTAIRES 54:24

7.1. BIENS FORMANT LE PATRIMOINE FAMILIAL 54:25
7.2. CUMUL DU BIEN LÉGUÉ ET DE LA CRÉANCE ET TRANSMISSIBILITÉ DE LA CRÉANCE 54:26

8. SURVIE DE L'OBLIGATION ALIMENTAIRE 54:28

9. CONCLUSION 54:28

PARTIE 2 : Rentes admissibles de fiducie et substitution en faveur du conjoint 54:30

1. INTRODUCTION PAR LA MISE EN SITUATION 54:30

2. RENTES ADMISSIBLES DE FIDUCIE 54:31

2.1. RÉGIME ACTUEL DES RENTES ACHETÉES AVEC DES REÉR AU DÉCÈS DU RENTIER 54:31
2.2. NOUVEL ARTICLE 60.011 L.I.R. – GÉNÉRALITÉS 54:34
2.3. RENTE ADMISSIBLE DE FIDUCIE 54:34
2.3.1. Rente admissible d'une fiducie de prestations à vie (infirmité mentale) pour les années 2006 et après 54:35

2.3.2. Rente admissible d'une fiducie pour infirmité physique (2000-2004) et mentale (2000-2005) 54:37
2.3.3. Rente admissible d'une fiducie pour enfant mineur 54:38
2.3.4. Règles d'interprétation dans l'application de l'alinéa 60l) L.I.R. 54:38
2.3.5. Règle d'attribution du revenu du vivant et au décès du bénéficiaire de la fiducie 54:39
2.3.6. Responsabilité solidaire du paiement de l'impôt 54:41
2.3.7. Disposition d'une police d'assurance vie 54:41
2.4. FIDUCIE DE PRESTATIONS À VIE POUR ÉRIC PLANIFIE 54:42

3. SUBSTITUTION 54:43

3.1. TYPES DE SUBSTITUTIONS 54:44
3.2. SUBSTITUTION *VERSUS* FIDUCIE : *CODE CIVIL DU QUÉBEC* 54:45
3.2.1. Constitution 54:45
3.2.2. Ordres successifs 54:45
3.2.3. Faculté d'élire 54:46
3.2.4. Administration de biens d'autrui 54:46
3.2.5. Propriété des biens légués 54:47
3.2.6. Vente, donation ou legs 54:48
3.2.7. Remploi du produit d'aliénation 54:48
3.2.8. Placements présumés sûrs et autres 54:49
3.2.9. Répartition des dettes entre les comptes capital et revenu 54:50
3.2.10. Protection contre les créanciers 54:50
3.2.11. Droit des personnes de l'ordre successif 54:51
3.2.12. Représentation des personnes non conçues ou incapables 54:52
3.2.13. Caducité 54:53
3.2.14. Comptabilité 54:53
3.3. SUBSTITUTION *VERSUS* FIDUCIE : *LOI DE L'IMPÔT SUR LE REVENU* 54:54
3.3.1. Fiducie réputée ou fiducie fiscale 54:54
3.3.2. Roulement au décès 54:55
3.3.3. Accumulation 54:56
3.3.4. Dispense de remploi (prélèvement de capital) et fiscalité en faveur du conjoint 54:58
3.3.5. Fractionnement de revenu 54:58
3.3.6. Biens à ne pas léguer en substitution ou fiducie 54:59
3.4. EXEMPLE DE LA FIDUCIE FISCALE *DE RESIDUO* 54:61
3.5. CAS DE JEAN PLANIFIE RELATIVEMENT À BRIGITTE PAQUET 54:62

PARTIE 3 : Cas Jean Planifie – Transmission des actions de la société de placement GESCO 54:65

1. INTRODUCTION 54:65

2. RAPPEL DES OBJECTIFS DE LA PLANIFICATION *POST MORTEM* 54:66

3. REVUE DE LA SITUATION INITIALE 54:66

4. ANALYSE DE LA SITUATION 54:67

4.1. ÉVALUATION DE LA VALEUR MARCHANDE DES ACTIONS DE GESCO 54:67
4.1.1. Le passif d'impôt latent 54:69
4.1.2. Solde au compte d'IMRTD 54:70
4.1.3. Solde au compte de CDC 54:73
4.1.4. Conclusion concernant la valeur marchande des actions de GESCO 54:74
4.2. LA DOUBLE IMPOSITION EN SITUATION *POST MORTEM* ET SES REMÈDES 54:75
4.2.1. Utilisation du paragraphe 164(6) L.I.R. 54:77
4.2.2. Utilisation de l'alinéa 88(1)d) L.I.R. ou 87(11)b) L.I.R. 54:81
4.2.3. Et si la double imposition subsiste? 54:82
4.2.4. Conclusion 54:82

5. LA SITUATION DES BÉNÉFICIAIRES DE LA FIDUCIE 54:83

6. CONCLUSION 54:83

PARTIE 4 : Incidences du décès de Jean – Participation dans Société Opérante inc. et Société immobilière inc. 54:85

1. INTRODUCTION 54:85

2. SOCIÉTÉ OPÉRANTE INC. 54:86

2.1. MISE EN SITUATION 54:86
2.2. INCIDENCES FISCALES DU DÉCÈS DE JEAN 54:87
2.2.1. Actions privilégiées de gel 54:87
2.2.2. Actions ordinaires 54:89
2.3. RACHAT DES ACTIONS 54:89
2.3.1. Rachat selon le statut d'incorporation 54:89
2.3.2. Rachat selon la convention entre actionnaires 54:93
2.3.3. Achat de gré à gré par le partenaire 54:98
2.3.4. Administration de la Fiducie 54:104

3. SOCIÉTÉ IMMEUBLE INC. 54:107

3.1. INCIDENCES FISCALES AU DÉCÈS DE JEAN 54:107
3.2. PLANIFICATION POUR ÉVITER LA DOUBLE IMPOSITION 54:108
3.2.1. Dissolution d'Immeuble 54:109
3.2.2. Augmentation du prix de base rajusté du terrain 54:110
3.2.3. Décisions des liquidateurs 54:113

4. DONATION 54:113

4.1. ÉLÉMENTS FACTUELS SUPPLÉMENTAIRES 54:114
4.2. DONATION PAR TESTAMENT 54:114
4.3. DONATION PAR IMMEUBLE 54:115

5. CONCLUSION 54:116

ANNEXES DE LA PARTIE 1 ..... 54:117

ANNEXE 1.1 ..... 54:117

ANNEXE 1.2 ..... 54:118

ANNEXES DE LA PARTIE 3 ..... 54:119

ANNEXE 3.1 ..... 54:119

ANNEXE 3.2 ..... 54:120

ANNEXE 3.3 ..... 54:121

ANNEXES DE LA PARTIE 4 ..... 54:122

ANNEXE A 54:122

ANNEXE B 54:126

PARTIE 1 : Objectifs du client, dévolution successorale retenue, formes du testament, cas particulier de la fiducie entre vifs, interaction du patrimoine familial et de la succession, survie de l'obligation

1. INTRODUCTION

La planification testamentaire est un thème abondamment traité depuis longtemps par les professionnels du droit et de la fiscalité. L'Association de planification fiscale et financière a publié plusieurs textes sur ce sujet. La présente étude de cas vise à illustrer, de façon pratico-pratique, aussi bien un cas de planification testamentaire du vivant d'un client que la planification *post mortem* après son décès.

Dans la première et la deuxième partie, nous traiterons des aspects de la planification visant les étapes préalables à la rédaction du testament; et dans la troisième et la quatrième partie, il sera question de la planification *post mortem*, chaque étape étant intrinsèquement liée à l'autre.

2. OBJECTIFS DE JEAN PLANIFIE

De nombreux clients (mais pas suffisamment…) s'interrogent à savoir si le testament signé il y a quelques années est « bon ». En réalité, il faut répondre que la totalité, sauf bien sûr quelques exceptions, des testaments notariés ou devant témoins sont valablement faits. Encore faut-il que le testament concerné réponde aux objectifs du client, aux besoins de ses héritiers et aux solutions recherchées. Une première rencontre avec le client devrait viser, entre autres, à :

- connaître la situation personnelle et familiale du client;
- connaître sa situation financière (bilan successoral);
- discuter des objectifs du client au regard de ses attentes pour la transmission de ses biens, après son décès, à sa famille ou à des tiers;
- proposer certains diagnostics afin d'évaluer l'ampleur du mandat;
- informer le client des outils légaux et fiscaux disponibles pour atteindre les objectifs souhaités et, au besoin, optimiser les économies fiscales réalisables à l'occasion et par la suite de son décès.

2.1. SITUATION PERSONNELLE ET FAMILIALE

Jean Planifie est âgé de 59 ans. Il est divorcé de Suzanne Lanctôt. Éric est né de l'union avec son ex-épouse (c'est-à-dire Suzanne). Il a 30 ans et il est atteint d'une sérieuse infirmité mentale. Jean Planifie est marié à Brigitte Paquet depuis 10 ans sous le régime de la séparation de biens. Les règles du patrimoine familial leur sont applicables. Ils ont eu un fils, William, aujourd'hui âgé de 9 ans.

2.2. SITUATION FINANCIÈRE ET BILAN SUCCESSORAL

Jean Planifie s'est construit un solide patrimoine dont la valeur nette est estimée à plus de 4 M$. Le bilan personnel de Jean Planifie ainsi que les bilans de ses entreprises sont joints en annexe de la partie 3. Jean Planifie détient les actions de gel – à la suite de la cristallisation de sa déduction pour gain en capital (500 000 $) – d'une société œuvrant en sécurité des petites et moyennes entreprises et dont les actions participantes sont détenues en parts égales par la Fiducie Planifie (50 %) et par la fiducie de son partenaire d'affaires (50 %). Un organigramme illustrant la structure corporative est joint à l'annexe 1.1. Le bilan successoral est le même que le bilan personnel. Ce bilan est reproduit en annexe de la troisième partie, aucune assurance vie n'étant payable à la succession.

Les bénéficiaires de la Fiducie Planifie sont Jean Planifie, Suzanne Lanctôt (soit son ex-épouse), Éric Planifie (à savoir son fils handicapé) et William Planifie (c'est-à-dire son fils mineur). Les fiduciaires sont Jean Planifie, Suzanne Lanctôt, ainsi que Pierre Ledroit, qui et l'ami et le notaire de Jean Planifie.

Aux termes du jugement de divorce, Jean Planifie doit payer la somme de 1 000 $ par mois à son ex-épouse.

2.3. OBJECTIFS DU CLIENT

Après discussions, analyses et réflexions, nous résumons les préoccupations qui constitueront les dernières volontés de Jean Planifie :

- maintenir le niveau de vie de sa conjointe (Brigitte) et assurer sa sécurité financière en lui léguant le maximum de biens qui ne seront pas autrement légués pour la satisfaction des obligations personnelles et familiales (enfant handicapé, enfant mineur, ex-épouse) qui survivent à son décès;

- assurer un revenu adéquat (estimé entre 25 000 $ et 30 000 $/an après impôt) à son fils Éric, le capital productif de tel revenu devant, si possible, être légué à son autre fils (William) au décès d'Éric;

- assurer un capital de plus ou moins 1 M$ à son fils William si possible dès le décès de Jean ou après le décès de Brigitte, tant pour la satisfaction des besoins immédiats de William que pour lui assurer une certaine sécurité financière dans l'avenir sans créer des structures trop complexes;

- prévoir un certain capital ou un certain revenu à son ex-épouse en remplacement de la pension alimentaire qu'elle recevait;

- assurer la confidentialité de son testament, Jean Planifie étant une personne connue de la municipalité où il demeure et où il y fait affaire;

- n'imposer aucune contrainte à Brigitte dans l'administration de son héritage de sorte qu'elle ait « carte blanche » en ce qui a trait, à la fois, à l'usage du revenu et à celui du capital de l'héritage, peu importe le temps et les circonstances;

- éviter tout impôt consécutif à son décès dans la mesure du possible;

- réduire, si possible, les impôts sur le revenu des héritages au moyen de fiducies testamentaires ou d'autres outils légaux et fiscaux disponibles, estimant avoir fait sa large part comme contribuable tant de son vivant qu'à son décès.

2.4. DIAGNOSTICS POUR LA PROTECTION ET POUR LA TRANSMISSION DU PATRIMOINE

Avant de procéder à la rédaction du testament, il convient de poser un certain nombre de diagnostics afin de définir la marge de manœuvre du client. On ne pourra, par exemple, tester sur les biens détenus dans la Fiducie Planifie puisque ces biens font partie d'un patrimoine d'affectation distinct du patrimoine de Jean Planifie. Il devra également être tenu compte des obligations consécutives au décès qui lui survivent. À titre d'exemple, les diagnostics suivants pourront être posés.

2.4.1. Diagnostics pour établir les obligations personnelles et familiales qui survivent à Jean Planifie

Un simple testament n'est pas une panacée universelle. Encore faut-il qu'il réponde aux besoins familiaux en cause. Pour ce qui est de notre cas, le patrimoine du client est tel qu'il suffira largement à assumer ses obligations personnelles et familiales après son décès. Dans d'autres situations, il faudra évaluer la pertinence de souscrire une assurance vie pour combler, par exemple, un capital insuffisant à la satisfaction de tels besoins (enfant handicapé, enfant à charge, sécurité financière de sa conjointe, etc.).

2.4.2. Diagnostics pour établir les obligations fiscales envers le fisc lors de la production des dernières déclarations fiscales

Une planification appropriée devrait déterminer les charges fiscales latentes et, au besoin, prévoir comment seront acquittées ces charges. La souscription d'une assurance vie est souvent un instrument rentable pour l'acquittement des charges fiscales.

2.4.3. Diagnostics pour évaluer les incidences d'un décès soudain ou prématuré sur la poursuite des affaires

Devra-t-on rassurer les employés, banquiers, clients et fournisseurs? Qui le fera? Le client détient-il des renseignements qu'il est le seul à connaître et qu'il emportera avec lui sans laisser de trace? Des obligations d'affaires survivent-elles au décès (engagement à une convention entre actionnaires, cautionnements, baux commerciaux, poursuite des affaires, des entreprises, etc.). Certaines successions, manifestement solvables en apparence, peuvent cacher des sources de litiges importantes. La succession d'un entrepreneur spécialisé pourrait-elle, par exemple, continuer les travaux d'un important contrat? Les délais de chantier occasionnés par les retards à livrer les travaux se traduiront-ils par des poursuites en dommages-intérêts contre la succession? Un plan approprié pourrait être mis en place parallèlement au testament.

2.4.4. Pertinence de la documentation légale et fiscale au soutien de l'évaluation de l'actif et du passif au bilan successoral (coût et valeur fiscale)

Il sera, par exemple, souvent difficile d'établir la valeur du patrimoine familial, lorsque les conjoints auront vendu et acheté quelques résidences, empruntés ou retirés des valeurs à même les biens formant le patrimoine

familial, ainsi que le coût fiscal de certains placements. Il peut aussi être difficile, sinon impossible, d'établir avec justesse le montant des contributions au régime enregistré d'épargne-retraite (ci-après « REÉR ») après le mariage, etc. Où sont les factures de rénovations du chalet? Notre client est sans conteste le mieux placé pour nous aider à documenter l'information qui permettra d'agir avec célérité et certitude après le décès?

2.4.5. Pertinence de créer des fiducies testamentaires

Les usages les plus fréquents des fiducies créés par testament sont les suivants :

- permettre un fractionnement de revenu avec des personnes à charge et la fiducie (fiducies « familiales ») ou entre le conjoint et sa fiducie (fiducie exclusive au profit du conjoint ou substitution);

- protéger le capital légué en fiducie en cas de revers de fortune de l'héritier;

- préserver un certain capital pour les héritiers prodigues ou portés sur la dépense ou pour d'autres motifs.

2.4.6. Pertinence des produits d'assurance vie

Il faudra établir des diagnostics pour valider que les produits d'assurance sur la vie du client sont appropriés, qu'ils sont détenus par les bonnes personnes et que les bénéficiaires sont ceux qui auront réellement besoin de ce capital soit pour acheter les actions d'un partenaire, soit pour payer les impôts consécutifs au décès ou pour assurer leur sécurité financière.

2.5. OUTILS LÉGAUX ET FISCAUX DISPONIBLES POUR L'ATTEINTE DES OBJECTIFS

La finalité de la présente étude de cas n'est pas de discuter de tous les outils disponibles en planification testamentaire. Il sera question, à la partie 2, des préoccupations de Jean Planifie au regard des outils de fractionnement de revenu qu'il entend créer au profit de sa conjointe *(substitution)* et de la

« fiducie de prestations à vie[1] ». De notre côté, nous traiterons, dans cette première partie, des thèmes suivants :

- dévolution successorale retenue pour donner effet aux intentions de Jean Planifie;
- fiducie testamentaire pour William (et accessoirement Éric);
- formes testamentaires au regard de la confidentialité recherchée;
- cas particulier de la fiducie entre vifs (Fiducie Planifie);
- interactions entre le patrimoine familial, la planification testamentaire et la succession; et
- survie de l'obligation alimentaire.

3. DÉVOLUTION SUCCESSORALEMENT RETENUE

Pour donner effet aux intentions de Jean Planifie, la dévolution successorale retenue est décrite ci-après.

3.1. LEGS EN PLEINE PROPRIÉTÉ (LEGS UNIVERSEL)

Les biens suivants sont légués en pleine propriété à Brigitte Paquet :

Argent en banque	15 000 $
Mobilier et œuvres d'art	non évalué
Auto	non évalué
Résidence principale	450 000 $
Résidence secondaire (à charge de supporter le passif de 100 000 $)	300 000 $
Action de Société immobilière inc.	1 420 000 $
Résidu des biens (nul au moment de la rédaction du testament)	non évalué
Total	2 185 000 $

[1] *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), 5e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »), art. 60.011.

Nous n'élaborerons pas sur les motifs des legs en pleine propriété, sauf pour préciser qu'il n'apparaît pas approprié de léguer ces biens en fiducie ou en substitution pour les motifs suivants :

- Le legs à une fiducie exclusive au profit du conjoint ne respecterait pas les intentions testamentaires du client puisque Jean Planifie n'entend exercer aucun contrôle sur les biens concernés après son décès. De plus, l'absence de besoin en protection du capital légué à Brigitte ne justifie pas la création d'une fiducie exclusive au profit du conjoint.

- Le legs de ces biens à une substitution au profit du conjoint n'est pas approprié puisque la substitution créée au profit de Brigitte comprend suffisamment de capital pour générer le fractionnement de revenu escompté.

3.2. LEGS EN PLEINE PROPRIÉTÉ AVEC SUBSTITUTION (LEGS PARTICULIER)

Il est prévu de léguer les placements (portefeuille) hors REÉR (1 M$) par un legs en pleine propriété à Brigitte à charge de remettre le résidu de tels biens, s'il en reste, à la fiducie au profit de William (et accessoirement Éric) créée dans le testament de Jean Planifie.

Un tel capital générant un revenu estimé à 6 % par année procurera un revenu annuel de 120 000 $. Ce legs, combinés aux autres legs en faveur de Brigitte, permettra d'offrir la sécurité financière recherchée au profit de la conjointe de Jean Planifie. Ce sujet sera traité ultérieurement à la partie 2 du présent texte.

3.3. LEGS EN FIDUCIE DE PRESTATIONS À VIE (LEGS PARTICULIER)

De façon à procurer le revenu annuel recherché (25 000 $ à 30 000 $) pour son fils Éric, le REÉR de 600 000 $ est légué à une « Fiducie de prestations à vie » au profit d'Éric Planifie, fils handicapé de Jean Planifie. Ce sujet sera traité dans la deuxième partie.

3.4. FIDUCIE TESTAMENTAIRE POUR WILLIAM (LEGS PARTICULIER)

Lorsque l'actif successoral est important, les clients auront plus de flexibilité pour la transmission de leur patrimoine. Les éléments d'actif de Jean Planifie (plus de 4 M$) permettent des legs à ses enfants, dès son décès, tout en assurant la sécurité financière de sa conjointe Brigitte. Dans le cas de patrimoines encore plus importants, la transmission d'une partie de ce

patrimoine pourra être amorcée du vivant de notre client et au moment où les enfants en auront le plus besoin. Nul besoin d'attendre le décès pour transmettre une partie du patrimoine qui, un jour, sera forcément légué aux enfants.

3.4.1. Biens légués en fiducie

Il est prévu de léguer les biens suivants, dès le décès de Jean Planifie, principalement au bénéfice de William et accessoirement au bénéfice d'Éric, à savoir :

1 000 actions de la Société de Gestion inc.	593 750 $
500 000 actions de la Société Opérante inc.	500 000 $
Total	1 093 750 $

3.4.2. Usages fréquents des fiducies au profit des enfants

Les motifs sous-jacents à la création d'une fiducie testamentaire de type « familiale[2] », c'est-à-dire une fiducie autre qu'une fiducie au bénéfice exclusif du conjoint, sont, non limitativement, les suivants :

- Fractionnement du revenu généré par la fiducie entre les enfants à la charge du testateur et la fiducie elle-même pendant que tels bénéficiaires sont des personnes à charge.

- Éventuel fractionnement avec les petits-enfants du testateur après que William sera lui-même devenu un parent financièrement autonome.

- Contrôle de ce capital par les fiduciaires jusqu'au moment jugé opportun par le testateur sans que l'enfant concerné puisse exiger ce capital à 18 ans et en perdre l'usage.

- Outils de préservation d'héritage pour les héritiers trop dépensiers.

- Outils de protection de capital pour l'héritage en fiducie lorsque les bénéficiaires sont ou seront peut-être dans les affaires ou encore des

---

[2] Les bénéficiaires d'une fiducie de type « familial » peuvent être un conjoint survivant et des enfants à charge ou des enfants financièrement autonomes et leurs enfants (petits-enfants du testateur).

professionnels dont la responsabilité pourra être recherchée par leurs éventuels créanciers ou à l'occasion d'un revers de fortune inattendu.

3.4.3. Objectif de Jean Planifie

Bien que Jean Planifie ait manifesté quelques préoccupations pour les outils de protection et de préservation d'héritage, la fiducie au profit de William est principalement créée pour réaliser l'objectif de Jean Planifie de léguer un capital estimé à plus ou moins 1 M$ au profit de son fils William et, accessoirement, pour des motifs de meilleure gestion fiscale de l'imposition du revenu (fractionnent de revenus). Un capital de 1 M$ investi à 6 % procurera un rendement de 60 000 $. En utilisant les crédits personnels du fils mineur, son bas taux d'imposition et le bas taux d'imposition de la fiducie, il en résultera des économies fiscales substantielles sur le revenu de cet héritage. Le tableau produit par M. Gil Demers et joint en annexe 1.2 dans cette première partie illustre les économies fiscales réalisables en fractionnant le revenu de 60 000 $ de sorte qu'il soit imposé pour 50 % dans la fiducie testamentaire (30 000 $) et pour 50 % relativement à William (30 000 $), qui, par ailleurs, n'aura aucun autre revenu. D'autres tableaux en annexe de la partie 3 illustrent les économies d'impôts prévisibles selon plusieurs hypothèses de revenus et de fractionnement avec des fiducies testamentaires.

3.4.4. Disposition présumée au décès

Le legs des 1 000 actions (593 750 $) de la Société de Gestion inc. à la Fiducie William Planifie déclenchera des impôts sur le gain en capital résultant de la disposition présumée au décès d'approximativement 143 000 $[3]. En planification testamentaire, les biens légués à une fiducie autre qu'une fiducie exclusive au profit du conjoint sont généralement des biens sans impôts latents (assurance vie, etc.) au motif qu'une planification successorale vise généralement à ne pas déclencher d'impôts immédiats lorsqu'un roulement au conjoint est possible. Dans ce cas, puisque la convention entre actionnaires prévoit la vente des actions concernées au coactionnaire immédiatement après le décès, il importe peu que les impôts concernés soient déclenchés au décès ou lors de la vente au coactionnaire, telle vente intervenant peu de temps après le décès de Jean. À défaut de disposition expresse au contraire dans le testament, Brigitte, en sa qualité de légataire universelle, supportera (en réduction de sa part) les impôts

[3] Gain en capital : 592 750 $ - Gain en capital imposable : 296 375 $ imposé à 48,22 % = 142 912 $.

successoraux inhérents au legs à la Fiducie William Planifie. Il en résultera que les objectifs du client seront atteints en léguant plus ou moins 1 M$ à William tout en léguant un capital approprié au profit de Brigitte pour l'atteinte de ses objectifs à son égard.

3.4.5. Éléments de rédaction de la Fiducie William Planifie

La fiducie testamentaire au profit de William (et accessoirement d'Éric) sera ainsi constituée :

- Legs : 1 000 actions de Société de Gestion inc. (593 750 $) et de 500 000 actions de la Société Opérante inc. (500 000 $).

- Prise d'effet : dès le décès de Jean Planifie.

- Affectation (but) : À court terme : bien-être et sécurité principalement de William et accessoirement d'Éric. À long terme : bien-être et sécurité de William et de ses enfants (petits-enfants de Jean Planifie).

- Nom de la fiducie : Fiducie William Planifie.

- Bénéficiaires : William, Éric et leurs enfants au premier degré. Bien que la fiducie soit principalement constituée pour William (à court terme) et ses éventuels enfants (à long terme), la nomination d'Éric à titre de bénéficiaire permettra aux fiduciaires de pourvoir au bien-être d'Éric si, exceptionnellement, les circonstances faisaient que le legs en sa faveur ne permettait pas de supporter des dépenses jugées essentielles. La nomination des petits-enfants de William lui permettra, lorsque viendra son tour d'assumer la descendance de la famille Planifie, de disposer d'un capital libre de toutes règles d'attribution afin de procurer un revenu à ses enfants à charge.

- Fiduciaires – Administration temporaire : Il est prévu deux types d'administrations : l'administration temporaire et l'administration permanente. L'administration temporaire est celle qui sera en vigueur si Jean Planifie décède alors que William est âgé de moins de 30 ans. Dans ce cas, le fiduciaire familial sera Brigitte (mère de William). Puisque Brigitte n'est pas bénéficiaire de cette fiducie, elle pourra valablement

agir à titre de seule fiduciaire[4]. Cette structure testamentaire correspond aux intentions de simplicités souhaitées par Jean Planifie, qui pourrait également nommer William comme deuxième fiduciaire dès sa majorité ou son à 21e anniversaire afin de lui procurer l'expérience dans la gestion de son patrimoine. Une telle faculté de nommer William comme cofiduciaire au moment jugé opportun pourrait également être conférée à Brigitte par le testament.

- Fiduciaire – Administration permanente : L'administration permanente sera celle qui existera si Jean Planifie décède alors que William est âgé de 30 ans ou plus. Dans ce cas, William est nommé comme fiduciaire principal. Aux termes du testament de son père, William pourra nommer le fiduciaire non participant de son choix aux conditions qu'il jugera convenables. Puisque, au moment jugé approprié par le testament de son père, William devient le fiduciaire principal de la fiducie constituée à son profit et à celui de sa famille et qu'il peut nommer le fiduciaire non participant de son choix (par exemple : sa conjointe, un professionnel qualifié, etc.), il n'y aura pas beaucoup de contraintes de gestion prévisibles au regard des avantages légaux et fiscaux que lui procureront la fiducie constituée à son profit et à celui de sa famille.

- Usage du revenu : À la totale discrétion des fiduciaires jusqu'au 30e anniversaire de William. Les fiduciaires auront donc toute latitude pour remettre la totalité du revenu, selon le comportement de William, s'ils le jugent opportun. Après ses 30 ans, comme il aura la maîtrise et l'administration absolue des biens en fiducie, William pourra utiliser le capital à sa totale discrétion, sous réserve de l'approbation du cofiduciaire qu'il aura choisi et qui devrait, sauf exception, être complaisant envers ses objectifs de gestion du revenu en fiducie.

  Les tableaux produits en annexe de la partie 3 illustrent les importantes épargnes fiscales que peut générer un revenu de 60 000 $ (1 M$ à 6 %) gagné par la Fiducie William Planifie et fractionné, par hypothèse, entre ses deux enfants éventuels et la fiducie testamentaire concernée alors que William est imposé au taux marginal et que ses enfants n'ont aucun autre revenu que ceux attribués par la fiducie.

---

4 *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »), art. 1275, qui prévoit ceci : « Le constituant ou le bénéficiaire peut être fiduciaire, mais il doit agir conjointement avec un fiduciaire qui n'est ni constituant ni bénéficiaire. »

- Usage du capital : À la totale discrétion des fiduciaires sous réserve que le capital soit préservé (sauf urgence ou insuffisance de revenu) avant les 30 ans de William. Les fiduciaires auront la maîtrise et l'administration absolue du capital formant le patrimoine fiduciaire. Il n'est pas prévu de remise obligatoire du capital à un âge donné de William pour les motifs énoncés précédemment. Nous préférons donner le contrôle de l'administration à William, qui jugera lui-même s'il est préférable, après ses 30 ans, de conserver l'héritage en fiducie, en tout ou en partie, ou d'y mettre fin en retirant tout le capital à son profit ou au profit de ses enfants. Imaginons qu'à 40 ans William est dans les affaires et qu'il subit un revers de fortune. Il perdra la totalité de ses biens, sauf l'héritage qu'il aura conservé en fiducie puisque ce capital ne fait pas partie de son patrimoine. Il n'y a donc pas d'urgence à distribuer le capital de la fiducie.

4. FORMES DU TESTAMENT

La question qui revient le plus souvent à propos des formes testamentaires est la suivante : Doit-on privilégier le testament notarié ou le testament devant témoins? Qu'on soit avocat ou notaire importe peu. L'important est que le juriste possède une expérience de la vie et qu'il soit expérimenté en rédaction fiduciaire. Un testament, en plus de léguer des biens, peut également servir à léguer des valeurs familiales par rapport à l'utilisation du capital familial. On ne mesurera souvent la qualité d'un testament fiduciaire qu'après le décès du testateur. Dans certains cas, les bénéficiaires de la fiducie jouiront de la souplesse et de la flexibilité désirées. Dans d'autres cas, ils devront vivre avec des structures peu adaptées à leurs besoins. Les fiducies c'est un peu comme les « condos ». Qu'ils valent 100 000 $ ou 1 M$, des condos restent des condos ; toutefois, il y a forcément une différence de confort et d'utilité entre un appartement de 100 000 $ et un autre de 1 M $. La rédaction d'un testament fiduciaire par un professionnel (notaire ou avocat) expérimenté est un investissement rentable au profit des bénéficiaires.

Plusieurs clients seront enclins à préférer un testament notarié plutôt qu'un testament devant témoins pour les avantages qu'il comporte.

4.1. AUTHENTICITÉ DE L'ACTE NOTARIÉ

Le testament fait devant notaire est un document authentique qui n'a pas à être homologué par le tribunal après le décès du testateur pour prouver sa véracité. Le notaire, en sa qualité de représentant public, témoigne de l'identité du testateur. Le testament olographe ou celui devant témoins devra

être homologué par le tribunal avant d'entreprendre la liquidation de la succession. Le testament devant témoins entraîne certaines conséquences non désirées par la plupart des clients et, notamment :

- délais supplémentaires dans la liquidation de la succession;
- honoraires professionnels pour l'homologation;
- signification de la procédure judiciaire d'homologation par huissier aux héritiers;
- disponibilité du testament pour toute personne qui en fait la demande au Palais de justice moyennant le paiement requis par le greffe. À preuve, nous avons obtenu le testament de quelques personnalités et artistes connus dont le testament olographe ou devant témoins est déposé à la Cour au vu et au su de toute personne intéressée. Cela n'a rien de bien intéressant lorsqu'on est une personne connue du public ou un notable dans sa municipalité.

4.2. CONSERVATION DU TESTAMENT

L'original du testament notarié est conservé au greffe du notaire dans une chambre forte conforme aux règlements de la Chambre des notaires du Québec. La conservation de l'acte par un notaire évitera sa disparition soudaine. Cette conservation est assurée pendant la carrière active du notaire et après sa retraite ou son décès par des mécanismes permettant la conservation de l'original du testament notarié et la délivrance d'un nombre nécessaire de copies authentiques au moment de la liquidation de la succession.

4.3. EXTRAIT DU TESTAMENT NOTARIÉ

Il est possible de délivrer un extrait d'un acte authentique sans avoir à diffuser tout le contenu du testament. Le choix du testament notarié sera particulièrement utile pour ne pas divulguer l'entité du testament à des personnes non concernées par certaines volontés testamentaires du défunt.

4.4. REGISTRE DES TESTAMENTS DE LA CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC

Le notaire doit procéder bimensuellement à l'inscription des testaments authentiques qu'il reçoit au registre des testaments de la Chambre des

notaires. Cette inscription facilitera la recherche du testament après le décès de façon à s'assurer que le testament concerné est le dernier testament.

5. CAS PARTICULIER DE LA FIDUCIE ENTRE VIFS

Les fiducies de protection d'éléments d'actif et les fiducies familiales détenant les actions participantes d'une compagnie exploitante mises en place dans les entreprises familiales de nos clients impliquent un travail supplémentaire au moment de la planification testamentaire et successorale. La division du patrimoine recherchée au moment de la création de la fiducie peut devenir un obstacle à une planification totalement contrôlée par le testateur. On ne peut pas léguer les biens que l'on ne possède pas. Certains fiduciaires croient, souvent à tort, qu'ils ont une totale latitude pour nommer, après leur décès, les fiduciaires de leur choix pour les fiducies créées du vivant. Toute rédaction d'une convention créant une fiducie non testamentaire devrait impérativement être rédigée pour offrir la flexibilité voulue par le client au moment de la mise en place de sa planification testamentaire.

Les dispositions de la convention de fiducie imposeront un cadre plus ou mois flexible pour la planification *post mortem*. Si l'acte de fiducie prévoit des dispositions s'appliquant après le décès de Jean Planifie, ces dispositions devront impérativement être respectées. Dans certains cas, les conventions sont malheureusement muettes sur certains points utiles ou essentiels au soutien de la planification testamentaire que devra faire, un jour ou l'autre, le client concerné.

5.1. SURVIE DE LA FIDUCIE PLANIFIE

Malgré le fait que les actions concernées ne soient pas sa propriété, Jean Planifie, préalablement à la rédaction du testament, devra discuter de ses intentions au regard des biens détenus en fiducie (500 actions de Société Opérante inc.). Avant que nous abordions la planification *post mortem*, à la partie 4, voici quelques considérations devant être prises en compte.

5.2. VALEUR DE LA PARTICIPATION DISCRÉTIONNAIRE DE JEAN PLANIFIE

Quelle est la valeur de la participation de Jean Planifie dans la Fiducie Planifie à son décès? La participation d'un bénéficiaire dans une fiducie est un actif (droit ou bien) pouvant faire l'objet d'une saisie ou d'une disposition. Tout bénéficiaire d'une fiducie discrétionnaire étant réputé posséder 100 % des participations dans la fiducie concernée, Jean Planifie

sera-t-il réputé avoir disposé[5] des 500 actions participantes (évaluées à 730 100 $) de Société Opérante inc.? Quelle est la valeur de la participation de Jean Planifie qui peut, avec le concours de son ami cofiduciaire, se faire attribuer 100 % des participations? Bien que ce sujet commence à faire couler de l'encre, il nous apparaît juste de prétendre, dans l'état actuel du droit, qu'une participation totalement discrétionnaire dans une fiducie a une valeur nulle puisque les fiduciaires peuvent y attribuer, à leur totale discrétion, à tout moment et au moment du décès, une valeur variant entre 0 % et 100 %. Une certaine approche[6] tend à développer le concept selon lequel la valeur d'une participation dans une fiducie discrétionnaire, bien qu'elle soit difficilement évaluable, n'est pas nécessairement nulle. Nous croyons, dans l'état actuel du droit, que, si la participation discrétionnaire du bénéficiaire n'est pas transférable et si le bénéficiaire concerné n'exerce aucun contrôle sur la distribution des biens, une telle participation n'a pas de réelle valeur marchande. Nul doute que les tribunaux auront à se prononcer sur ce sujet dans un avenir rapproché. Nous argumenterons sur le fait que la valeur de la participation de Jean Planifie est nulle pour les motifs non exhaustifs suivants :

- L'un des principaux objectifs du gel successoral ayant conduit à la détention des actions de la société par la Fiducie Planifie était de transférer, du vivant de Jean Planifie, la plus-value future de Société Opérante inc. en faveur de sa conjointe et de ses enfants. Lorsqu'un contribuable atteint une zone confort qui lui apparaît raisonnable quant à l'ampleur de ses éléments d'actif, il peut être opportun de structurer ses affaires pour créer de la richesse au profit de sa famille.

- Sauf en cas de force majeure (par exemple, décès de tous les autres bénéficiaires), il est raisonnable de conclure que les fiduciaires n'attribueront pas le patrimoine de la Fiducie Planifie à l'auteur du gel (Jean Planifie) puisque cela irait à l'encontre des intentions au moment de la réorganisation corporative.

---

5 Par. 70(5) L.I.R., sauf si les actions étaient « roulées » au conjoint selon le paragraphe 70(6) L.I.R.

6 *Sagl* c. *Sagl*, (1997) 31 R.F.L. (4e) 405, [1997] no 2837 (C. Ont. Div. Gén.), 11 juillet 1997; Jack BERNSTEIN, « Participation dans une fiducie discrétionnaire », dans *Faits saillants en fiscalité canadienne*, vol. 11, no 5, Association canadienne d'études fiscales, mai 2003; *Window on Canadian Tax*, Don Mills, Ont., CCH Canadian, feuilles mobiles, interprétation technique 2003-0181465, 3 avril 2003; et Daniel GOSSELIN, Marc JOLIN et Stéphane LEBLANC, « Panel sur les fiducies – Partie D », dans *Congrès 2003*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2004, pp. 39:57-76.

5.3. IDENTITÉ DES FIDUCIAIRES APRÈS LE DÉCÈS OU L'INAPTITUDE DE JEAN PLANIFIE

Jean Planifie sera-t-il ou devra-t-il être remplacé comme fiduciaire, advenant son inaptitude ou après son décès? Qui procédera à son remplacement? Qui choisira le remplaçant? Les réponses à ces questions varieront en fonction de la flexibilité qu'offre la convention de fiducie.

À la lecture de l'acte créant la Fiducie Planifie, Jean Planifie se remémore le fait qu'il n'est pas prévu qu'il puisse se nommer un remplaçant pour agir après son décès, les fiduciaires en poste (son ex-épouse, Suzanne Lanctôt, et son ami, Pierre Ledroit) continuant d'agir ensemble.

Bien qu'il soit exceptionnel, le remplacement de Jean n'est pas prévu dans la convention de fiducie. Il en résulte que son ex-conjointe (Suzanne) et son ami, Pierre Ledroit, continueront d'agir en tant que seuls fiduciaires. Jean Planifie doit-il s'en remettre aux décisions que prendront ces fiduciaires qui auront la maîtrise et l'administration exclusive du patrimoine de la Fiducie Planifie? Bien que certaines conventions de fiducie prévoient que l'auteur du gel – qui est souvent bénéficiaire de la fiducie – peut choisir les bénéficiaires après son décès et déterminer la part de chacun, nous sommes peu enclins à permettre à un seul fiduciaire de décider, seul, du sort des biens en fiducie lorsque ce dernier agit avec d'autres fiduciaires. Jean Planifie peut-il validement dicter ses volontés aux autres fiduciaires?

5.4. CRISTALLISATION DES PARTICIPATIONS DES BÉNÉFICIAIRES

Les pouvoirs discrétionnaires des fiduciaires pour attribuer le revenu et le capital des biens en fiducie seront-ils maintenus malgré le décès de Jean Planifie? La fiducie étant actuellement de type « discrétionnaire », qui décidera de l'attribution du patrimoine fiduciaire? Jean Planifie ou les fiduciaires de la Fiducie Planifie?

Jean Planifie peut-il dicter ses intentions quant à la propriété des actions concernées après son décès? Force est de constater que plusieurs conventions de fiducie n'ont pas été rédigées en extrapolant sur les besoins du client concerné au moment de la mise en place de la réorganisation ainsi que sur la flexibilité souhaitée pour l'harmonisation des intentions testamentaires pour les biens du testateur et ceux détenus en fiducie.

Afin de circonscrire la flexibilité permise par la convention de fiducie créant la Fiducie Planifie, nous prenons acte que les fiduciaires en poste peuvent cristalliser, au moment jugé opportun et en tout temps, la part de

chaque bénéficiaire de façon à mettre fin aux pouvoirs discrétionnaires des fiduciaires quant à leur participation au revenu et au capital.

Nous recommanderons à Jean Planifie de rédiger une convention d'attribution et de distribution du capital de la Fiducie Planifie conforme à ses volontés. Cette convention sera rédigée simultanément à la rédaction du testament et signée par tous les fiduciaires en poste (Jean Planifie, Suzanne Lanctôt et Pierre Ledroit).

Cette convention sera révocable par accord majoritaire des fiduciaires du vivant de Jean et sera irrévocable après son décès ou son inaptitude. Les principaux éléments de la convention d'attribution et de distribution du capital sont les suivants :

- Cristallisation du tiers des participations en faveur de Suzanne et attribution du capital afférent à ce tiers en satisfaction de sa participation au capital de la fiducie (sous réserve d'un maximum de 500 000 $). Si Jean devait décéder aujourd'hui, cette attribution est évaluée à 240 000 $[7]. Suzanne utiliserait son droit à l'exonération pour gain en capital et recevrait ce montant libre d'impôt.

- Maintien du résidu des participations en participations égales (50/50) au profit d'Éric et de William et attribution (billet selon le paragraphe 104(18) L.I.R.) portant intérêt à 4 %) des gains en capital net imposables à Éric et à William (actuellement 120 000 $/chacun). Il faut comprendre qu'Éric ne peut faire un testament de par son état de santé mentale. Il en résulte qu'après son décès ce capital sera éventuellement légué à sa mère en vertu des dispositions du *Code civil du Québec*.

- Conservation de la partie non imposable des gains en capital (actuellement 240 000 $) dans la fiducie au profit de William. Ce capital continuera d'être sous la maîtrise et l'administration des fiduciaires (Suzanne et Pierre Ledroit).

  En considération des attributions à Suzanne, cette dernière acceptera que Brigitte (ou à son défaut William, lorsqu'il aura plus de 21 ans) agisse en qualité de cofiduciaire avec elle-même et avec Pierre Ledroit après le décès de Jean. Il pourrait également être envisagé qu'elle s'engage à démissionner de son statut de bénéficiaire après l'attribution du capital afférent au tiers des participations cristallisées en sa faveur.

---

7 739 100 $ - 19 100 $ (dépenses inhérentes à la vente des actions) = 720 000 $ / 3.

La planification *post mortem*, que nous traiterons à la partie 4, concernera la matérialisation (encaissement) du produit de la vente des actions et l'usage de la déduction pour gain en capital non imposable.

6. POUVOIRS DÉCISIONNELS

Il est important d'apporter une attention particulière aux « pouvoirs décisionnels » qui seront exercés après le décès de Jean Planifie. Il importe d'avoir une certaine unicité décisionnelle entre les différents « représentants légaux » concernés et, sans limitation, entre :

- les fiduciaires de la Fiducie Planifie;
- les liquidateurs de la succession;
- les administrateurs de la Société Opérante inc., de la Société Immobilière inc. et de la Société de Gestion inc.;
- les fiduciaires de la fiducie testamentaire créée dans le testament;
- les représentants légaux des légataires inaptes à administrer leur patrimoine; etc.

Doit-on harmoniser généralement la prise de décision des fiduciaires ayant la maîtrise et l'administration exclusive des biens détenus dans des fiducies entre vifs avec celle des liquidateurs de la succession et des fiduciaires des fiducies créées par testament? Force est de constater que la réponse est du cas par cas mais qu'une sérieuse réflexion s'impose sur ce sujet de façon à ne pas créer des structures aussi complexes que celles qui ont été imposées à certaines villes du Québec.

Une analyse non appropriée de cette structure de pouvoirs pourra entraîner un contrôle des conflits entre les administrateurs concernés, un « contrôle » non souhaité par le testateur.

7. INTERACTIONS ENTRE LE PATRIMOINE FAMILIAL ET LES DISPOSITIONS TESTAMENTAIRES

La liquidation d'une succession consiste, entre autres choses, à établir l'inventaire des biens du défunt. Un tel inventaire est constitué de l'actif et du passif au jour du décès. La créance résultant du partage du patrimoine familial, au jour du décès, se retrouvera au passif de la succession.

7.1. BIENS FORMANT LE PATRIMOINE FAMILIAL

Pour la succession de Jean Planifie, le patrimoine familial est le suivant :

	Succession	Brigitte
Automobile	40 000 $	0 $
Mobilier de la résidence principale	50 000 $	0 $
Résidence « principale »	450 000 $	0 $
Résidence « secondaire » (50 %)	350 000 $	350 000 $
REÉR	600 000 $	0 $
Total	1 490 000 $	350 000 $

Le but de cet exercice n'étant pas d'expliquer les règles, parfois complexes ou incomprises, du partage du patrimoine familial, les présents calculs avancent, aux fins de cet exercice, les hypothèses suivantes :

- Il n'y a pas de dettes contractées pour l'acquisition, l'amélioration, l'entretien ou la conservation des biens[8].

- Les biens concernés ont tous été acquis après le mariage, la valeur des biens apportés en mariage étant nulle.

- Aucun autre élément ne modifie le partage du patrimoine tel qu'il est formulé.

En vertu de l'article 416 C.c.Q., il en résulte une dette de 570 000 $ de la succession en faveur du patrimoine de l'époux survivant (c'est-à-dire Brigitte, dans le cas présent) :

> « Art. 416 C.c.Q. : En cas de séparation de corps, de dissolution ou de nullité du mariage, la valeur du patrimoine familial des époux, déduction faite des dettes contractées pour l'acquisition, l'amélioration, l'entretien ou la conservation des biens qui le constituent, est divisée à parts égales, entre les époux ou entre l'époux survivant et les héritiers, selon le cas. »

[8] Art. 416 C.c.Q.

Valeur partageable	1 140 000 $[9]	0 $
Créance de Brigitte (50 %) de la valeur partageable	(570 000 $)	570 000 $
Valeur de chacun après le partage du patrimoine	920 000 $	920 000 $

La créance résultant du partage du patrimoine familial est un actif pour le conjoint dont la valeur du patrimoine est inférieure à celle de son conjoint. À l'inverse, la dette concernée est un passif pour le conjoint possédant des biens faisant partie du patrimoine familial et qui a une valeur plus importante que celle de son conjoint. Depuis 2002[10], la créance résultant du partage du patrimoine familial est un actif transmissible aux héritiers du conjoint concerné. Il en résulte deux conséquences importantes :

- Le conjoint bénéficiant d'une créance contre la succession de son conjoint peut-il hériter à la fois des biens faisant partie du patrimoine familial et réclamer le paiement de la créance résultant du partage des mêmes biens?

- Les héritiers (autres que le conjoint survivant – les enfants, par exemple, nés d'un mariage antérieur) du conjoint décédé peuvent-ils réclamer la créance résultant du partage du patrimoine familial contre le conjoint survivant?

7.2. CUMUL DU BIEN LÉGUÉ ET DE LA CRÉANCE ET TRANSMISSIBILITÉ DE LA CRÉANCE

Puisque la créance résultant du patrimoine familial est transmissible aux héritiers de l'époux qui est créancier, est-ce à dire que Brigitte pourrait réclamer, en sus des legs en sa faveur, la somme de 570 000 $ de la succession?

En sa qualité de légataire universelle de la succession de son conjoint décédé, Brigitte supportera le passif de la succession puisque son héritage sera le résidu des biens de la succession après le paiement des créanciers et

---

9 1 490 000 $ - 350 000 $.

10 *Lamarche* c. *Olé-Widholm*, [2002] R.J.Q. (C.A.); *Banque Nationale du Canada* c. *Sciascia-Trapani*, [2002] R.E.J.B. 2002-31337, 29 avril 2002.

des legs particuliers. Il est impertinent que Brigitte soit créancière d'elle-même. Le résultat aurait-il été le même si Brigitte était décédée, léguant tous ses biens à son fils William? L'héritage de William aurait été alors formé de 50 % de la résidence principale et d'une créance de 570 000 $ contre Jean Planifie. En sa qualité de tuteur aux biens de son fils mineur, Jean Planifie aurait-il dû exercer le droit de créance de son fils?

En l'absence de disposition expresse au testament, la créance résultant du patrimoine familial est un droit qui est légué au(x) légataire(s) universel(s). Nous invitons le lecteur à consulter quelques textes sur le sujet[11]. Dans l'état actuel du droit, retenons qu'un praticien prudent rédigera un testament de façon à éviter toute controverse sur la transmissibilité des droits de créance dans le patrimoine familial à une personne autre que le conjoint et sur le cumul de tels droits. Il nous apparaît approprié de privilégier un legs des droits résultant de la créance du partage du patrimoine familial au conjoint survivant jumelé, lequel sera exécutoire et conditionnel à sa renonciation au partage du patrimoine familial après le décès. Le tribunal a été appelé à se prononcer sur une telle disposition dans la cause *Choinière (Succession de)*[12]. Le testament prévoyait un legs à l'épouse conditionnel à sa renonciation à ses droits dans le patrimoine familial. La conjointe concernée désirait obtenir la nullité de cette clause pour cumuler le legs et la créance. Le tribunal en a conclu que la disposition était valide, l'épouse ayant l'option d'évaluer la valeur du legs et celle de la créance résultant du patrimoine familial et de choisir l'option la plus avantageuse. Le droit matrimonial (patrimoine familial) et le droit successoral (legs) étant deux sources de droit distinctes, le cumul de ces droits nous apparaît donc possible dans l'état actuel du droit. Nous vous conseillons donc de faire preuve d'une très grande prudence.

---

[11] Christian LABONTÉ, « Le patrimoine familial – La nature des droits conférés : un droit de créance », (2006) vol. 3 *Personnes, familles et succession* Collection de droit 2006-2007, École du Barreau du Québec; Marilyn PICCINI ROY, « Les atteintes législatives au principe de la liberté de tester », (2006) vol. 3 *Personnes, familles et succession* Collection de droit 2006-2007, École du Barreau du Québec; Francine PAGER, « Transmissibilité du droit au cumul d'un legs d'un bien du patrimoine familial et des droits dans le partage du patrimoine », (2004) *Fiducies personnelles et succession (2004)*, Service de la formation permanente du Québec; Christine MORIN, « Les droits patrimoniaux du conjoint survivant résultant de la dissolution du mariage », (2002) 104 *Revue du Notariat*.

[12] C.S. Bedford, n° 460-17-000523-050, 7 février 2006, j. Fournier, [2006] C.S. 623, J.E. 2006-474, EYB 2006-101406 (C.S.).

8. SURVIE DE L'OBLIGATION ALIMENTAIRE

Avant son décès, Jean payait 1 000 $ par mois à titre de pension alimentaire à son ex-épouse. Qu'advient-il de cette pension? L'article 684 C.c.Q. énonce ce qui suit :

> « Tout créancier d'aliments peut, dans les six mois qui suivent le décès, réclamer de la succession une contribution financière à titre d'aliments.
>
> Ce droit existe encore que le créancier soit héritier ou légataire particulier ou que le droit aux aliments n'ait pas été exercé avant la date du décès, mais il n'existe pas au profit de celui qui est indigne de succéder au défunt. »

Bien que d'autres dispositions complètent cet article en permettant une certaine marge de manœuvre au liquidateur pour le règlement des droits de survie alimentaire, l'article 688 C.c.Q. limite le droit de l'ex-conjoint au moins élevé de 12 mois d'aliments ou 10 % de la valeur de la succession.

> « Art. 688. : La contribution attribuée au conjoint ou à un descendant ne peut excéder la différence entre la moitié de la part à laquelle il aurait pu prétendre si toute la succession, y compris la valeur des libéralités, avait été dévolue suivant la loi et ce qu'il reçoit de la succession.
>
> Celle qui est attribuée à l'ex-conjoint est égale à douze mois d'aliments, celle attribuée à un autre créancier d'aliments est égale à six mois d'aliments; toutefois, dans l'un et l'autre cas, elle ne peut, même si le créancier percevait effectivement des aliments du défunt à l'époque de la succession, excéder le moindre de la valeur de douze ou six mois d'aliments ou 10 p. 100 de la valeur de la succession, y compris, le cas échéant, la valeur des libéralités. »

L'attribution du tiers des participations de la Fiducie Planifie à l'ex-épouse de Jean Planifie pourrait être conditionnelle à sa renonciation aux droits de survie alimentaire. Il pourrait aussi être considéré de faire une attribution égale au tiers des participations moins le montant des droits de survie réclamés par cette dernière.

9. CONCLUSION

Malgré les compétences techniques que nous possédons en droit et en fiscalité, il ne faut pas perdre de vue qu'une planification testamentaire comporte des émotions, des personnes, des familles. Transmettre un patrimoine – le plus souvent gagné au prix d'efforts colossaux – révèle aussi bien de la science que de notre instinct à se mettre à la place du client et à percevoir ce qu'il ressent. Il faut démontrer de l'empathie pour les clients et se rappeler qu'au jour de l'ouverture du testament nous assisterons à des vies

transformées. Le meilleur des testaments n'est pas une panacée à tous les maux. Encore faut-il y consacrer le temps et l'énergie nécessaires à un travail de qualité venant aussi bien du client que des professionnels qui le guideront dans les options disponibles et dans ses dernières volontés. Ne perdons pas de vue que certaines erreurs, à la lecture du testament après le décès, ne pourront jamais être corrigées.

Nous vous invitons à poursuivre la planification testamentaire de Jean Planifie dans la deuxième partie. Dans les parties 3 et 4, les auteurs traiteront de la planification *post mortem*.

PARTIE 2 : Rentes admissibles de fiducie et substitution en faveur du conjoint

1. INTRODUCTION PAR LA MISE EN SITUATION

Comme les détails de la mise en situation ont été abordés dans la partie précédente, nous ne relèverons que les faits pertinents à Éric Planifie et Brigitte Paquet. Éric est un enfant âgé de 30 ans, né de l'union entre Suzanne Lanctôt et Jean Planifie. Il est financièrement à la charge de Jean en raison d'une infirmité mentale permanente bien qu'Éric vive dans une résidence spécialisée subventionnée pour les personnes atteintes d'infirmité mentale. Selon Jean, une somme annuelle de 25 000 $ à 30 000 $ suffirait à répondre au bien-être et à l'entretien d'Éric. Vous indiquez à Jean que son REÉR de 600 000 $ permettrait à Éric d'acheter une rente viagère ou une rente à durée fixe. Celui-ci vous demande alors qui aura la responsabilité d'administrer les prestations de la rente. Comme Éric ne peut pas administrer ses biens, Suzanne en aurait la responsabilité exclusive comme tutrice aux biens d'Éric. Bien que Jean ait confiance en Suzanne, cette solution ne l'emballe pas vraiment. Il préférerait faire appel à son frère Robert ou à sa sœur Gisèle pour apporter leur contribution. Vous vous souvenez que la législation fiscale est sur le point d'être amendée en vue de permettre l'achat de rente par une fiducie et Jean vous demande de lui expliquer cela plus en détail. C'est ce que nous allons faire ensemble dans cette présente partie du texte.

Actuellement, Jean et Brigitte ont des revenus confortables mais, quant à Brigitte, elle n'est pas imposée au taux maximum des particuliers. Jean a entendu parler de la possibilité de laisser ses biens à une fiducie testamentaire au bénéfice de Brigitte uniquement. Cette planification permettrait à une partie de ses biens de constituer un patrimoine distinct qui serait imposé distinctement comme un autre particulier. C'est un peu comme si Jean continuait d'exister après son décès aux fins fiscales. Cette idée de fractionnement de revenu lui plaît, mais il trouve que l'administration de la fiducie compliquera les choses pour Brigitte. Elle a fait clairement savoir à Jean qu'elle ne veut voir personne s'immiscer dans l'administration de ses biens après le décès. Jean partage le point de vue de Brigitte. Il sait que William recevra tous les biens dont sa mère aura la propriété à son décès. Vous lui dites que la substitution au bénéfice exclusif de Brigitte est une solution qui permettrait d'atteindre les deux objectifs, à savoir le fractionnement de revenu et le plein contrôle des biens entre les mains de Brigitte. À la partie 3 du présent texte, vous pourrez prendre connaissance d'une comparaison de la substitution et de la fiducie.

2. RENTES ADMISSIBLES DE FIDUCIE

2.1. RÉGIME ACTUEL DES RENTES ACHETÉES AVEC DES REÉR AU DÉCÈS DU RENTIER

Lorsque le rentier d'un REÉR décède, il est réputé avoir reçu une somme à titre de prestation versée dans le cadre du régime immédiatement avant son décès aux termes du paragraphe 146(8.8) L.I.R.[13] qui doit être incluse dans le revenu du rentier selon le paragraphe 146(8) et l'alinéa 56(1)h) L.I.R.[14]

Le paragraphe 146(8.9) L.I.R. permet de déduire les remboursements de primes[15] d'un REÉR versés, par suite du décès du rentier, sous forme de paiement forfaitaire à l'époux ou au conjoint de fait du rentier (régime non échu) ou à un enfant ou un petit-enfant du rentier (avant ou après l'échéance du régime) qui, immédiatement avant le décès de celui-ci, était financièrement à sa charge. Lorsque le versement est fait à la succession plutôt que directement à l'un des bénéficiaires admissibles ci-dessus, le paragraphe 146(8.1) L.I.R. permet au représentant légal de la succession du rentier du REÉR décédé et au bénéficiaire admissible de la succession de faire un choix conjoint, pour que la somme versée dans le cadre du régime à la succession (correspondant au remboursement de primes) soit considérée comme un remboursement de primes versé par le REÉR au bénéficiaire admissible[16].

La version actuelle du paragraphe 146(8.1) L.I.R. exige que le choix soit fait par une personne qui est directement bénéficiaire de la succession. Qu'arrive-t-il si le rentier fait un legs en fiducie du régime à un enfant mineur ou encore à un enfant majeur mentalement handicapé? Cet enfant n'est pas directement bénéficiaire de la succession (c'est la fiducie qui en est

---

13 Le régime fiscal québécois comporte certaines particularités, mais plusieurs règles sont analogues à celles du régime fédéral. De façon générale, nous n'avons pas fait référence aux articles de la *Loi sur les impôts*, L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »), sauf si cela est jugé nécessaire.

14 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-500R, « Régimes enregistrés d'épargne-retraite – Décès d'un rentier », 18 décembre 1996.

15 Par. 146(1) « remboursement de primes » L.I.R.

16 Le liquidateur pourrait être autorisé par le testament à signer le choix pour la succession et le bénéficiaire; à cet effet, voir *Tax Window Files*, dans *Tax Works* (CD-ROM), Don Mills, Ont., CCH Canadian, interprétation technique 2002-0160751E5, 10 mars 2004.

bénéficiaire), mais il a un droit de bénéficiaire dans la succession. Le paragraphe 146(8.1) L.I.R. sera modifié de façon à préciser que le terme « bénéficiaire » de la succession d'un rentier de REÉR décédé s'entend au sens du paragraphe 108(1) L.I.R.[17] Ainsi, les dispositions du paragraphe 146(8.1) L.I.R. pourront s'appliquer au particulier qui a un « droit de bénéficiaire » au sens du paragraphe 248(25) L.I.R. dans la succession d'un rentier de REÉR décédé mais qui n'est pas bénéficiaire de la succession[18].

Le bénéficiaire admissible d'un remboursement de primes est tenu d'inclure dans son revenu une somme égale au remboursement de primes qu'il a reçu (ou est réputé avoir reçu). Dans le cas où le bénéficiaire admissible a reçu (ou est réputé avoir reçu), par suite du décès de son époux ou conjoint de fait, ou de son père, de sa mère, de son grand-père ou de sa grand-mère dont il était une personne à charge, certains montants forfaitaires imposables d'un REÉR, l'alinéa 60l) L.I.R. lui permet de demander une déduction compensatoire au titre notamment d'un paiement effectué par lui ou pour son compte pour l'achat d'une rente qui satisfait aux exigences énoncées à cet alinéa[19].

Avant les modifications proposées à l'alinéa 60l) L.I.R., l'enfant mineur ou une fiducie pour l'enfant mineur pouvait être le rentier de la rente achetées alors que l'enfant (mineur ou majeur) à charge en raison d'une infirmité mentale ou physique devait être directement le rentier de la rente[20].

---

17 CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives concernant l'impôt sur le revenu*, 18 juillet 2005, par. 240(6) L.I.R. (ci-après « Projet de loi du 18 juillet 2005 »); voir également *Tax Window Files*, *op. cit*., note 16, interprétation technique 2004-0092841R3, 26 octobre 2005.

18 *Tax Window Files*, *op. cit*., note 16, interprétation technique 2005-0161941E5, 9 mai 2006 : l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») s'appuie sur le changement prévu au paragraphe 146(8.1) L.I.R. pour donner son avis selon lequel une fiducie au conjoint ayant reçu l'universalité des biens du défunt (y compris le REÉR) pourra utiliser la clause d'empiètement de capital de fiducie pour ensuite faire le choix entre le liquidateur de la succession et la conjointe afin que la conjointe puisse verser les fonds à son propre REÉR et obtenir le bénéfice de la déduction compensatoire.

19 La déduction compensatoire s'applique aussi aux sommes reçues (ou réputées reçues) d'un fonds enregistré de revenu de retraite (ci-après « FERR ») ou d'un régime de pension agréé (ci-après « RPA »).

20 Les expressions « infirmité mentale ou physique » et « déficience mentale ou physique » ne sont pas définies de façon précise aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*; c'est pourquoi elles prennent leur sens habituel. La *Loi de l'impôt sur le revenu* utilise ces deux expressions de façon interchangeable. Il faut que la dépendance soit attribuable uniquement à l'infirmité et que celle-ci soit telle qu'elle

(à suivre…)

Deux types de rentes pouvaient être achetées selon que l'enfant était mineur ou à la charge du particulier décédé en raison d'une infirmité mentale ou physique :

- **Enfant mineur** : La « rente de mineur à durée déterminée » est d'une durée n'excédant pas la différence entre 18 et l'âge du contribuable au moment de l'achat de la rente. **Le rentier en vertu de ce type de rente peut être le contribuable ou une fiducie** dans le cadre de laquelle ce dernier est la seule personne qui a un droit de bénéficiaire sur les sommes à payer aux termes de la rente.

- **Enfant infirme mentalement ou physiquement** : La rente viagère avec ou sans durée garantie qui est versée pendant la vie du bénéficiaire du remboursement de primes ou la rente d'une durée déterminée qui est égale à la différence entre 90 et l'âge du contribuable au moment de l'achat de la rente. Ce type de rente n'est admissible que si le contribuable était à la charge du particulier décédé en raison d'une infirmité mentale ou physique. **L'enfant ou le petit-enfant doit être le rentier en vertu de la rente**.

En ce qui concerne la question de savoir si un enfant ou un petit-enfant est à la charge d'un particulier, le paragraphe 146(1.1) L.I.R. établit une **présomption réfutable** que l'enfant ou le petit-enfant d'un particulier **est réputé ne pas être financièrement à la charge** du particulier immédiatement avant le décès de celui-ci si son revenu pour l'année d'imposition précédant celle du décès du particulier dépasse le montant obtenu par la formule prévue à ce paragraphe (14 745 $ en 2005 et 15 580 $ en 2006). Aux fins de la déduction compensatoire de l'alinéa 60l) L.I.R., un enfant avec un revenu plus élevé que le seuil prévu par le paragraphe 146(1.1) L.I.R. pourrait être considéré comme à la charge d'un particulier sur une base factuelle[21]. Le particulier doit être en mesure de démontrer qu'il subvient de façon régulière et constante aux besoins essentiels ou aux

---

(…suite)
oblige la personne à être à la charge du particulier pendant une période de temps considérable.

[21] *Tax Window Files*, *op. cit*., note 16, interprétation technique 2004-0098241R3, 26 octobre 2005; voir aussi Jane KIRBY DONAHUE et Sheila M. CRUMMEY, « Tax Issues in Will Planning: Part 1 », (2000), vol. 48, n° 4 *Revue fiscale canadienne* 1299-1320, p. 1310; également Philip J. RENAUD, « RRSPs: Tax Consequences on Death », dans *1998 Prairie Provinces Tax Conference*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1998, onglet 3, à la page 8.

besoins de première nécessité de la personne à charge en raison de son infirmité, notamment la nourriture, le logement, les vêtements, les soins médicaux essentiels, etc.[22]

2.2. NOUVEL ARTICLE 60.011 L.I.R. – GÉNÉRALITÉS

Selon le nouvel article 60.011 L.I.R., la déduction compensatoire prévue à l'alinéa 60l) L.I.R. pourra être demandée à l'égard de :

- la rente de mineur à durée déterminée achetée après 1998;
- la rente viagère pour le conjoint, ou l'enfant ou le petit-enfant à charge qui a une **infirmité physique** achetée après 2000 et avant 2005;
- la rente viagère pour le conjoint, ou l'enfant ou le petit-enfant à charge qui a une **infirmité mentale** après 2000;

dans le cas où une fiducie (dont le contribuable est bénéficiaire) est désignée à titre de rentier en vertu d'une rente achetée au moyen de fonds, provenant d'un REÉR, d'un FERR ou d'un RPA par suite du décès de l'époux, du conjoint de fait, du père, de la mère, du grand-père ou de la grand-mère du contribuable. Les fonds doivent avoir été inclus dans le calcul du revenu du contribuable.

Le nouvel article 60.011 L.I.R. veille à ce que le contribuable ne se voie pas refuser la déduction prévue à l'alinéa 60l) L.I.R. du seul fait qu'il n'est pas le rentier en vertu de la rente ou que la rente est achetée par la fiducie ou la succession du particulier décédé plutôt que « par le contribuable ou pour son compte ».

2.3. RENTE ADMISSIBLE DE FIDUCIE

Le nouveau paragraphe 60.011(2) L.I.R. précise en quoi consiste une « rente admissible de fiducie » relativement à un contribuable. Trois types de rentes sont visés et, dans tous les cas, le rentier est une fiducie dont le contribuable est bénéficiaire.

---

[22] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-513R, « Crédits d'impôt personnels », 24 février 1998, par. 26 et Annexe A : définition du mot « soutien ».

2.3.1. Rente admissible d'une fiducie de prestations à vie (infirmité mentale) pour les années 2006 et après

La rente achetée après 2005 dont le rentier est une fiducie de prestations à vie relativement au contribuable et à la succession d'un particulier sera une rente admissible de la fiducie si les conditions de l'alinéa 60.011(2)a) L.I.R. sont réunies. Cette rente vise la fiducie dont est bénéficiaire le contribuable ayant une infirmité mentale qui est l'époux ou le conjoint de fait du défunt ou l'enfant ou le petit-enfant à charge du défunt, immédiatement avant le décès du particulier.

Mais avant d'étudier les conditions de l'alinéa 60.011(2)a) L.I.R., il faut d'abord établir en quoi consiste une « fiducie de prestations à vie » relativement à un contribuable et à la succession d'un particulier. Les faits suivants doivent se vérifier selon le paragraphe 60.011(1) L.I.R.

Premièrement, immédiatement avant le décès du particulier, le contribuable doit être, par rapport à ce dernier, son époux ou conjoint de fait ayant une infirmité mentale ou son enfant ou petit-enfant qui était à sa charge en raison d'une infirmité mentale.

Deuxièmement, la fiducie doit être une fiducie personnelle[23] dans le cadre de laquelle les règles relatives au revenu et au capital doivent être les suivantes :

- nulle autre personne que le contribuable ne peut, durant la vie de celui-ci, recevoir une partie quelconque du revenu ou du capital de la fiducie ou autrement en obtenir l'usage[24];

- les fiduciaires sont autorisés à prélever des sommes sur la fiducie pour les verser au contribuable; et

- les fiduciaires sont tenus de prendre en considération les besoins du contribuable, notamment en ce qui concerne son bien-être et son

---

23 Par. 248(1) « fiducie personnelle » L.I.R. Une fiducie testamentaire va généralement se qualifier.

24 S.-al. 60.011(1)b)(i) L.I.R. Le paragraphe 108(3) L.I.R. sera modifié de façon à prévoir que le revenu de la fiducie de prestations à vie est déterminé selon les règles du droit civil sans qu'il soit tenu compte des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

entretien, lorsqu'il s'agit de déterminer s'il y a lieu ou non de lui verser une somme du patrimoine fiduciaire[25].

En ce qui concerne la première règle relative au revenu de la fiducie, elle n'est pas sans nous rappeler les exigences de la fiducie au bénéfice exclusif du conjoint, des fiducies en faveur de soi-même ou des fiducies mixtes[26]. Par contre, la rédaction du sous-alinéa 60.011(1)b)(i) L.I.R. diffère en ce que le bénéficiaire n'a pas droit aux revenus de la fiducie (c'est-à-dire le droit d'en exiger le paiement), de telle sorte que les fiduciaires n'ont pas l'obligation de verser tous les montants périodiques de la rente. L'acte constituant la fiducie pourra laisser une certaine discrétion de cumuler le revenu au capital de la fiducie. Il n'y aura cependant aucun fractionnement de revenu comme nous le verrons ci-après[27]. Également, l'accumulation ne doit pas se faire au détriment des besoins de la personne infirme mentalement et l'acte de fiducie devra être rédigé en conséquence pour respecter la règle de la division 60.011(1)b)(ii)(B) L.I.R.

La division 60.011(1)b)(ii)(A) L.I.R. comporte l'exigence que les sommes soient versées au contribuable. On peut néanmoins penser que le pouvoir des fiduciaires de verser des sommes prélevées sur la fiducie au profit de la personne infirme mentalement à une tierce partie sera acceptable à l'ARC[28].

Lorsque l'on est en présence d'une fiducie de prestations à vie relativement à un contribuable et à la succession d'un particulier, la rente constituera une rente admissible de fiducie relativement à un contribuable (l'époux ou le conjoint de fait du défunt ou l'enfant ou le petit-enfant à charge du défunt) qui satisfait aux conditions suivantes :

- la rente est acquise après 2005;

- le rentier, au moment où la rente est acquise, est la fiducie de prestations à vie relativement à un contribuable et à la succession d'un particulier en vertu de la rente,

---

25 Div. 60.011(1)b)(ii)(B) L.I.R.

26 S.-al. 70(6)b)(i) et al. 73(1.01)c) L.I.R.

27 *Infra*, section 2.3.5.

28 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Nouvelles techniques sur l'impôt sur le revenu*, Ottawa, n° 11, 30 septembre 1997.

- la rente peut être :

  - viagère (avec ou sans durée garantie), ou

  - à durée déterminée pour une durée égale à la différence entre 90 et l'âge du contribuable en années accomplies au moment où la rente est acquise;

- la rente à durée garantie ou à durée déterminée doit être convertie en un paiement forfaitaire unique au décès du contribuable pendant la durée garantie ou déterminée.

2.3.2. Rente admissible d'une fiducie pour infirmité physique (2000-2004) et mentale (2000-2005)

La rente achetée après 2000 dont le rentier est une fiducie sera une rente admissible de la fiducie si les conditions de l'alinéa 60.011(2)c) L.I.R. sont remplies. Le contribuable doit avoir une infirmité au moment de l'achat de la rente. De plus, la rente doit avoir été achetée avant 2005, s'il a une infirmité physique, et avant 2006, s'il a une infirmité mentale. Il s'agit d'un régime transitoire qui s'explique par l'évolution de la politique fiscale.

Cet alinéa vise la fiducie dont est bénéficiaire le contribuable ayant une infirmité qui est l'époux ou le conjoint de fait du défunt ou l'enfant ou le petit-enfant à charge du défunt, immédiatement avant le décès du particulier. Bien que l'alinéa 60.011(2)c) L.I.R. ne fasse pas directement référence aux personnes nommées ci-dessus, la somme versée pour l'acquisition de la rente par la fiducie ne sera déductible que si elle avait été déductible dans le calcul du revenu du contribuable pour une année d'imposition selon l'alinéa 60l) L.I.R. lorsqu'elle est versée directement par celui-ci (s.-al. 60.011(3)b)(ii) L.I.R.). Par exemple, la somme ajoutée à titre de remboursement de primes dans le cadre d'un REÉR dans le calcul du revenu d'un époux ou conjoint de fait du défunt ou d'un enfant ou petit-enfant à charge du défunt en raison d'une infirmité mentale ou physique lui permet de demander une déduction compensatoire selon l'alinéa 60l) L.I.R.[29]

En vertu de la fiducie, le contribuable (l'époux ou le conjoint de fait du défunt ou l'enfant ou le petit-enfant à charge du défunt) doit être le seul à

---

[29] Les divisions 60l)(v)(A) et (B) sont lues avec la division 60l)(ii)(A) L.I.R. Voir également le paragraphe 146(1) « remboursement de primes » L.I.R.

avoir un droit de bénéficiaire[30]sur les sommes à verser aux termes de la rente, ce droit étant déterminé sans tenir compte du droit d'une personne de recevoir des sommes de la fiducie au décès ou après le décès du contribuable[31].

La rente peut être viagère (avec ou sans durée garantie) ou à durée déterminée pour une durée égale à la différence entre 90 et l'âge du contribuable en années accomplies au moment où la rente est acquise.

2.3.3. Rente admissible d'une fiducie pour enfant mineur

L'alinéa 60.011(2)b) L.I.R. porte sur la rente de mineur d'une durée déterminée n'excédant pas la différence entre 18 et l'âge du mineur au moment de l'achat de la rente. Elle doit avoir été achetée après 1988 et le rentier doit être une fiducie dans le cadre de laquelle le contribuable est le seul à avoir un droit de bénéficiaire sur les sommes à verser aux termes de la rente[32]. Ce droit est déterminé sans tenir compte du droit d'une personne de recevoir des sommes de la fiducie seulement au décès ou après le décès du contribuable. Si la rente est achetée après 2005, ses modalités doivent prévoir la conversion de la rente en un paiement forfaitaire unique au décès du contribuable en cas de décès pendant la durée déterminée. Sauf quant à cette conversion, le régime est la continuité du régime antérieur que l'on trouvait à la division 60l)(ii)(B) L.I.R.

2.3.4. Règles d'interprétation dans l'application de l'alinéa 60l) L.I.R.

Le nouveau paragraphe 60.011(3) L.I.R. prévoit des dispositions qui ont pour effet de permettre à un contribuable de respecter les conditions de l'alinéa 60l) L.I.R. et ainsi de déduire le prix d'achat d'une « rente admissible de fiducie » relativement au contribuable.

---

30 La version anglaise emploie l'expression « beneficially interested in amounts payable under the annuity ».

31 *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 16, interprétation technique 2004-0098241R3, 26 octobre 2005.

32 *Tax Window Files*, *op. cit*., note 16, interprétation technique 2002-0164661E5, 10 mars 2004, où l'ARC a considéré que la rente achetée par une succession pour un enfant mineur pouvait se qualifier même si les prestations de la rente étaient conservées par la fiducie testamentaire (c'est-à-dire la succession) pour être remises aux âges prévus dans le testament.

- Les divisions 60l)(ii)(A) et (B) L.I.R. s'appliquent sans tenir compte de l'exigence voulant que le contribuable soit le rentier en vertu de la rente pour déterminer si une rente admissible de fiducie relativement à un contribuable est une rente visée au sous-alinéa 60l)(ii) L.I.R.[33]

- L'alinéa 60l) L.I.R. permet à un contribuable de déduire le prix d'achat d'une rente seulement si la somme ayant servi à son achat a été versée « par le contribuable ou pour son compte ». Dans le cas où une rente admissible de fiducie relativement à un contribuable est acquise par la fiducie, qui est le rentier, ou par la succession d'un particulier, qui était l'époux ou le conjoint de fait du contribuable ou le père, la mère, le grand-père ou la grand-mère du contribuable dont celui-ci était une personne à charge, et où le prix d'achat ne serait pas considéré par ailleurs comme ayant été versé « par le contribuable ou pour son compte », l'alinéa 60.011(3)b) L.I.R. prévoit que la somme en question est réputée avoir été versée pour le compte du contribuable.

- La somme versée pour l'acquisition de la rente par la fiducie ne sera déductible que si elle avait été déductible dans le calcul du revenu du contribuable pour une année d'imposition selon l'alinéa 60l) lorsqu'elle est versée par lui[34].

- Le contribuable doit faire le choix que l'alinéa 60.011(3)b) L.I.R. s'applique dans la déclaration de revenus qu'il produit pour l'année à l'égard de laquelle la somme aurait été déductible par lui en vertu de l'alinéa 60l) L.I.R. s'il avait acquitté le prix d'achat de la rente. Une mesure transitoire prévoit cependant qu'un contribuable est réputé avoir fait le choix prévu à l'alinéa 60.011(3)b) L.I.R. à l'égard de toute somme qu'il demande à titre de déduction en vertu de l'alinéa 60l) dans le calcul de son revenu pour une année d'imposition se terminant avant 2005[35].

2.3.5. Règle d'attribution du revenu du vivant et au décès du bénéficiaire de la fiducie

Le nouvel article 75.2 L.I.R. prévoit des règles d'attribution qui s'appliquent à une rente admissible de fiducie visée par le nouveau

---

33 Al. 60.011(3)a) L.I.R.

34 S.-al. 60.011(3)b)(ii) L.I.R.

35 Projet de loi du 18 juillet 2005, précité, note 17, par. 72(2) L.I.R.

paragraphe 60.011(2) L.I.R. Toute somme versée en vertu de la rente à un moment postérieur à 2005 et avant le décès du bénéficiaire mineur, ou ayant une infirmité, sera réputée avoir été reçue à ce moment par le bénéficiaire plutôt que par la fiducie ou toute autre personne. Le bénéficiaire sera tenu d'inclure cette somme dans le calcul de son revenu pour l'année au cours de laquelle il est réputé l'avoir reçue en vertu de l'alinéa 56(1)d.2) L.I.R., de la même façon que s'il était directement le rentier de la rente. Ainsi, bien que la somme soit payable à la fiducie qui est le rentier en vertu de la rente, elle n'est pas prise en compte dans le calcul du revenu de la fiducie aux fins de l'impôt sur le revenu. En conséquence, il n'y aura pas de possibilité de fractionner le revenu tiré de la rente entre la fiducie et le bénéficiaire. Par contre, rien ne semble empêcher que le revenu capitalisé dans la fiducie génère un revenu qui sera imposable dans la déclaration de revenus de la fiducie[36].

L'alinéa 75.2b) L.I.R. prévoit d'autres dispositions en cas de décès du bénéficiaire de la fiducie après 2005. Selon le sous-alinéa 75.2b)(i) L.I.R., le bénéficiaire est réputé avoir reçu, immédiatement avant son décès, une somme égale à la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») de la rente à son décès. Cette somme est aussi incluse, en vertu de l'alinéa 56(1)d.2) L.I.R. On peut penser que la JVM devrait correspondre au montant forfaitaire lors de la conversion de la rente en un versement unique selon les exigences prévues au paragraphe 60.011(2) L.I.R.

Étant donné la règle du sous-alinéa 75.2b)(i) L.I.R., et pour éviter une situation de double imposition du fait que le bénéficiaire est réputé avoir disposé d'une participation dans la fiducie admissible selon le paragraphe 70(5) L.I.R., le sous-alinéa 75.2b)(ii) L.I.R. prévoit qu'il n'est pas tenu compte de la rente lorsqu'il s'agit de déterminer la JVM de la participation du contribuable dans la fiducie. Dans le cas où il y aurait du capital accumulé dans la fiducie du fait que tout le revenu tiré de la rente n'aurait pas été payé et ainsi des placements dans la fiducie ayant un gain accumulé non matérialisé, on peut se demander dans quelle mesure la personne infirme serait tenue de s'imposer sur un gain en capital du fait de la disposition réputée à son décès de sa participation discrétionnaire au capital de la fiducie, selon la règle du paragraphe 70(5) L.I.R. En effet, la personne infirme n'a pas le droit d'exiger le capital de la fiducie lorsque les fiduciaires

---

[36] En effet, les règles d'attribution ne s'appliquent pas sur le revenu généré sur du revenu attribué; voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-369R, « Attribution du revenu provenant d'une fiducie à un auteur ou disposant », 12 mars 1990, par. 6.

conservent le pouvoir discrétionnaire de verser ou non des sommes prélevées sur le capital de la fiducie. La JVM de la participation au capital de la fiducie immédiatement avant le décès serait probablement nulle, car il s'agit d'un droit de nature viagère, en tenant compte de l'exclusion de la JVM de la rente selon l'alinéa 75.2b) L.I.R.

Il est à noter que le paragraphe 104(4) L.I.R. n'a pas été modifié de façon à faire en sorte que la fiducie soit réputée avoir disposé de ses biens à la JVM au décès de la personne infirme mentalement. La règle de 21 ans s'appliquera normalement. Dans le cas où la personne infirme décède avant 21 ans, les biens pourront être roulés aux bénéficiaires de deuxième ordre. À défaut, la fiducie sera réputée avoir disposé de ses biens tous les 21 ans.

2.3.6. Responsabilité solidaire du paiement de l'impôt

Selon le nouveau paragraphe 160.2(2.1) L.I.R., le rentier et le titulaire de police (qui peut être la même personne) sont solidairement responsables du paiement de l'impôt du bénéficiaire qui est attribuable aux sommes que celui-ci est réputé avoir reçues de la rente par l'article 75.2 L.I.R. L'ARC peut transmettre un avis de cotisation au rentier ou au titulaire de police pour une somme à payer en vertu de l'article 160.2 et du paragraphe 160.2(3) L.I.R. à n'importe quel moment après 2005. Il est à noter qu'il ne semble pas y avoir de délai de prescription pour émettre une telle cotisation. On peut se demander si le rentier ou le titulaire pourrait s'opposer à une cotisation émise en vertu de ce paragraphe 160.2(2.1) L.I.R. si, par ailleurs, l'ARC est hors délai pour cotiser la personne infirme. Ils sont également responsables de l'intérêt redevable sur ladite cotisation aux termes de l'alinéa 160.2(2.2)b) LI.R.

Malgré la responsabilité solidaire du rentier et titulaire de la police, le bénéficiaire de la fiducie reste responsable de ses impôts et autres obligations fiscales découlant d'autres dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[37].

2.3.7. Disposition d'une police d'assurance vie

Une modification d'ordre corrélative à l'introduction du régime des rentes admissibles de fiducie sera également apportée à l'alinéa 148(1)e) L.I.R. de façon à prévoir que la somme provenant de la disposition d'une police d'assurance vie (par exemple, REÉR) servant à acheter une telle rente

[37] Al. 160.2(2.2)a) L.I.R.

admissible ne soit pas incluse dans le revenu lorsque le paiement est déductible en vertu de l'alinéa 60l) L.I.R. dans le calcul du revenu du titulaire de la police. De plus, ce contrat de rente prescrit, selon le *Règlement de l'impôt sur le revenu*[38], ne sera pas assujetti au régime de l'article 12.2 L.I.R., qui peut avoir pour effet de forcer une inclusion dans le revenu avant le moment où les sommes provenant de la rente sont versées au contribuable. Cette modification s'applique à compter de 1989.

2.4. FIDUCIE DE PRESTATIONS À VIE POUR ÉRIC PLANIFIE

Le legs particulier du REÉR non échu en pleine propriété à Éric Planifie permettrait à Jean Planifie de ne pas être imposé sur les sommes à son décès. Éric pourrait obtenir une déduction compensatoire selon l'alinéa 60l) L.I.R. Cependant, bien qu'il soit adulte, Éric Planifie n'est pas en mesure d'administrer ses biens et un régime de protection du majeur doit être établi conformément au *Code civil du Québec*[39]. Les règles relatives à la tutelle au mineur s'appliquent à la tutelle et à la curatelle au majeur[40].

Le régime de l'administration tutélaire est empreint d'une lourdeur avec son inventaire des biens, la fourniture de sûretés, l'obtention d'avis du conseil de tutelle ou du tribunal, sans mentionner les tracasseries administratives résultant de la transmission du compte annuel au conseil de tutelle et, surtout, au curateur public. Ce dernier doit examiner les comptes annuels du tuteur et le compte définitif, s'assurer du maintien de la sûreté; de plus, il a le droit d'exiger tous documents et toutes explications concernant ces comptes et il peut en requérir la vérification.

Selon Jean Planifie, il n'est pas question de négocier avec le curateur public. La fiducie de prestations à vie répond à ce besoin, car les biens légués en fiducie à Éric Planifie seront soustraits à l'administration du tuteur ou curateur[41]. Jean Planifie vous indique qu'il souhaite nommer son ex-épouse, Suzanne Lanctôt, et son frère Robert Planifie ainsi que sa sœur Gisèle Planifie en qualité de fiduciaires. Ces personnes maintiennent de très bonnes relations et sont profondément attachées à Éric. De son vivant, Éric sera le seul bénéficiaire de la fiducie de prestations à vie. Jean souhaite que la fiducie achète une rente viagère avec une durée garantie ou une rente à

---

38 C.R.C., 1978, c. 945 et mod. (ci-après « R.I.R. »), al. 304(1)b).

39 Art. 256 à 297 C.c.Q. pour la tutelle ou la curatelle au majeur.

40 Art. 266 C.c.Q.

41 Art. 210 et 266 C.c.Q.

durée déterminée. Ce faisant, il est important de nommer la Fiducie testamentaire de William ou William comme bénéficiaire de deuxième ordre à compter du décès d'Éric. Les fiduciaires auront la discrétion de verser ou non les paiements périodiques de la rente à Éric, mais ce pouvoir sera exercé en tenant compte des besoins d'Éric, notamment en ce qui concerne son bien-être et son entretien. Les règles d'imposition de la rente du vivant et au décès d'Éric ont déjà été revues antérieurement, de telle sorte qu'il n'est pas nécessaire de les reprendre à nouveau dans le cas présent.

3. SUBSTITUTION

Comme il a été indiqué au début du texte, Jean Planifie est intéressé à en savoir plus sur la substitution afin de laisser une partie de ses biens sous le contrôle Brigitte tout en lui laissant l'occasion de bénéficier des règles de fractionnement de revenu. Afin de bien comprendre la substitution, il est important de revoir les types de substitutions à la section 3.1., puis de comparer la substitution à la fiducie sur le plan civil à la section 3.2. et sur le plan fiscal à la section 3.3. La section 3.4. illustre la position de l'ARC quant à la fiducie *de residuo* et l'application de la substitution au cas de Jean Planifie est revue à la section 3.5.

3.1. TYPES DE SUBSTITUTIONS

La substitution est un mécanisme par lequel l'auteur du transfert (ci-après « disposant » ou ci-après « substituant ») du bien veut effectuer deux libéralités successives (ci-après « donation » ou ci-après « legs ») et charger le premier propriétaire (ci-après « grevé ») de remettre après un certain temps le bien donné initialement (ci-après « bien substitué ») ou sa valeur à une ou plusieurs personnes d'un ordre subséquent (ci-après « appelés »). L'ouverture de la substitution est le moment où le grevé doit remettre les biens substitués à son tour à un ou plusieurs des appelés[42].

- Substitution conventionnelle : « Je lègue mes biens à mon épouse, à charge par elle de les rendre à son décès à nos enfants au premier degré. »

- Substitution graduelle : « Je lègue mes biens à mon épouse, à charge par elle de les rendre à son décès à mon fils, qui devra lui-même les rendre à son décès à ses enfants au premier degré. »

- Substitution à charge : « Je lègue mes biens à mon épouse, à charge par elle de payer annuellement de son vivant 10 % des revenus nets produits par ceux-ci à chacun de nos enfants au premier degré, et à charge par elle de les rendre à son décès en parts égales à nos dits enfants au premier degré, avec représentation en faveur de leurs descendants ou, à défaut, avec accroissement entre eux. »

- Substitution *de residuo* (art. 1246 C.c.Q.) : « Je lègue mes biens à mon épouse, à charge par elle de rendre ce qui en restera à son décès, pour n'avoir par ailleurs pas été consommés, transférés ou aliénés, autrement qu'à titre gratuit, par mon épouse de son vivant, en parts égales à nos enfants au premier degré, avec représentation en faveur de leurs descendants ou, à défaut, avec accroissement entre eux. »

---

42 Pour une revue détaillée des règles de la substitution tant sur le plan civil que sur le plan fiscal, voir : Caroline MARION, « Démystifier la substitution : une option à la fiducie testamentaire », (2006), vol. 26, n° 4 *Revue de planification fiscale et successorale* 775-813; Josée LACHAPELLE, « La substitution en planification successorale », (1994), vol. 16, n° 2 *Revue de planification fiscale et successorale* 211-278; Marc JOLIN, « Planification successorale et testamentaire – Utilisation de la substitution en planification testamentaire », dans *Congrès 97*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1998, pp. 23:1-56; Odile ST-HILAIRE, « La substitution, une alternative intéressante à la fiducie testamentaire? », (2002), n° 1 *Cours de perfectionnement du Notariat* 89-121.

COMPARAISON

SUBSTITUTION	FIDUCIE
3.2. SUBSTITUTION *VERSUS* FIDUCIE : *CODE CIVIL DU QUÉBEC*	
3.2.1. Constitution	
• Testateur ou donateur (ci-après « disposant » ou « substituant ») (art. 1218 C.c.Q.) : - Donation; - Testament; • Rédaction simple (voir les exemples ci-dessus).	• Constituant (art. 1260 C.c.Q.) par un acte de transfert y compris : - Donation; - Testament; - Rédaction complexe pour éviter de recourir aux tribunaux : nomination de fiduciaires, remplaçants, liste de pouvoirs, etc.
3.2.2. Ordres successifs	
• Propriétaires en ordres successifs (art. 1221 C.c.Q.), par exemple : - Grevé-conjoint (1er ordre); - Appelés-Enfants (2e ordre); - Remise du capital de la substitution (3e ordre); - Accroissement ne crée pas un nouvel ordre (art. 1221 C.c.Q.).	• Bénéficiaires en ordres successifs (art. 1271 C.c.Q.), par exemple : - Conjoint (1er ordre revenu et/ou capital); - Enfants (2e ordre revenu et/ou capital); - Remise du capital de la fiducie (3e ordre); - Accroissement ne crée pas un nouvel ordre (art. 1271 C.c.Q.); - Le droit du bénéficiaire du premier ordre peut s'ouvrir au plus tard à l'expiration des 100 ans qui suivent la constitution de la fiducie.

COMPARAISON

SUBSTITUTION	FIDUCIE
3.2. SUBSTITUTION *VERSUS* FIDUCIE : *CODE CIVIL DU QUÉBEC*	
Ordres successifs (suite)	
• Personnes non conçues d'un même ordre peuvent être appelées si l'une d'elles existe à l'ouverture de la substitution (art. 1242 C.c.Q.).	• Personnes non conçues d'un même ordre peuvent être bénéficiaires si l'une d'elles existe à l'ouverture de leur droit (art. 1279 C.c.Q.).
• Rien ne s'oppose à ce qu'une fiducie ou une personne morale soit une appelée[43].	• Une fiducie ou une personne morale peut être bénéficiaire d'une autre fiducie.
• La personne morale peut être la grevée pour une période de 30 ans (art. 1240 al. 2 C.c.Q.).	• La personne morale peut être bénéficiaire pour une période de 100 ans (art. 1272 al. 2 C.c.Q.).
3.2.3. Faculté d'élire	
• Faculté d'élire du disposant ou du grevé (art. 1255 C.c.Q.) : - Part des appelés; - Exclusion possible d'un appelé.	• Faculté d'élire du constituant, fiduciaire ou tiers (art. 1282 C.c.Q.) : - Élection des bénéficiaires; - Parts des bénéficiaires.
3.2.4. Administration de biens d'autrui	
• Inventaire (art. 1224 C.c.Q.).	• Inventaire (art. 1324 C.c.Q.). • Surveillance du constituant ou bénéficiaire (art. 1287 C.c.Q.).
• Devoir de prudence et diligence (art. 1225 C.c.Q.).	• Devoir de prudence et diligence (art. 1309 C.c.Q.).

[43] M. JOLIN, *loc. cit.*, note 42, 23:8-11.

COMPARAISON

SUBSTITUTION	FIDUCIE
3.2. SUBSTITUTION *VERSUS* FIDUCIE : *CODE CIVIL DU QUÉBEC*	
Administration de biens d'autrui (suite)	
	• Honnêteté, loyauté et meilleur intérêt du bénéficiaire
• Actes nécessaire à l'entretien et à la conservation (art. 1226 C.c.Q.).	• Actes nécessaire à l'entretien et à la conservation (art. 1333 C.c.Q.).
• Assurance sur les biens et sûreté si l'acte constitutif le prévoit (art. 1227 C.c.Q.).	• Assurance sur les biens et sûreté si l'acte constitutif le prévoit (art. 1324 C.c.Q.).
• Compte annuel (art. 1231 C.c.Q.).	• Compte annuel (art. 1351 C.c.Q.).
	• Devoir de ne pas agir dans son propre intérêt et de se placer en conflit d'intérêts (art. 1310 à 1312 C.c.Q.).
• Nature de l'administration : simple ou pleine?	• Pleine administration (art. 1278 C.c.Q.).
Note : L'acte constitutif pourrait relever le grevé de certaines des obligations énumérées ci-dessus qui ne sont pas contre l'ordre public ou réduire ses obligations[44].	Note : L'acte constitutif pourrait relever le fiduciaire de certaines des obligations énumérées ci-dessus qui ne sont pas contre l'ordre public.
3.2.5. Propriété des biens légués	
• Propriété « absolue » du grevé mais son patrimoine comporte deux parties : 1) les biens substitués reçus par donation ou testament (patrimoine de substitution) et 2) les biens personnels du grevé (patrimoine personnel) (art. 1223 C.c.Q.).	• Patrimoine fiduciaire autonome sans propriétaire distinct du patrimoine du constituant, fiduciaire ou bénéficiaire (art. 1261 C.c.Q.).

[44] M. JOLIN, *loc. cit.*, note 42, 23:15, selon l'auteur il y aurait une incertitude à savoir si le substituant peut dispenser le grevé de faire inventaire.

COMPARAISON

SUBSTITUTION	FIDUCIE
3.2. SUBSTITUTION *VERSUS* FIDUCIE : *CODE CIVIL DU QUÉBEC*	
Propriété des biens légués (suite)	
• La confusion des biens personnels et des biens substitués cesse d'exister à l'ouverture de la substitution (art. 1249 C.c.Q.). • Pendant la substitution, le grevé devra être en mesure de distinguer son patrimoine de substitution de son patrimoine personnel.	• Fiduciaire ne doit pas confondre les biens en fiducie avec ses propres biens (art. 1313 C.c.Q.).
3.2.6. Vente, donation ou legs	
• Conjoint **peut agir seul, car il est propriétaire des biens substitués** : - Aliénation à titre onéreux ou location (art. 1229 C.c.Q.); - L'acte constitutif peut prévoir (art. 1232 C.c.Q.) : • Donation, • Legs testamentaire.	• Fiduciaires : **le conjoint doit agir avec un fiduciaire qui n'est ni constituant ni bénéficiaire (art. 1275 C.c.Q.) :** - Aliénation à titre onéreux (art. 1278 et art. 1307 C.c.Q.); - Pas de disposition à titre gratuit à moins que l'acte constitutif ne le prévoie expressément (art. 1315 C.c.Q.).
3.2.7. Remploi du produit d'aliénation	
• Le grevé est tenu de faire remploi au nom de la substitution (art. 1230 C.c.Q.). Le remploi signifie le fait de remplacer un bien substitué ayant été aliéné par un nouveau bien acquis avec le produit d'aliénation, lequel nouveau bien fera partie du patrimoine de substitution à la place du bien aliéné. Il s'agit d'un concept qui se rapproche de celui de « bien de remplacement » de l'article 44 L.I.R.	• La fiducie n'utilise pas la notion de remploi. • Le produit d'aliénation d'un bien du patrimoine fiduciaire fera nécessairement partie de ce patrimoine, soit il sera conservé en faveur des bénéficiaires du capital, soit il sera distribué en faveur des bénéficiaires du revenu si les fiduciaires ont l'obligation ou la discrétion de le faire en vertu de l'acte constituant la fiducie.

COMPARAISON

SUBSTITUTION	FIDUCIE
3.2. SUBSTITUTION *VERSUS* FIDUCIE : *CODE CIVIL DU QUÉBEC*	
Remploi du produit d'aliénation (suite)	
• Dispense de faire remploi du prix des biens aliénés peut être permis dans l'acte constitutif (en totalité ou en partie) (art. 1230 C.c.Q.). • Une dispense générale de remploi réduit le patrimoine de substitution au profit du patrimoine personnel du grevé; il n'y a plus de substitution si les biens substitués sont tous aliénés par le grevé et qu'il n'en a pas conservé le produit d'aliénation.	
3.2.8. Placements présumés sûrs et autres	
• Placements présumés sûrs requis lors du remploi du prix de toute aliénation de biens substitués, sauf indication contraire au testament ou acte de donation[45].	• Le fiduciaires doit conserver et faire fructifier le bien, accroître le patrimoine ou en réaliser l'affectation, car l'intérêt du bénéficiaire de la fiducie l'exige (art. 1306 et art. 1304 C.c.Q. (*a contrario*)).

[45] M. JOLIN, *loc. cit.*, note 42, 23:16, selon l'auteur il n'y a que dans le cadre d'une substitution *de residuo* que le remploi pourrait s'opérer sans restriction quant à la nature des placements. Il est peu probable que les dispositions de l'article 1230 C.c.Q. soient d'ordre public. Le substituant qui accorde au grevé la liberté de faire des placements autres que des placements présumés sûrs doit juger que cela répond mieux au besoin de la substitution qu'il veut constituer. Également, la position du professeur Brierley (cité par M. Jolin) ne se comprend que dans la mesure où il ne s'agit pas d'une substitution *de residuo* pure. Si c'était le cas, l'acquisition d'un nouveau bien avec le produit d'aliénation d'un bien substitué ferait partie du patrimoine personnel du grevé et non plus du patrimoine de substitution de sorte que le nouveau placement n'aurait pas à respecter quelque règle que ce soit. Plusieurs formes de substitution *de residuo* semblent pouvoir exister dont certaines permettant le remploi sans l'obligation de suivre la règle des placements présumés sûrs.

COMPARAISON

SUBSTITUTION	FIDUCIE
3.2. SUBSTITUTION *VERSUS* FIDUCIE : *CODE CIVIL DU QUÉBEC*	
3.2.9. Répartition des dettes entre les comptes capital et revenu	
• Le grevé doit payer les dettes en capital et les dépenses généralement débitées au capital avec ses biens personnels à moins qu'il n'ait la faculté de ne pas faire remploi des biens substitués, jusqu'à concurrence de telles dettes et dépenses, telles que les impôts sur les gains en capital, les rénovations majeures faites aux immobilisations, les taxes foncières, etc. (art. 1226 C.c.Q.). • Le grevé a le droit d'être remboursé des dettes en capital qu'il a payées sans en avoir été chargé et des dépenses généralement débitées au capital qu'il a faites en raison de la substitution, avec les intérêts courus à compter de l'ouverture de la substitution (art. 1247 C.c.Q.).	• La répartition des revenus et des dépenses, entre le bénéficiaire des fruits et revenus et le bénéficiaire du capital, se fait conformément aux dispositions de l'acte constitutif et suivant l'intention qui y est manifestée ou à défaut suivant l'usage (art. 1345 à 1350 C.c.Q.).
3.2.10. Protection contre les créanciers	
• **Protection limitée contre les créanciers du grevé par le bénéfice de discussion des biens personnels (art. 1233 C.c.Q.).** • Les créanciers qui détiennent une priorité ou une hypothèque sur les biens substitués peuvent exercer, sur ces biens, les droits et recours prévus par la loi.	• **Protection contre les créanciers du bénéficiaire pour les dettes du bénéficiaire.** • Les créanciers qui détiennent une priorité ou une hypothèque sur les biens en fiducie peuvent exercer, sur ces biens, les droits et recours que la loi leur confère.

COMPARAISON

SUBSTITUTION	FIDUCIE
3.2. SUBSTITUTION *VERSUS* FIDUCIE : *CODE CIVIL DU QUÉBEC*	
Protection contre les créanciers (suite)	
• Les droits du créancier sur les biens substitués ne sont pas touchés par les droits de l'appelé à l'ouverture de la substitution (art. 1229 C.c.Q.). • Clause d'insaisissabilité (art. 2649 C.c.Q.). • Stipulation d'inaliénabilité (art. 1212 à 1217 C.c.Q.). • Publication de la substitution (art. 1218 C.c.Q.). • Publication de remploi : la substitution n'a d'effet qu'à l'égard de biens acquis en remploi de biens substitués que si un acte ou une déclaration d'emploi est publié (art. 2961 C.c.Q.). • Prescription : Le grevé et ses héritiers ne peuvent prescrire contre l'appelé avant l'ouverture de la substitution (art. 2916 C.c.Q.).	• Clause d'insaisissabilité (art. 2649 C.c.Q.). • Stipulation d'inaliénabilité (art. 1212 à 1217 C.c.Q.). • Publication de la donation (art. 1824 C.c.Q.).
3.2.11. Droit des personnes de l'ordre successif	
Appelés	**Bénéficiaires**
• Droits éventuels aux biens substitués (art. 1235 C.c.Q.). • Disposition de (ou renonciation à) son droit (art. 1235 C.c.Q.). • Actes conservatoires pour sa protection (art. 1235 C.c.Q.).	• Droit d'exiger soit le paiement des fruits et revenus et du capital ou de l'un d'eux seulement (art. 1284 C.c.Q.). • Disposition de (ou renonciation à) son droit (art. 1285 C.c.Q.).

COMPARAISON

SUBSTITUTION	FIDUCIE
3.2. SUBSTITUTION *VERSUS* FIDUCIE : *CODE CIVIL DU QUÉBEC*	
Droit des personnes de l'ordre successif (suite)	
• Forcer l'inventaire (art. 1236 C.c.Q.) • Inexécution des obligations du grevé, le tribunal peut (art. 1238 C.c.Q.) : - priver le grevé des fruits et revenus; - obliger le rétablissement du capital; - prononcer la déchéance de ses droits en faveur de l'appelé; - nommer un séquestre.	• Inexécution des obligations du fiduciaire, le constituant ou le bénéficiaire peut agir contre le fiduciaire pour (art. 1290 C.c.Q.) : - contraindre à exécuter ses obligations ou faire un acte nécessaire à la fiducie; - enjoindre de s'abstenir de tout acte dommageable; - obtenir la destitution du fiduciaire; - attaquer les actes en fraude du patrimoine; - agir en justice avec l'accord du tribunal (art. 1291 C.c.Q.).
3.2.12. Représentation des personnes non conçues ou incapables	
• Curateur à la substitution pour l'appelé non conçu (art. 1239 C.c.Q.) : la nomination n'est pas automatique et on peut se demander si le testateur peut exiger qu'aucun curateur ne soit nommé. • Grevé qui est mineur ou majeur inapte : vraisemblablement la nomination d'une personne chargée de la pleine administration (art. 1306-1307 C.c.Q.) évite l'administration tutélaire (art. 210 et art. 266 C.c.Q.).	• Curateur aux droits du bénéficiaire non conçu (art. 1289 C.c.Q.) : la nomination n'est pas automatique et on peut se demander si le testateur peut exiger qu'aucun curateur ne soit nommé. • Le fiduciaire a la pleine administration (art. 1278 C.c.Q.), ce qui écarte l'administration tutélaire.

COMPARAISON

SUBSTITUTION	FIDUCIE
3.2. SUBSTITUTION *VERSUS* FIDUCIE : *CODE CIVIL DU QUÉBEC*	
3.2.13. Caducité	
• La caducité d'une substitution testamentaire à l'égard d'un grevé profite à l'appelé (art. 1252, al. 1 C.c.Q.). • La caducité à l'égard d'un appelé profite au grevé (art. 1252, al. 2 C.c.Q.).	• À défaut de bénéficiaire, les biens qui restent au terme de la fiducie sont dévolus au constituant ou à ses héritiers (art. 1297, al. 2 C.c.Q.).
3.2.14. Comptabilité	
• Les biens substitués forment un patrimoine distinct au sein du patrimoine du grevé de telle sorte que, pour éviter la confusion entre les biens substitués et les biens personnels, des comptes de substitution distincts doivent être ouverts par le grevé (note : maintenir les comptes ayant appartenu au testateur et les administrer parallèlement à ceux du grevé). • Comptabilité distincte pour distinguer les revenus des biens substitués et des biens personnels.	• Le patrimoine fiduciaire est distinct de telle sorte que le fiduciaire est forcé d'établir des comptes de fiducie distincts. • Comptabilité distincte pour distinguer les revenus et les capitaux de la fiducie (art. 908 à 910 C.c.Q.).

COMPARAISON

SUBSTITUTION	FIDUCIE

3.3. SUBSTITUTION *VERSUS* FIDUCIE : *LOI DE L'IMPÔT SUR LE REVENU*

3.3.1. Fiducie réputée ou fiducie fiscale

- La substitution est réputée être un fiducie testamentaire ou entre vifs aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (al. 248(3)c) L.I.R.) et de la *Loi sur les impôts* (par. 7.9c) L.I.).

- Les biens assujettis à la substitution sont réputés avoir été transférés à la fiducie et être détenus en fiducie et non autrement.

- **Limite de l'analyse à la fiducie testamentaire et la substitution constituée par testament**

- Les règles fiscales relatives aux fiducies s'appliquent sans distinction à la substitution :

  - Taux d'impôt progressifs (par. 117(2) L.I.R.);

  - Choix de la fin d'année (al. 104(23)a) L.I.R.);

  - Déduction des sommes payées ou payables (par. 104(6) L.I.R.);

  - Fractionnement de revenu (par. 104 (13.1) et (13.2) L.I.R.);

  - Déclaration de revenus distincte (T3 et TP-646) dans les 90 jours suivant la fin de l'année (al. 150(1)c) L.I.R.);

  - Règle de 21 ans (par. 104(4) L.I.R.);

  - Certificat de décharge (*Loi sur le ministère du Revenu*, L.R.Q., c. M-31 et mod., par. 159(2) et art. 14).

- Les règles civiles de la substitution peuvent empêcher l'application de règles fiscales avantageuses alors que les règles civiles de la fiducie permettent d'y accéder aisément.

COMPARAISON

SUBSTITUTION	FIDUCIE
3.3. SUBSTITUTION *VERSUS* FIDUCIE : *LOI DE L'IMPÔT SUR LE REVENU*	
3.3.2. Roulement au décès[46]	
• Substitution au bénéfice exclusif du conjoint (par. 70(6) L.I.R.) : - Création par testament; - Résidence du défunt au Canada; - Résidence du grevé au Canada; - Biens visés par le paragraphe 70(5) L.I.R.; - Dévolution irrévocable au grevé à la suite du décès (36 mois après le décès); - Le grevé a droit à tous les revenus des biens substitués sa vie durant (s.-al. 70(6)b)(i) L.I.R.); - Nulle autre personne que le grevé ne peut, avant son décès, recevoir ou obtenir de toute autre façon l'usage de toute partie du revenu ou du capital de la substitution (s.-al. 70(6)b)(ii) L.I.R.).	• Fiducie testamentaire au bénéfice exclusif du conjoint (par. 70(6) L.I.R.) : - Création par testament; - Résidence du défunt au Canada; - Résidence d'une majorité de fiduciaires au Canada; - Biens visés par le paragraphe 70(5) L.I.R.[47]; - Dévolution irrévocable à la fiducie à la suite du décès (36 mois après le décès); - Le conjoint a droit à tous les revenus de la fiducie sa vie durant (s.-al. 70(6)b)(i) L.I.R.); - Nulle autre personne que le conjoint ne peut, avant son décès, recevoir ou obtenir de toute autre façon l'usage de toute partie du revenu ou du capital de la fiducie (s.-al. 70(6)b)(ii) L.I.R.)[48].

[46] Pour plus de détails sur les conditions de création d'une fiducie exclusive au profit du conjoint, voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-305R4, « Fiducies testamentaires au profit du conjoint », 30 octobre 1996.

[47] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 70-6R5, 23 janvier 2003.

[48] « Table ronde de la CALU sur la politique fiscale », dans *CALU Report*, Conference for Advanced Life Underwriting, 2006, question 3 (en ligne : www.calu.com: *CALU*

(à suivre…)

COMPARAISON	
SUBSTITUTION	**FIDUCIE**
3.3. SUBSTITUTION *VERSUS* FIDUCIE : *LOI DE L'IMPÔT SUR LE REVENU*	
3.3.3. Accumulation	
• Tout le revenu civil des biens substitués appartient au grevé et fait partie de ses biens personnels.	• Tout le revenu civil de la fiducie exclusive au conjoint doit être versé au conjoint[49].
• Il ne peut y avoir une accumulation du revenu au capital de la substitution (substitution au bénéfice exclusif du conjoint ou toute autre substitution).	• Il ne peut y avoir accumulation par les fiduciaires d'une fiducie au bénéfice exclusif du conjoint, mais le conjoint peut à l'avance renoncer au revenu (art. 1285 C.c.Q.) non réalisé, ce qui donne le même résultat que l'accumulation au capital de la fiducie[50]. Les autres fiducies testamentaires peuvent prévoir l'accumulation.

(…suite)

Report, août 2006); également, Martin LORD, « Fiducies testamentaires : problématiques civiles », dans *Congrès 2000*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2001, pp. 18:1-55, aux pages 18:27-29; *Tax Window Files*, *op. cit*., note 16, interprétations techniques 9627345, 14 novembre 1996, 2003-0019235, 17 juillet 2003, 2002-0127075, 5 avril 2002 et 2002-0154435, 17 avril 2003.

49 Un dividende en capital fait partie du revenu; voir *Tax Window Files*, *op. cit*., note 16, interprétation technique 2004-0060161E5, 17 septembre 2004.

50 *Tax Window Files*, *op. cit*., note 16, interprétations techniques 950501, 25 mai 1995, 2003-0014515, 2 juin 2003 et 2004-0093821E5, 18 avril 2005; « Table ronde sur la fiscalité provinciale », dans *Congrès 2005*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2006, pp. 58:1-64.

COMPARAISON

SUBSTITUTION	FIDUCIE
3.3. SUBSTITUTION *VERSUS* FIDUCIE : *LOI DE L'IMPÔT SUR LE REVENU*	
Accumulation (suite)	
• Prenons le cas d'un portefeuille de placements ouvert au nom de la substitution. Les revenus générés par le portefeuille de la substitution devront être versés dans un compte distinct de biens personnels du grevé pour éviter de confondre les biens substitués et les biens personnels au risque de faire perdre le statut de fiducie testamentaire réputée.	• Les fiduciaires doivent agir avec impartialité entre les bénéficiaires du revenu et du capital de telle sorte qu'ils ne pourront choisir une politique de placement visant la croissance du capital uniquement dans le cas d'une fiducie au conjoint.
• Les autorités fiscales pourraient invoquer l'alinéa b) de la définition donnée au terme « fiducie testamentaire » au paragraphe 108(1) L.I.R. et disqualifier la fiducie fiscale au motif qu'un particulier (conjoint) aurait remis des biens à la fiducie autrement que lors de son décès et par suite de ce décès[51].	
• Les gains en capital réalisés sur les biens substitués profiteront à la substitution en cas de remploi de telle sorte que le grevé pourra choisir une politique de placement privilégiant la croissance du capital s'il désire que la substitution augmente en faveur de l'appelé.	• Les gains en capital profiteront aux bénéficiaires du capital[52].

[51] M. JOLIN, *loc. cit.*, note 42, 23:28; *Estate of Louis Greenberg* c. *La Reine*, 97 D.T.C. 1380 (C.C.I.). C'est la nature de l'institution qu'est la substitution de prévoir que le revenu appartient en propre au grevé et non à la substitution. Il ne faut donc pas que le grevé confonde les revenus des biens de substitution avec les biens de la substitution, car il s'agirait alors d'une contribution volontaire à la substitution qui pourrait la disqualifier à titre de fiducie testamentaire réputée.

[52] *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 16, interprétation technique 2003-0014515, 2 juin 2003.

COMPARAISON	
SUBSTITUTION	**FIDUCIE**
3.3. SUBSTITUTION *VERSUS* FIDUCIE : *LOI DE L'IMPÔT SUR LE REVENU*	
3.3.4. Dispense de remploi (prélèvement de capital) et fiscalité en faveur du conjoint	
• Est-ce que le pouvoir discrétionnaire du grevé de faire remploi ou non permettrait aux autorités fiscales d'invoquer l'alinéa b) de la définition donnée au terme « fiducie testamentaire » au paragraphe 108(1) L.I.R. afin de disqualifier la fiducie fiscale?	• Le fiduciaire est généralement autorisé à prélever du capital pour satisfaire aux besoins du conjoint en ce qui concerne son bien-être et son entretien, mais, tant que ce pouvoir n'est pas exercé, les biens font partie du patrimoine fiduciaire de telle sorte que le caractère testamentaire de la fiducie n'est pas remis en question.
• Il s'agit de ne pas rédiger une dispense générale de remploi; plutôt, la clause devra être rédigée de sorte que le produit d'aliénation d'un bien substitué soit lui-même un bien substitué faisant partie du capital de substitution et que tout nouveau bien acquis à l'aide de ce produit d'aliénation soit aussi un bien substitué de ce capital jusqu'à ce que le grevé choisisse à son gré de consommer, d'utiliser ou d'autrement virer en tout ou en partie le capital de substitution dans son patrimoine personnel.	
3.3.5. Fractionnement de revenu	
• Le fractionnement entre la substitution et le conjoint-grevé est possible (par. 104 (13.1) et (13.2) L.I.R.).	• Le fractionnement entre la fiducie et le conjoint est possible (par. 104 (13.1) et (13.2) L.I.R.).
• La récupération de la pension de sécurité de vieillesse fédérale pourrait être ainsi évitée si le revenu du conjoint est inférieur à 62 144 $.	• La récupération de la pension de sécurité de vieillesse fédérale pourrait être ainsi évitée si le revenu du conjoint est inférieur à 62 144 $.

COMPARAISON

SUBSTITUTION	FIDUCIE
3.3. SUBSTITUTION *VERSUS* FIDUCIE : *LOI DE L'IMPÔT SUR LE REVENU*	
Fractionnement de revenu (suite)	
• La substitution ne permet pas au grevé de fractionner le revenu de la substitution entre les membres de sa famille sur une base totalement discrétionnaire comme dans le cas d'une fiducie testamentaire (en excluant une fiducie au bénéfice exclusif du conjoint).	• Le revenu d'une famille peut être fractionné à l'aide d'une fiducie testamentaire (en excluant une fiducie au bénéfice exclusif du conjoint) permettant l'utilisation des revenus de la fiducie au bénéfice des enfants à la charge du parent bénéficiaire.
• Par contre, l'utilisation de la substitution à charge (en excluant une substitution au bénéfice exclusif du conjoint) permettrait de faire du fractionnement de revenu. Ainsi, si le testateur prévoit le legs des biens à son conjoint, à charge pour lui de remettre 10 % des revenus produits par les biens substitués à chacun des enfants nés de leur union et à charge de remettre ce qui restera des biens substitués à ces mêmes enfants, à son décès, il serait possible que ces 10 % de revenus des biens substitués deviennent imposables entre les mains des enfants. • Cette solution n'offre pas la même flexibilité, car elle rend le paiement au profit du mineur bénéficiaire exigible et restreint le fractionnement à un pourcentage fixe prédéterminé.	• Il s'agit donc de conférer un pouvoir discrétionnaire au fiduciaire de se servir de la totalité ou d'une partie des revenus de la fiducie, afin d'acquitter directement les dépenses des enfants à la charge du parent bénéficiaire qu'il aurait autrement dû acquitter directement à même ses revenus après impôt. • Les revenus utilisés au bénéfice des enfants seront imposés entre leurs mains, à un taux d'imposition généralement inférieur à celui de la fiducie ou du parent bénéficiaire.
3.3.6. Biens à ne pas léguer en substitution ou fiducie	
• REÉR, FERR, RPA et autres régimes d'investissement à impôts différés ne devraient pas faire l'objet d'une substitution au bénéfice exclusif du conjoint ou de l'enfant mineur ou à charge à cause d'une infirmité mentale (962364).	• REÉR, FERR, RPA et autres régimes d'investissement à impôts différés ne doivent pas faire l'objet d'une fiducie au bénéfice du conjoint ou enfant mineur ou à charge à cause d'une infirmité mentale (9724175).

COMPARAISON

SUBSTITUTION	FIDUCIE
3.3. SUBSTITUTION *VERSUS* FIDUCIE : *LOI DE L'IMPÔT SUR LE REVENU*	
Biens à ne pas léguer en substitution ou fiducie (suite)	
- La substitution pourrait vraisemblablement se qualifier de fiducie fiscale de prestations à vie mais elle n'est d'aucun intérêt, car le but de la véritable fiducie est de remettre l'administration de la rente admissible de fiducie à un tiers et non pas à la personne mentalement infirme. • Les biens suivants ne devraient pas être légués en substitution à cause des particularités civiles de la substitution : - des actions de sociétés privées à une substitution exclusive en faveur du conjoint, s'il existe une possibilité que la société privée fasse l'objet d'une liquidation après le décès du grevé ou encore s'il existe une possibilité que des actions fassent l'objet d'un rachat après le décès du grevé, et qu'il n'y pas de technique de planification *post mortem* qui puisse s'appliquer; - des actions admissibles de petite entreprise à une substitution exclusive en faveur du conjoint qui n'accorde aucune dispense de remploi et que le conjoint a un solde inutilisé d'exonération de gain en capital imposable. • Une substitution ne devrait pas être créée en faveur d'un mineur ou un majeur inapte lorsque les biens reçus ont une valeur de plus de 25 000 $ (sauf si l'on peut éviter l'administration tutélaire en nommant une personne chargée de la pleine administration).	- La fiducie testamentaire pourrait se qualifier de fiducie de prestations à vie si toutes les conditions sont remplies.

3.4. EXEMPLE DE LA FIDUCIE FISCALE *DE RESIDUO*

- L'ARC a reconnu que des biens qui deviennent assujettis à une substitution *de residuo* après 1990 peuvent faire l'objet d'un roulement selon le paragraphe 70(6) L.I.R. (9709555F).

Faits

- Le conjoint (grevé) est tenu de remettre le résidu des biens légués à son décès à ses enfants (appelés), c'est-à-dire les biens qui restent et le solde du prix de ceux qui ont été aliénés;
- Le conjoint peut disposer par donation entre vifs des biens substitués (art. 1232 C.c.Q.);
- Le conjoint (grevé) a droit au revenu des biens substitués et peut avoir droit au capital;
- Les enfants (appelés) ont un droit éventuel au capital;
- L'ouverture de la substitution coïncide avec le décès du grevé.

Analyse fiscale

- La substitution est réputée une fiducie (al. 248(3)c) L.I.R.);
- Le grevé et les appelés sont réputés avoir un droit de bénéficiaire sur la fiducie réputée (al. 248(3)e) L.I.R.);
- Le testament ne prévoit aucune clause limitant le droit au revenu du conjoint jusqu'à l'ouverture de la substitution de telle sorte que les conditions du sous-alinéa 70(6)b)(i) L.I.R. seront remplies;
- Le capital de la fiducie réputée peut être entamé de diverses façons :
  - L'aliénation d'un bien substitué et la consommation du produit d'aliénation par le grevé est traité comme une distribution d'une partie du capital de la fiducie réputé au grevé,
  - La donation entre vifs d'un bien substitué par le grevé serait faite par le bénéficiaire de la fiducie réputé plutôt que par la fiducie réputé, car le bénéficiaire serait réputé avoir reçu ledit bien avant la donation à titre de distribution d'une partie du capital de la fiducie réputée,
  - Néanmoins, il n'y aurait que le grevé (conjoint) qui aurait droit de recevoir ou d'obtenir de toute autre façon l'usage de toute partie du capital de la fiducie réputée avant son décès. Les appelés (les enfants) n'auraient pas droit au capital de la fiducie avant l'ouverture de la substitution, soit le décès du conjoint. Par conséquent, la condition énoncée au sous-alinéa 70(6)b)(ii) L.I.R. sera remplie.

3.5. CAS DE JEAN PLANIFIE RELATIVEMENT À BRIGITTE PAQUET

Le legs particulier en substitution d'un capital égal à la somme de 1 M$ à Brigitte Paquet permettra d'atteindre plusieurs objectifs énoncés par Jean Planifie :

- Brigitte, en tant que grevé initial, aura le plein contrôle du capital de substitution comme si les biens substitués lui avaient été légués en pleine propriété :

  - Contrairement à la fiducie testamentaire, aucune tierce personne ne participera à l'administration de la substitution;

  - Elle aura la capacité d'aliéner à titre onéreux ou de disposer à titre gratuit (donation et legs).

- Brigitte aura la faculté d'élire la part des appelés qui seront la fiducie testamentaire William Planifie ou, si elle a cessé d'exister, William (avec représentation en faveur de ses enfants) ainsi que le frère et la sœur de Jean Planifie et la Fondation du Grand Montréal. À défaut d'exercer la faculté d'élire, l'appelé sera la fiducie testamentaire William Planifie ou William (avec représentation en faveur de ses enfants). S'il décède avant Brigitte sans descendant, la moitié du résidu sera remis en parts égales (avec accroissement) au frère et à la sœur de Jean Planifie et l'autre moitié à la Fondation du Grand Montréal.

- Le testament va prévoir que le capital légué est un patrimoine distinct du patrimoine personnel de Brigitte. Dans la mesure du possible, les biens substitués seront détenus au nom de la « Substitution Jean Planifie » ou « Brigitte, *ès qualités* de grevé de substitution ».

- Le remploi est exigé pour ne pas diminuer le patrimoine de substitution, mais seulement tant et aussi longtemps que Brigitte ne consomme pas, ne dépense pas, ne confond pas les biens du patrimoine de la substitution avec les biens de son patrimoine personnel ou n'exprime pas autrement le désir de soustraire du capital de la substitution.

- La substitution sera réputée une fiducie testamentaire aux fins fiscales :

    - L'impôt au décès de Jean Planifie de 60 275 $ (soit au taux effectif de 24,11 %), qui est attribuable au portefeuille hors REÉR, sera différé, car il y aura un roulement des biens au décès en faveur d'une fiducie (réputée) au bénéfice exclusif de Brigitte selon le paragraphe 70(6) L.I.R. :

        - Brigitte aura droit à tout le revenu du patrimoine de la substitution;

        - Elle aura aussi droit au capital de substitution en fonction des règles de remploi indiquées ci-dessus.

En présumant que Brigitte tire de son travail et d'autres sources un revenu annuel de 120 000 $ et que le portefeuille en substitution génère un rendement de 6 % avant impôt (60 000 $), la fiducie testamentaire réputée permettra le fractionnement de revenu et, ainsi, une moindre imposition du revenu du portefeuille :

- La fiducie est un contribuable distinct qui bénéfice de la progressivité des taux d'impôt qui s'applique aux particuliers, sans pour autant bénéficier des crédits d'impôt personnels. Pour évaluer l'économie, il faut se référer aux tableaux produits en annexe de la partie 3. En fonction des rendements actuels des portefeuilles, un montant de capital de 1,5 M$ et 2 M$ pourrait faire l'objet de legs en substitution lorsque le conjoint survivant a un revenu élevé et doubler s'il n'a aucune source de revenu.

- Si Brigitte a un revenu faible au moment de sa retraite (en se basant sur l'année 2006 le revenu devrait être inférieur à 62 145 $), la fiducie réputée pourrait lui permettre de conserver la pension de la sécurité de vieillesse. Voir le tableau intitulé « Récupération de la Sécurité de la Vieillesse ».

- Les coûts reliés à l'utilisation d'une substitution sont limités à la préparation de déclarations de revenu T3 et TP646. L'ARC examine la possibilité d'obliger les fiducies à soumettre des états financiers.

Récupération de la Sécurité de la Vieillesse(PSV)

Mois de référence	**2006-07-01**
Montant mensuel	**487.54 $**
Montant annuel	**5 850 $**

Revenu fédéral selon déclaration d'impôt	PSV avant réduction	Réduction	PSV réduite
62 144 $	5 850 $	- $	5 850 $
63 000 $	5 850 $	128 $	5 722 $
64 000 $	5 850 $	278 $	5 572 $
65 000 $	5 850 $	428 $	5 422 $
66 000 $	5 850 $	578 $	5 272 $
67 000 $	5 850 $	728 $	5 122 $
68 000 $	5 850 $	878 $	4 972 $
69 000 $	5 850 $	1 028 $	4 822 $
70 000 $	5 850 $	1 178 $	4 672 $
71 000 $	5 850 $	1 328 $	4 522 $
72 000 $	5 850 $	1 478 $	4 372 $
73 000 $	5 850 $	1 628 $	4 222 $
74 000 $	5 850 $	1 778 $	4 072 $
75 000 $	5 850 $	1 928 $	3 922 $
76 000 $	5 850 $	2 078 $	3 772 $
77 000 $	5 850 $	2 228 $	3 622 $
78 000 $	5 850 $	2 378 $	3 472 $
79 000 $	5 850 $	2 528 $	3 322 $
80 000 $	5 850 $	2 678 $	3 172 $
81 000 $	5 850 $	2 828 $	3 022 $
82 000 $	5 850 $	2 978 $	2 872 $
83 000 $	5 850 $	3 128 $	2 722 $
84 000 $	5 850 $	3 278 $	2 572 $
85 000 $	5 850 $	3 428 $	2 422 $
86 000 $	5 850 $	3 578 $	2 272 $
87 000 $	5 850 $	3 728 $	2 122 $
88 000 $	5 850 $	3 878 $	1 972 $
89 000 $	5 850 $	4 028 $	1 822 $
90 000 $	5 850 $	4 178 $	1 672 $
91 000 $	5 850 $	4 328 $	1 522 $
92 000 $	5 850 $	4 478 $	1 372 $
93 000 $	5 850 $	4 628 $	1 222 $
94 000 $	5 850 $	4 778 $	1 072 $
95 000 $	5 850 $	4 928 $	922 $
96 000 $	5 850 $	5 078 $	772 $
97 000 $	5 850 $	5 228 $	622 $
98 000 $	5 850 $	5 378 $	472 $
99 000 $	5 850 $	5 528 $	322 $
100 000 $	5 850 $	5 678 $	172 $
101 000 $	5 850 $	5 828 $	22 $

Âge atteint pour fins de planification	90	ans
Âge à la création de la fiducie	65	ans
Nombre d'années sans réduction PSV	**25**	**ans**
PSV annuel conservé par la fiducie	5 850 $	
Économie pendant 25 ans	**146 262 $**	
Taux d'impôt hypothétique	48%	
	73 131 $	

PARTIE 3 : Cas Jean Planifie – Transmission des actions de la société de placement GESCO

1. INTRODUCTION*

Il est plutôt rare de connaître de quoi sera constitué le patrimoine de notre client au moment d'entreprendre sa planification testamentaire (à moins que notre client ne soit condamné à la chaise électrique…). Sa situation familiale, matrimoniale, ses caractéristiques fiscales ou celles de ses ayants droit, ainsi que les caractéristiques fiscales de son patrimoine, et même les lois fiscales en vigueur, sont autant d'éléments dynamiques dont les interactions ne seront figées qu'au moment précis du décès.

L'art de composer avec cette mosaïque et les dispositions testamentaires du défunt, de façon à maximiser la valeur du patrimoine transmissible (donc de réduire la ponction fiscale immédiate applicable à la succession) et à réduire les obligations futures des héritiers relativement à ce patrimoine, est l'essence même de la planification *post mortem*.

Bien sûr, il faut composer avec les difficultés techniques contenues dans la loi. Cependant, ces difficultés techniques ont fait l'objet de nombreux textes et le feront sans doute encore, étant donné l'importance du sujet. C'est pourquoi nous avons plutôt choisi d'examiner les considérations et problématiques de nature financière qui doivent être abordées lors de l'établissement des stratégies de planification *post mortem* dans le cas particulier d'actions d'une société de placement. L'analyse des difficultés techniques traite du « comment » atteindre un résultat recherché. L'analyse financière, qui traite plutôt du « pourquoi » il est désirable ou non d'atteindre le résultat recherché, devrait logiquement précéder l'analyse technique. Elle permet d'orienter les efforts de planification et, surtout, de savoir si le jeu des réorganisations nécessaires en vaut quelquefois la chandelle. Elle permet également de prévoir les problématiques éventuelles pouvant survenir en matière d'équité dans le partage des biens.

---

* L'auteur de cette partie tient à remercier M. Pierre Dussault, également de la firme Demers Beaulne, s.e.n.c.r.l., de sa précieuse participation relativement aux nombreux calculs, simulations, analyses et discussions que la préparation de ce texte a nécessités. L'auteur demeure évidemment le seul responsable des erreurs et omissions.

2. RAPPEL DES OBJECTIFS DE LA PLANIFICATION *POST MORTEM*

Du strict point de vue technique, en omettant les considérations humaines, les objectifs du planificateur peuvent être résumés aux deux éléments suivants :

- la réduction ou le report des impôts du défunt relativement aux revenus gagnés (ou présumés gagnés) l'année de son décès;

- la réduction ou le report des obligations fiscales futures des héritiers relativement aux fruits de leurs héritages.

Outre le cadre législatif, il faut évidemment respecter les volontés exprimées par le défunt dans son testament et conseiller le liquidateur relativement à son obligation de fiduciaire, en particulier concernant les intérêts quelquefois divergents des héritiers.

3. REVUE DE LA SITUATION INITIALE

Le testament de Jean Planifie prévoit le legs particulier des actions de la Société de gestion inc. (ci-après « GESCO »)[53] à une fiducie testamentaire créée au bénéfice de ses enfants William et Éric. Le légataire résiduaire est Brigitte.

Ces actions ont un prix de base rajusté (ci-après « PBR ») et un capital versé (ci-après « CV ») aux fins fiscales nominal (1 000 $), alors que leur valeur marchande au moment du décès de Jean s'établit à 645 000 $.

Les éléments d'actif de GESCO sont composés uniquement de placements boursiers sur lesquels s'est accumulé globalement un gain en capital latent de 705 000 $. Finalement, l'analyse des dernières déclarations de revenus de la société révèle que le compte d'impôt en main remboursable au titre de dividende (ci-après « IMRTD ») s'élève à 75 000 $ et révèle également la présence d'un solde au compte cumulatif de dividendes en capital (ci-après « CDC ») de 32 000 $.

---

[53] Le bilan de GESCO est reproduit à l'annexe 3.1.

Le décès de Jean ne modifie en rien la situation fiscale de GESCO. En outre, les actions étant léguées à une fiducie testamentaire en faveur de ses enfants, le décès ne déclenchera pas de fin d'exercice présumée[54].

4. ANALYSE DE LA SITUATION

Étant donné que les actions de GESCO font l'objet d'un legs particulier à une fiducie testamentaire en faveur des enfants de Jean Planifie, il y aura disposition desdites actions à la valeur marchande établie le jour du décès[55]. La fiducie testamentaire sera, quant à elle, réputée avoir acquis ces actions à la même valeur[56].

Nous verrons tout d'abord certaines problématiques relativement à l'évaluation de la valeur marchande des actions de GESCO. Après avoir analysé le potentiel de double imposition propre à la situation, nous passerons en revue les techniques de planification courante pour le réduire ou le mitiger, en préservant l'intégrité économique du bien faisant l'objet du legs particulier.

4.1. ÉVALUATION DE LA VALEUR MARCHANDE DES ACTIONS DE GESCO

La question d'établir la valeur marchande des actifs de la personne décédée est au cœur du processus de planification *post mortem*. La première étape est donc de procéder à l'évaluation de la valeur marchande des actions.

L'établissement de la valeur marchande ne sert pas seulement à déterminer les impôts exigibles relativement à la disposition présumée des biens. Elle pourrait également être utile pour établir la répartition équitable des biens entre les héritiers résiduaires lorsqu'il est utile de composer des lots de valeurs égales mais de compositions différentes.

La définition généralement reconnue de l'expression « juste valeur marchande » est « le prix le plus élevé, exprimé en dollars, qui puisse être obtenu sur un marché ouvert qui n'est soumis à aucune restriction, lorsque les parties à la transaction sont bien informées, qu'elles agissent avec

---

54 Par l'effet de la division 256(7)a)(i)(C) L.I.R.

55 Par l'effet de l'alinéa 70(5)a) L.I.R.

56 Par l'effet de l'alinéa 70(5)b) L.I.R.

prudence, qu'elles n'ont aucun lien de dépendance entre elles et que ni l'une ni l'autre n'est forcée de quelque manière de conclure la transaction »[57].

Ni la loi ni les règlements ne prescrivent de méthodologie particulière pour nous guider dans ce domaine. Pour s'acquitter de ses responsabilités à l'égard de l'établissement de la charge fiscale du défunt, le liquidateur doit faire des efforts raisonnables pour établir et documenter la JVM. Les bureaux de district ont pour la plupart un groupe de spécialistes en évaluation. Il est possible de discuter de problématiques particulières avec eux[58].

La valeur comptable des actions (ou valeur au livre) n'est que d'une utilité limitée pour établir la JVM des actions. La plupart des postes de bilan ne sont généralement pas présentés à la valeur marchande (sauf en cas de baisse de valeur permanente), mais bien au coût historique.

Il faut donc s'en remettre aux principes d'évaluation généralement reconnus.

Dans le cas particulier d'une société de placement comme GESCO, nous établissons trois éléments habituellement non considérés dans les états financiers dont le traitement pourrait être problématique et qui pourraient avoir une incidence sur la valeur marchande des actions, soit :

- le passif d'impôt futur relatif aux gains non réalisés sur les placements boursiers (réduit-il la valeur des actions de GESCO?);
- le solde d'IMRTD (augmente-t-il la valeur des actions de GESCO?);
- le solde de CDC (augmente-t-il la valeur des actions de GESCO?).

Outre l'incidence sur la valeur marchande des actions, la considération ou non-considération de ces éléments pourrait également avoir des répercussions sur la façon dont seront répartis les éléments d'actif de la succession entre les héritiers lorsque le liquidateur doit constituer des lots

---

57 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 89-3, « Exposé des principes sur l'évaluation de biens mobiliers », 25 août 1989.

58 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 72-25R4, « Évaluation d'entreprise », 7 octobre 1988.

d'égales valeurs composés d'éléments d'actif de différentes natures. Nous aurons l'occasion d'illustrer ce thème plus loin dans le texte.

L'évaluation est un art que nous ne maîtrisons pas. Nous ne nous aventurerons donc que brièvement et superficiellement sur ce terrain miné, au péril de notre crédibilité[59], avec l'unique but de faire réfléchir. Sur cette question, nous avons bien peur de ne pas pouvoir vous livrer de réponses concrètes, mais il serait intéressant que quelqu'un le fasse un jour, nos recherches et nos discussions avec des professionnels chevronnés nous ayant convaincu que certaines de ces questions mériteraient un examen plus approfondi.

4.1.1. Le passif d'impôt latent

Les impôts latents sur la plus-value non matérialisée de GESCO sont estimés à environ 53 000 $[60]. Dans le cas où il serait justifié, ce passif pourrait réduire la valeur marchande des actions au moment du décès du même montant. Les impôts de la succession, relativement à la disposition présumée des actions de GESCO, seraient alors réduits de 13 000 $[61].

Les principes comptables généralement reconnus (ci-après « PCGR ») applicables au Canada ne permettent pas l'enregistrement des éléments d'actif à la valeur marchande, sauf en cas de perte de valeur si certaines conditions sont respectées[62]. En corollaire, l'actif ou le passif d'impôt latent relatif à cette moins- ou plus-value non constatée n'est pas comptabilisé.

À notre avis, l'ARC[63] n'a pas de politique définie relativement à cette question. Les experts que nous avons consultés s'entendent pour dire que deux écoles de pensée s'opposent sur le sujet. Pour résumer grossièrement, il

---

59 L'auteur aimerait remercier M. Michel Martineau, CA, EEE, associé de la firme Demers Beaulne, s.e.n.c.r.l., pour ses commentaires et remarques lors de nos discussions à ce sujet.

60 Soit 50 % de 205 000 $ à 52 %, 53 300 $. Les frais de liquidation pourraient également être considérés.

61 Soit 48 % de 50 % de 53 000 $, 12 720 $.

62 Consulter INSTITUT CANADIEN DES COMPTABLES AGRÉÉS, *Manuel de l'ICCA*, vol. I, Toronto, ICCA, chap. 3051, « Poste particulier (placement) », et la note d'orientation concernant la comptabilité NOC-18, « Sociétés de placement ».

63 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit*., notes 57 et 58. Ces documents donnent les grandes lignes des politiques de l'ARC en matière d'évaluation.

ne serait pas permis, en général, de considérer un passif relativement aux impôts latents d'une société de placement relativement à un gain en capital latent, sauf s'il est raisonnable de conclure que la société devrait être évaluée à la valeur de liquidation. En corollaire, il pourrait alors être également possible de considérer les frais de liquidation (frais de courtage, honoraires professionnels, etc.) comme passif.

Dans les cas où la valeur de liquidation est retenue, il est raisonnable de considérer que le passif ne réduit que la valeur des actions participantes de la société et non les actions dont le rachat est prioritaire (ce qui est habituellement le cas avec des actions privilégiées).

4.1.2. Solde au compte d'IMRTD

Il faut bien sûr déterminer si la société pourra récupérer les sommes autrement disponibles à son compte d'IMRTD. Son actif net pourrait être insuffisant[64]. Par la suite, il faut déterminer si cette somme doit être escomptée pour tenir compte de la valeur de l'argent dans le temps, étant donné que la société n'aura accès à son plein solde d'IMRTD que lors du versement d'un dividende et que ce moment n'est pas déterminé.

Dans le cas de GESCO, l'IMRTD est de 75 000 $. Si le plein montant devait être considéré comme un actif, les impôts supplémentaires relativement à cette prime seraient de l'ordre de 18 000 $[65].

Selon les PCGR, l'IMRTD est traité comme une dépense et aucun actif n'est constaté aux états financiers, étant donné que le remboursement au titre de dividende (ci-après « RTD ») dépend d'un événement subséquent, soit le versement d'un dividende imposable.

À notre avis, l'ARC n'a pas de politique définie relativement à cette question[66]. Contrairement à la question des impôts latents, il semble que

---

64 Il doit équivaloir à au moins trois fois le solde d'IMRTD disponible.

65 Soit 75 000 $ × 50 % × 48 % = 18 000 $.

66 Dans une décision anticipée rendue en 2003 (AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Décision anticipée en matière d'impôt sur le revenu* 0018823, « Estate Planning », 8 octobre 2003) concernant l'utilisation du paragraphe 164(6) L.I.R., dans une situation de planification *post mortem*, l'énoncé des faits du contribuable précise que l'évaluation de la JVM des actions inclut la valeur de l'IMRTD : « As at XX, the fair market value of Canco was estimated to be $XX, including the value of refundable dividend tax on hand ("RDTOH") of $XX ». Aucune question ne fut

(à suivre…)

cette question ait fait l'objet de moins de débats et les experts consultés avaient des opinions moins tranchées.

Néanmoins, entre deux sociétés identiques en tout point, par ailleurs, l'investisseur devrait préférer acquérir les actions de celle qui présente un solde à son compte d'IMRTD, si ces fonds sont accessibles. À cet égard, un investisseur prudent considérera la possibilité que le paragraphe 129(1.2) L.I.R. s'applique.

Comment établir la prime? Faut-il considérer que le plein montant disponible est un actif de la société?

Il faut comprendre que le RTD ne pourra être effectivement encaissé par la société que si un dividende est versé et, donc, que des impôts sur le revenu sont payés par l'actionnaire[67]. En fait, du point de vue du législateur, le jeu de l'IMRTD vise à empêcher les contribuables de reporter le paiement des impôts sur le revenu de placement en utilisant une société par actions. Le taux effectif de ces dernières est donc augmenté de façon à équivaloir (avec plus ou moins de précision) au taux marginal d'imposition maximum applicable aux individus. L'IMRTD constitue donc, en quelque sorte, les impôts de l'actionnaire que la société aurait payés d'avance.

Vu sous cet angle, la prime (si prime il y a) ne devrait pas excéder l'écart entre le RTD et les impôts payables par les actionnaires sur le dividende nécessaire pour déclencher ce RTD, comme le démontre l'illustration suivante :

(…suite)
posée à propos de la pertinence d'accorder une valeur à ce compte fiscal, et, dans sa décision, l'ARC ne fait aucun commentaire à ce sujet non plus.

67 Encore une fois, pour simplifier, nous ne traitons pas de l'impôt de la Partie IV L.I.R. ni des dividendes intersociétés.

GESCO

Prime associée à l'IMRTD **Tableau 1**

IMRTD	**Avant RTD**	**Après RTD**	
		(CRTG)	**(CRTR)**
Encaisse de la société	645 000	420 000	420 000
RTD à recevoir		75 000	75 000
Encaisse de l'actionnaire		225 000	225 000
Impôts de l'actionnaire payables sur le dividende		(67 000)	(81 810)
Valeur combinée des patrimoines (avant par. 164(6) L.I.R.)	645 000	653 000	638 190
Écart favorable (défavorable)		8 000	(6 810)

La décision de verser un dividende et de déclencher un RTD ne fait augmenter la valeur combinée des patrimoines que de 8 000 $. Dans ce cas, la prime ne serait pas de 75 000 $, mais bien de 8 000 $.

A contrario, il pourrait également être soutenu que la prime devrait, dans tous les cas, équivaloir au plein montant disponible d'IMRTD, car les impôts de l'actionnaire ne devraient jamais être considérés. Après tout, avant impôt, la présence d'un solde de 75 000 $ au compte d'IMRTD devrait se traduire par la réception d'une somme supplémentaire équivalente si la société était liquidée.

Dans une situation *post mortem*, il serait possible d'avancer que la prime devrait être supérieure, car le versement d'un dividende pourrait avoir pour effet de réduire les impôts du défunt sur le gain en capital réalisé à la disposition présumée au décès[68]. Dans ce cas précis, les impôts de l'actionnaire seraient réduits de 54 000 $[69] et la prime en serait augmentée d'autant.

---

[68] En appliquant, vous l'aurez deviné, le paragraphe 164(6) L.I.R.

[69] Soit 50 % de 225 000 $ à 48,22 % = 54 248 $.

4.1.3. Solde au compte de CDC

Le cas du CDC est quelque peu différent, en ce sens que la valeur d'actif de la société ne sera jamais augmentée si le CDC est libéré. Il s'agit en fait d'une caractéristique intrinsèque des actions de la société. Cette qualité intrinsèque ne peut pas non plus être attribuée à une classe d'action en particulier, car son attribution relève, à moins d'indication contraire dans les statuts, d'un choix effectué par les administrateurs, habituellement dans l'exercice de leur discrétion fiduciaire.

À notre avis, l'ARC n'a pas de politique administrative relativement à cette problématique. Nos discussions à ce sujet avec des évaluateurs de l'ARC nous ont confirmé que l'une ou l'autre des approches pouvait être retenue selon les faits particuliers applicables à la situation.

Encore une fois, entre deux sociétés identiques en tout point, par ailleurs, l'investisseur devrait néanmoins préférer acquérir les actions de celle présentant un solde à son CDC qui pourrait lui être attribué sans impôt. À cet égard, un investisseur prudent considérera la possibilité que le paragraphe 83(2.1) L.I.R. s'applique.

La prime (si prime il devait y avoir) pourrait équivaloir aux impôts que l'actionnaire estimerait être en mesure d'économiser. Dans le cas de GESCO, le CDC s'élève à 32 000 $. Au taux marginal d'imposition supérieur (par exemple, d'un dividende admissible), la prime serait d'environ 9 500 $[70], comme le démontre l'illustration suivante :

GESCO

Prime associée au CDC **Tableau 2**

	CRTG	CRTR
Dividende reçu	32 000	32 000
Impôt payable par l'actionnaire	9 488	11 635
Valeur après impôt d'un dividende pour l'actionnaire	22 512	20 365

[70] Soit 29,65 % de 30 000 $ = 8 895 $.

4.1.4. Conclusion concernant la valeur marchande des actions de GESCO

Si les valeurs sont importantes, il peut être indiqué de procéder à une évaluation selon les principes reconnus, de façon à pouvoir faire la démonstration de la valeur marchande. À défaut de procéder de cette façon, la valeur utilisée pourrait être réévaluée par les autorités fiscales et les conséquences fiscales du décès pourraient en être modifiées de façon significative. Dans le pire des scénarios, le professionnel téméraire qui tenterait de sous-estimer grossièrement la valeur marchande des actions pourrait même se heurter à l'application de la pénalité à l'égard des tiers[71].

Compte tenu de cette discussion, et une fois de plus au péril de notre crédibilité, la JVM des actions de GESCO pourrait être établie de la façon suivante :

Évaluation de la valeur marchande des éléments d'actif de GESCO au moment de son décès — **Tableau 3**

	Valeur de liquidation (minimum)
Valeur nette comptable	440 000
Rajustements à la hausse	
Plus-value nette non comptabilisée des placements	205 000
Prime relative à la présence d'un compte d'IMRTD	
Prime relative à la présence d'un compte de CDC	
Rajustement à la baisse	
Valeur actuelle du passif d'impôt sur la plus-value nette non comptabilisée des placements	
Frais de liquidation (nette de l'économie fiscale)	
	645 000

[71] Les règles de l'article 163.2 L.I.R. contiennent des dispositions spécifiques relativement à l'évaluation. L'analyse de ces dispositions dépasse le cadre de cette présentation.

Les impôts payables par la succession relativement à la disposition présumée des actions de GESCO au décès de Jean Planifie s'établit donc à 155 268 $[72].

4.2. LA DOUBLE IMPOSITION EN SITUATION *POST MORTEM* ET SES REMÈDES

À certains égards, le mécanisme de la disposition réputée de tous les biens d'un contribuable lors de son décès[73] remplace les droits successoraux qui étaient autrefois exigibles. Ce régime des droits successoraux est d'ailleurs encore en vigueur dans plusieurs pays.

Le but de cette présentation n'est pas de faire une analyse comparative des deux régimes, mais il faut constater que le mécanisme de la disposition présumée des biens au décès peut créer, dans certains cas, une charge fiscale démesurée. Dans ces cas particuliers, on parle de double imposition[74].

La double imposition peut s'expliquer ainsi. Lors de sa liquidation, la société devra payer les impôts sur les gains en capital qui seront alors réalisés et l'actionnaire (en l'occurrence, dans le cas présent, la fiducie testamentaire) devra payer les impôts exigibles sur le dividende de liquidation[75]. Si la fiducie testamentaire est dissoute avant la liquidation de la société (ou encore les bénéficiaires de la fiducie advenant sa liquidiation) et qu'elle (qu'ils) n'est (ne sont) pas en mesure d'utiliser la perte en capital résultant de la liquidation, il y aura double imposition.

Dans le cas de Jean Planifie, ce phénomène se présente de la façon suivante :

---

72 (645 000 $ - 1 000 $) × 50 % × 48,22 % = 155 268 $.

73 À l'exception des transferts au conjoint.

74 Soit l'impôt payable par la succession à la disposition présumée des actions de la société au décès de l'actionnaire et les impôts éventuellement exigibles lors de la réalisation, par la société, des plus-values sur ses éléments d'actif. L'expression « double imposition » réfère donc à l'imposition à deux reprises de la plus-value des placements détenus par la société.

75 Nous faisons abstraction (pour le moment) du remède offert par l'application potentielle du paragraphe 164(6) L.I.R. ou de l'alinéa 88(1)d) L.I.R. Ces dispositions seront abordées plus loin.

Succession de Jean Planifie

La double imposition **Tableau 4**

Relativement à la succession (lors du décès)			
Valeur marchande des actions			645 000
Prix de base rajusté			1 000
Impôts sur la disposition présumée des actions au décès		(A)	(155 268)
Relativement à l'actionnaire (lors de la liquidation)			
Plus-value sur les placements			205 000
Impôts sur le dividende de liquidation relatif à la plus-value[1]		(B)	(49 426)
Impôts sur le dividende de liquidation relatif à la valeur comptable		(C)	(124 700)
Impôt total	(A)+(B)+(C)	(D)	(329 394)
Taux d'imposition théorique			-51%
Perte en capital disponible			645 000

1- Pour simplifier, nous avons présumé une intégration parfaite des impôts payables sur le gain en capital entre la société et son actionnaire. Nous avons également fait abstraction des soldes d'IMRTD et de CDC présents avant la liquidation.

Heureusement, le législateur a donné (peut-être plus ou moins consciemment lorsque l'on constate les réorganisations quelquefois nécessaires pour en profiter) certains mécanismes pour réduire, annuler ou mitiger ce potentiel de double imposition, soit[76] :

- la réduction du gain en capital réalisé au décès par l'application du paragraphe 164(6) L.I.R.;

76 Pour une analyse détaillée de l'interaction de ces différents mécanismes et des difficultés d'application, vous pouvez consulter l'excellent article de Jim BARNETT, Peter EVERETT, Chris IRELAND et Shelag RINALD, « Post Mortem Planning for Private Company Shares: The New Regime », dans *2002 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2003, pp. 32:1-95.

- la majoration de la base fiscale des éléments d'actif de GESCO par l'application de l'alinéa 88(1)d) L.I.R. (liquidation) ou de l'alinéa 87(11)b) L.I.R. (fusion).

Les réorganisations habituellement structurées pour réduire ou mitiger cette double imposition et pour améliorer la situation financière de la succession et des bénéficiaires de la fiducie testamentaire peuvent donner lieu, quelquefois, à des problématiques particulières. Par exemple, faut-il privilégier un remède plutôt que l'autre? Leurs effets sont-ils identiques? Quels sont les effets secondaires?

4.2.1. Utilisation du paragraphe 164(6) L.I.R.

4.2.1.1. Généralités concernant le paragraphe 164(6) L.I.R.

Le paragraphe 164(6) L.I.R. permet de réduire le gain en capital réalisé à la disposition présumée si la succession réalise une perte en capital dans l'année qui suit l'ouverture de la succession.

La technique habituellement utilisée pour déclencher une perte en capital est le rachat des actions détenues par la succession[77].

Globalement, cette technique a pour effet de transformer en dividende ce qui serait autrement un gain en capital. Depuis la réduction du taux d'inclusion du gain en capital à 50 %, le taux marginal d'imposition de ce type de revenu est inférieur à celui du dividende. Dans le cas d'une société de placement, le dividende sera habituellement tiré du compte de dividende déterminé[78] ou du compte général.

C'est pourquoi cette stratégie n'est appliquée qu'en présence de soldes aux comptes d'IMRTD et de CDC de la société[79]. Ainsi, il est généralement

---

[77] Le produit du rachat obtenu par la succession sera traité comme un dividende (par. 84(2) L.I.R.). Le dividende réduira le prix de disposition des actions (art. 54 « produit de disposition », al. j) L.I.R.). Comme le PBR des actions équivaut à la valeur marchande au décès, une perte en capital s'ensuit.

[78] Soit le taux réduit (taux marginal combiné maximum de 29,65 % au Québec) ou au taux « normal » (combiné marginal de 36,36 % au Québec) proposé lors du dernier Discours du budget.

[79] Dans le cas du CDC, le dividende n'est pas imposable pour la succession (art. 89 L.I.R.), mais il réduit généralement quand même le produit de disposition, et, dans le cas de l'IMRTD, parce que le remboursement au titre de dividende reçu de la société compense largement l'écart de taux entre le gain en capital et le dividende.

reconnu que la totalité du CDC soit utilisé dans le cas d'un rachat distinct. Dans un deuxième temps, il est également généralement reconnu qu'un montant équivalant à trois fois le solde au compte d'IMRTD soit versé à titre de rachat d'actions. Pour éviter la vente des éléments d'actif de la société, et le paiement des impôts associés à cette disposition, il est possible de financer le paiement du dividende par l'émission d'un billet à payer à demande.

Antérieurement à l'introduction du nouveau paragraphe 40(3.61) L.I.R., un certain nombre d'écueils importants devaient être évités afin d'assurer la non-affiliation de la société avec son actionnaire (la succession ou la fiducie). Depuis l'entrée en vigueur de ce nouveau paragraphe, qui s'applique aux dispositions effectuées après le 22 mars 2004, la portion d'une perte désignée en vertu du paragraphe 164(6) L.I.R. est exclue de l'application des paragraphes 40(3.6) et 40(3.4) L.I.R. Le champ d'application du paragraphe 40(3.61) L.I.R. se limite toutefois aux successions; les autres fiducies testamentaires demeurent assujetties aux contraintes du paragraphe 40(3.6) L.I.R.

Dans le cas de l'utilisation du CDC, il faut considérer l'application des règles de minimisation des pertes prévues au paragraphe 112(3.2) L.I.R., qui ont pour effet de réduire de 50 % la perte réalisée par l'utilisation du CDC.

4.2.1.2. Problème d'application dans le cas d'un legs particulier

La stratégie de 164(6) L.I.R. fonctionne bien sur une base consolidée, c'est-à-dire lorsque tous les biens se retrouvent ultimement entre les mains des mêmes individus.

Cependant, dans le cas d'un legs particulier, il s'agit d'autre chose.

Pour créer la perte en capital qui sera reportée dans la déclaration de revenus de la succession, il faut procéder au rachat d'actions qui sont détenues par la succession. Donc, il faut appauvrir la société (par le versement d'un dividende) et enrichir la succession (par la réception du même dividende).

Pour pouvoir appliquer cette stratégie en toute équité en ce qui a trait au légataire particulier, il faut donc que les termes du testament soient suffisamment flexibles pour permettre de compenser cette perte de richesse.

Les mécanismes de compensation à prévoir dans le testament doivent être rédigés de façon à ne pas mettre en péril le statut de fiducie testamentaire[80] du légataire particulier. Par exemple, si le légataire résiduaire doit renoncer à certains éléments d'actif afin d'offrir la compensation recherchée par la fiducie testamentaire, sera-t-il toujours possible à cette dernière de prétendre que tous les biens de la fiducie lui ont été remis par un particulier lors de son décès ou postérieurement et par suite de ce décès[81]?

De plus, déterminer le quantum de la compensation n'est pas toujours une mince affaire.

Dans le cas de l'utilisation du CDC, le plein montant du montant désigné[82] à ce titre devrait être remis à titre de compensation. La fiducie testamentaire recevra le même montant et la succession aura économisé les impôts en vertu de la désignation du paragraphe 164(6) L.I.R.

Est-ce suffisant? En rachetant ainsi un certain nombre d'actions, le PBR total des actions est réduit du même montant. Or, si la fiducie prévoit avoir recours aux techniques de majoration du PBR disponibles[83] à l'égard des éléments d'actif non amortissables de la société, elle pourrait ne pas être insensible à l'érosion du PBR disponible pour effectuer cette majoration. Cette érosion pourrait signifier que la société aurait à payer des impôts sur le gain en capital latent et que la fiducie aurait à son tour à payer des impôts sur un éventuel dividende de liquidation, ce qui aurait pour conséquence de réduire le patrimoine après impôts.

Déterminer la compensation requise dans le cas de l'IMRTD n'est pas moins complexe. Le problème vient du fait que la succession aura transformé un gain en capital en dividende imposable (et la facture fiscale sera donc plus élevée) alors que le remboursement au titre de dividende, quant à lui, sera perçu par la société (et non pas par la succession).

C'est donc un peu l'inverse de la situation précédente qui se produit dans le cas présent et c'est la succession qui se sera donc appauvrie au bénéfice de la fiducie testamentaire, comme le démontre l'illustration suivante :

---

80 Selon la définition de « fiducie testamentaire » donnée au paragraphe 108(1) L.I.R.

81 Par. 108(1) « fiducie testamentaire », al. b) L.I.R.

82 En vertu du paragraphe 83(2) L.I.R.

83 Notamment les alinéas 87(11)b) et 88(1)d) L.I.R que nous aborderons plus loin.

Dilemme du liquidateur

Le cas du paragraphe 164(6) L.I.R. et l'IMRTD **Tableau 4**

	Sans 164(6)	Avec 164(6)
Situation fiscale de la succession		
Valeur marchande des actions au décès	645 000	645 000
Réduction du gain (3 × l'IMRTD)		(225 000)
Gain en capital à la disposition présumée	645 000	420 000
Impôts payables par la succession sur le gain en capital	(155 510)	(101 262)
Impôts payables sur le dividende reçu par la succession		(66 713)
Transfert des actions aux héritiers	(645 000)	(420 000)
Réduction du patrimoine de la succession	(155 510)	(167 975)
Écart favorable	(12 465)	

1- Pour simplifier, nous avons présumé une intégration parfaite des impôts payables sur le gain en capital.

La succession pourrait donc préférer ne pas avoir recours à cette stratégie si elle doit remettre la totalité du dividende au légataire particulier. À la rigueur, la succession pourrait réduire la compensation d'un montant équivalant aux impôts que la fiducie aurait eu à payer de toute façon sur le dividende. Toutefois, puisqu'on est en présence d'une fiducie testamentaire au bénéfice de mineurs, il pourrait être difficile de déterminer un taux d'imposition acceptable pour effectuer le calcul de la compensation.

4.2.1.3. Conclusion

À moins d'avoir des raisons particulières de le faire, il serait préférable de s'abstenir de suggérer le legs particulier d'actions de société de placement, ne serait-ce que pour éviter les tracas et les complexités inhérentes. Il faut se méfier des réflexes dans les cas de legs particulier d'actions d'une société de placement. En tant que liquidateur, il faut s'assurer de pouvoir opérer les compensations qui pourraient s'avérer nécessaires. Il faut surtout s'assurer que le jeu en vaut la chandelle, car les problématiques définies, compréhensibles pour le professionnel, peuvent, par contre, se révéler incompréhensibles pour le client.

4.2.2. Utilisation de l'alinéa 88(1)d) L.I.R. ou 87(11)b) L.I.R.

Peu de chose différencie ces deux alinéas aux fins du propos de ce texte. Voilà pourquoi, pour la suite, nous ne ferons référence qu'au premier.

4.2.2.1. Généralités concernant l'alinéa 88(1)d) L.I.R.

Le recours à l'alinéa 88(1)d) L.I.R. est également une stratégie particulièrement efficace dans le cas d'une société de placement pour réduire les affres du potentiel de double imposition.

La stratégie consiste à transférer les actions de la société de placement à une nouvelle société de gestion en échange d'un billet. En théorie, le transfert se fait sans impact fiscal, étant donné que le PBR des actions transférées équivalant à leur valeur marchande[84]. Par la suite, la société de placement est liquidée. L'alinéa 88(1)d) L.I.R. aura pour effet de permettre la majoration du PBR des biens non amortissables[85] jusqu'à concurrence de la différence du PBR des actions transférées moins la base fiscale net des éléments d'actif de la société. La vente éventuelle des actions pourra alors se faire libre d'impôt et le produit de la vente pourra servir à rembourser le billet à payer originalement émis.

L'effet de l'utilisation de cette stratégie est le suivant. Les impôts de la succession ne seront pas réduits (contrairement à ce qui est recherché par l'application du paragraphe 164(6) L.I.R.), mais il n'y aura pas imposition du gain en capital latent sur les biens non amortissables.

4.2.2.2. Problématique d'application dans le cas d'un legs particulier

L'utilisation de cette technique est donc à l'avantage de la fiducie testamentaire et au détriment de la succession, car la fiducie conserve seule le bénéfice de la stratégie.

---

84 Il est présumé, dans le cas présent, que l'exemption de gain en capital n'a pas été réclamée sur ces actions, car il s'agit d'une société de placement. Autrement, il faudrait analyser l'application de l'article 84.1 L.I.R., qui aurait pour effet de reconnaître un dividende équivalant à la différence entre la valeur marchande et le CV fiscal des actions transférées.

85 La majoration est possible sur les biens détenus depuis la dernière fois que le contrôle de la société a été acquis. Il est donc important de limiter les transactions sur titre entre le moment du décès et l'application de cette stratégie.

4.2.3. Et si la double imposition subsiste?

Après avoir épuisé les recours disponibles dans la loi pour réduire le potentiel de double imposition, il faut se demander s'il serait rentable d'accélérer la disposition de certains placements, de façon à générer un nouveau compte de CDC et d'IMRTD et d'appliquer les techniques sommairement décrites aux rubriques précédentes.

Par exemple, avant de procéder au transfert des actions à la fiducie, le liquidateur pourrait s'enquérir auprès des fiduciaires de la politique de placement qu'ils préconiseront. S'il s'avère que les fiduciaires ont l'intention de liquider les placements boursiers au profit de placement plus prudent comme des placements à terme, il pourrait être opportun que le liquidateur[86] procède lui-même au remaniement contemplé dans l'année du décès. La même conclusion s'impose si les fiduciaires ont l'intention de liquider la société de toute façon.

Il n'est généralement pas recommandé de procéder à la liquidation de la société de placement en l'absence de compte d'IMRTD ou de CDC suffisant au préalable. La liquidation dans ces circonstances fait en sorte de devancer les impôts payables sur le capital accumulé de la société. Il faut considérer les frais relatifs au maintien de la structure corporative comme les honoraires professionnels et la taxe sur le capital.

4.2.4. Conclusion

Cette analyse financière permettra de déterminer les avantages relatifs à chaque scénario et de déterminer si le jeu des réorganisations quelquefois requises en vaut la chandelle. Pour faire cette appréciation, il faut distinguer les économies fiscales des reports d'impôts et considérer la nature temporelle de l'argent. C'est donc dire qu'en plus de la situation présente il faut projeter, selon des hypothèses réalistes, l'évolution du patrimoine financier au sujet duquel nos conseils éclairés sont sollicités.

---

[86] Nous choisissons de le faire au chapitre de la succession pour éviter les questions soulevées par l'application du paragraphe 40(3.6) L.I.R., car le paragraphe 40(3.61) L.I.R. trouverait alors application. Sinon, la fiducie testamentaire pourrait également procéder.

5. LA SITUATION DES BÉNÉFICIAIRES DE LA FIDUCIE

Une fois les questions relatives à l'équité et à la double imposition résolues, il faut se pencher sur la situation des bénéficiaires de la fiducie, et en particulier, de notre point de vue, de la diminution importante du fardeau fiscal associé à leur participation.

La présence d'une fiducie testamentaire dans le décor permet de faire du fractionnement de revenu. Il arrive que ce soit le seul objectif du maintien en place d'une fiducie, surtout lorsque les bénéficiaires ont atteint l'âge de la maturité et en particulier lorsque le testateur ne désire pas nécessairement soustraire la gestion du patrimoine légué à une autre personne que le bénéficiaire.

La disparition des crédits pour enfants à charge a bonifié le bénéfice associé au fractionnement de revenu avec un enfant mineur.

Le tableau de l'annexe 3.2 fait le point sur les économies associées à l'utilisation d'une fiducie testamentaire dans le cas de bénéficiaires majeurs (c'est-à-dire dont le taux d'imposition marginal est le taux supérieur). Le tableau à l'annexe 3.3 présente, quant à lui, les économies associées au fractionnement avec un bénéficiaire mineur sans revenu. Ces deux tableaux parlent d'eux-mêmes pour justifier le maintien de la fiducie testamentaire le plus longtemps possible.

L'utilité de la détention des placements par la société doit être remise en question. Avec la majoration du PBR des placements produits par l'effet de l'alinéa 88(1)d) L.I.R., il semble indiqué de procéder à la liquidation de la société et de remettre les placements en propre à la fiducie.

6. CONCLUSION

L'évaluation de la JVM des actions d'une société de placement pose des défis intéressants. Cependant, nous croyons avoir fourni à ce sujet plus de questions que de réponses. Comme nous ne possédons pas l'expertise pour répondre à ces questions, il nous paraît utile tout de même de souligner certaines problématiques en espérant attirer l'attention et l'intérêt de quelqu'un de qualifié en la matière afin qu'il se penche sur ces questions qui devraient être d'actualité à l'aube du transfert de richesse des *baby-boomers*.

La décision de Jean Planifie de faire un legs particulier de ses actions de GESCO nous a amenés à faire une certaine gymnastique afin d'assurer que les intérêts divergents des parties soient considérés sur une base d'équité, en

particulier concernant le choix de la stratégie à mettre en place pour réduire le phénomène de la double imposition. Le testament de Jean Planifie aurait dû prévoir suffisamment d'instruction, de discrétion et de flexibilité au liquidateur pour le guider dans ses décisions.

Dans le cas de Jean Planifie, nous avons opté pour la stratégie suivante :

1. La moitié du CDC (16 000 $) est versée à titre du rachat d'un nombre équivalent d'actions à la succession et remis à la fiducie testamentaire. La perte en capital réalisée[87] est reportée à la dernière déclaration de revenus de Jean Planifie[88];

2. GESCO rachète pour 225 000 $ d'actions détenues par la succession. La perte en capital réalisée est reportée à la dernière déclaration de revenus de Jean Planifie. La société encaisse son compte d'IMRTD (75 000 $). La succession remet une somme de 200 000 $ à la fiducie. Elle conserve 25 000 $[89], ce qui compense les impôts supplémentaires du double qu'elle aura à payer sur la transformation du gain en capital en dividende imposable. La fiducie disposera d'une somme supplémentaire de 75 000 $, représentant l'encaissement de l'IMRTD. La fiducie n'aurait jamais pu encaisser cette somme si elle avait choisi de baser sa stratégie uniquement sur la majoration. De surcroît, en étalant le versement de cette somme sur plusieurs années, il est possible qu'aucun impôt ne soit payable par la fiducie sur ce dividende;

3. La succession crée une nouvelle société de gestion (ci-après « NOUGESCO ») et procède à la planification mentionnée précédemment à la section 4.2.2.1. pour majorer le PBR des placements. NOUGESCO et GESCO ont par la suite fusionné et les actions de la nouvelle entité issue de la fusion sont remises à la fiducie en règlement du legs particulier;

4. La fiducie liquide la société.

---

87 Le dividende réduira le prix de disposition des actions (art. 54 « produit de disposition », al. j) L.I.R.). Le PBR étant élevé, une perte en capital est réalisée.

88 En vertu du paragraphe 164(6) L.I.R.

89 Ce montant fut déterminé un peu arbitrairement comme un compromis acceptable par les deux parties. Nous n'avons pas tenté de calculer la compensation exacte nécessaire par souci de simplification.

PARTIE 4 : Incidences du décès de Jean – Participation dans Société Opérante inc. et Société Immobilière inc.

1. INTRODUCTION

Les planifications *post mortem* ont généralement deux objectifs : remédier à une planification testamentaire déficiente et éviter la double imposition découlant du gain en capital réalisé au décès et de la distribution des éléments d'actif d'une société.

Les modifications récentes à la *Loi de l'impôt sur le revenu* relativement aux taux d'imposition des gains en capital et des dividendes, aux règles de minimisation des pertes et d'affiliation ont compliqué l'analyse de la mise en place d'une planification *post mortem*. Le conseiller est aussi tenu de respecter les volontés du testateur, propriétaire de l'entreprise ou de la société.

Les planifications *post mortem* traditionnelles impliquaient généralement la création d'une perte en capital dans l'année suivant le décès et le report de cette perte dans le calcul des impôts payables pour l'année d'imposition se terminant à la date du décès. Si le défunt détenait des actions d'une société privée, une perte en capital était généralement créée par le rachat d'actions, ayant un PBR élevé résultant de la disposition réputé au décès[90] et d'un CV bas. La perte étant reportée à la déclaration du défunt, la succession payait les impôts sur le dividende réputé par le rachat. Si la société avait souscrit une assurance sur la vie du défunt, l'impôt au décès pouvait être réduit ou éliminé puisque le dividende réputé pouvait être traité comme un dividende en capital et était reçu en franchise d'impôt par la succession.

Les taux d'imposition applicables aux dividendes étaient sensiblement les mêmes, sinon moindres que les taux applicables au gain en capital. La réduction du taux d'inclusion du gain en capital au revenu et les règles de minimisation des pertes ont amené les planificateurs et conseillers fiscaux à revoir leurs stratégies.

Les modifications récemment annoncées au régime d'imposition des dividendes ont introduit de nouvelles contraintes aux fiscalistes et amené à de nouvelles planifications ou stratégies afin de permettre la distribution de

---

90 Par. 70(5) L.I.R.

biens corporatifs en payant les impôts aux taux applicables aux gains en capital (ayant un taux marginal maximal de 24,11 % au Québec) plutôt qu'à ceux applicables aux dividendes (ayant des taux marginaux applicables de 29,66 % ou 36,36 %).

Le texte qui suit analysera les modalités de dévolution des actions de la Société Opérante inc. (ci-après « Opérante »), de la Société Immeuble inc. (ci-après « Immeuble ») et de certaines particularités du cas de Jean Planifie. Nous verrons aussi qu'en l'absence de dispositions testamentaires particulières les liquidateurs ou fiduciaires peuvent ne pas avoir l'autorité nécessaire pour prendre les décisions les plus avantageuses, effectuer les choix fiscaux et les intérêts divergents des différents successibles.

2. SOCIÉTÉ OPÉRANTE INC.

La présente section analysera les incidences fiscales de la dévolution des actions d'Opérante détenue par Jean, et de la vente par la Fiducie familiale Jean Planifie (ci-après « Fiducie ») des actions ordinaires d'Opérante conformément aux dispositions de la convention entre actionnaires.

2.1. MISE EN SITUATION

Au moment de son décès, Jean détenait 500 000 actions privilégiées du capital-actions d'Opérante. Ces actions ont été émises dans le cadre d'une transaction de cristallisation de l'exonération du gain en capital[91].

Les actions privilégiées détenues par Jean au moment de son décès ont les caractéristiques suivantes :

a) sans droit de vote;

b) donnant droit à des dividendes non cumulatifs, préférentiels, qui n'excèdent pas 6 % (à la discrétion des administrateurs) de la valeur de rachat (contrepartie pour laquelle elles ont été émises, plus les dividendes déclarés et impayés, le cas échéant);

c) rachetables au gré de la société ou de leur détenteur à leur valeur de rachat;

---

91 La déduction pour gain en capital prévue au paragraphe 110.6(2.1) L.I.R.

d) en cas de liquidation ou de dissolution, droit à la valeur de rachat, prioritairement à toute autre catégorie d'actions;

e) la société ne sera pas autorisée à verser un dividende qui aurait pour conséquence de réduire la JVM de ces actions en deçà de leur valeur de rachat; et

f) clause de rajustement de prix prévoyant le rajustement automatique de la valeur de rachat des actions en cas d'une contestation de leur valeur de la part d'une autorité fiscale compétente.

Il s'agit donc des caractéristiques usuelles requises aux actions de gel pour éviter l'application des règles de transfert de valeur prévue à l'alinéa 85(1)e.2) L.I.R.

Les actions détenues par la Fiducie ont les caractéristiques généralement attribuées aux actions ordinaires : votantes et pleinement participantes aux dividendes et au reliquat des biens de la société dans l'éventualité de sa liquidation.

Les actionnaires d'Opérante ont conclu une convention unanime entre actionnaires qui prévoit le rachat par la société des actions de Jean et de la Fiducie à la suite du décès de Jean. Les dispositions relatives à ce rachat sont reproduites à l'annexe A de la partie 4. On y dénote l'intention des parties de s'assurer que les participations de l'actionnaire décédé et de la fiducie constituée au bénéfice de sa famille soient achetées afin d'assurer la relève d'Opérante et de son entreprise par son partenaire survivant.

De plus, la souscription à des assurances sur la vie de Jean et de son partenaire pour des produits en excédent de la JVM des actions détenues personnellement ou par l'entremise des fiducies démontre de cette intention en prévoyant les liquidités nécessaires à ces rachats. La description des pouvoirs des fiduciaires de la Fiducie à l'égard de l'administration du patrimoine fiduciaire se trouve à l'annexe B de la partie 4.

2.2. INCIDENCES FISCALES DU DÉCÈS DE JEAN

2.2.1. Actions privilégiées de gel

À la suite du décès de Jean, il sera réputé, en vertu du paragraphe 70(5) L.I.R., avoir disposé des actions privilégiées de gel d'Opérante qu'il détenait pour un produit égal à leur JVM à ce moment. Il sera aussi réputé

avoir reçu de cette disposition un produit égal à la JVM des actions immédiatement avant son décès.

Puisque Jean a cristallisé l'exonération du gain en capital à l'égard de ces actions et qu'en conséquence il a un PBR égal à la valeur de rachat des actions privilégiées de gel, cette disposition présumée n'aura aucune incidence fiscale dans sa déclaration d'impôts finale. Les liquidateurs de la succession de Jean (ci-après « Succession ») devront rapporter à sa déclaration cette disposition réputée pour un produit de 500 000 $ et, par référence au PBR de 500 000 $, ni gain ou perte n'en résultera. Il est important de noter que, même s'il n'y a pas de gain ou de perte, la disposition doit être rapportée à la déclaration finale de Jean.

Lorsqu'une personne décédée possède des droits ou biens à son décès dont le montant à la réalisation ou disposition aurait été inclus dans le calcul du revenu de cette personne, la valeur des droits ou biens lors du décès doit être incluse dans le calcul du revenu de la personne décédée. Le représentant légal pourrait choisir, dans le délai prescrit[92], de produire une déclaration de revenu distincte pour l'année du décès, tel qu'il est prévu au paragraphe 70(2) L.I.R.

Si un dividende a été déclaré à l'égard des actions privilégiées de gel mais demeure impayée au moment du décès de Jean, ce montant payable représente « un droit ou un bien » aux fins du paragraphe 70(2) L.I.R. Ce montant n'est pas ajouté à la juste valeur du bien mais doit être inclus au revenu de Jean comme un dividende.

Aux fins du droit corporatif, lorsque le conseil d'administration déclare un dividende qui n'est pas immédiatement payé, un droit de créance est alors créé au bénéfice de l'actionnaire. Aux fins fiscales, un individu ne doit reconnaître ce dividende qu'au moment de son paiement, sauf au moment du décès où le dividende déclaré mais impayé doit être inclus au revenu.

Ainsi, un dividende déclaré, mais non payé avant le décès de l'actionnaire, est un « droit ou un bien » si la date de la déclaration du dividende est antérieure à la date du décès. Il est important de noter que ce dividende sera assujetti aux dispositions ordinaires de majoration et des crédits d'impôts accordés aux dividendes aux fins de la déclaration de

---

92 Étant la plus tardive des dates qui est i) le jour qui tombe un an après la date du décès du contribuable ou ii) le 90e jour suivant la mise à la poste d'un avis de cotisation concernant l'impôt du contribuable pour l'année de son décès.

revenu qui peut être produite expressément pour les « droits ou biens » du contribuable décédé[93].

2.2.2. Actions ordinaires

Il est important de noter que, puisque la Fiducie a souscrit aux actions ordinaires d'Opérante par une transaction distincte de la cristallisation de l'exonération du gain en capital de Jean par voie de roulement interne, la Fiducie ne sera pas réputée avoir disposé des actions ordinaires à la suite du décès de Jean. Aucune des règles de disposition présumée applicables aux fiducies prévues au paragraphe 104(4) L.I.R. ne trouverait application en l'espèce.

2.3. RACHAT DES ACTIONS

2.3.1. Rachat selon le statut d'incorporation

L'une des caractéristiques des actions de gel est qu'elles sont rachetables au gré du détenteur. Ainsi, leur détenteur peut obliger la société émettrice d'acheter pour annulation ses actions, dans la mesure où les dispositions applicables de la loi régissant la société sont observées[94].

Opérante ayant suffisamment de liquidités pour satisfaire à toutes ses obligations, elle pourra acquiescer à la demande de la Succession et de la Fiducie de racheter les actions privilégiées et les actions ordinaires.

Cependant, rien du droit corporatif ou des statuts constitutifs d'Opérante n'impose une obligation à ses administrateurs de faire le choix prévu au paragraphe 83(2) L.I.R. afin que le dividende réputé qui résulte du rachat soit considéré comme un « dividende en capital ».

À la suite du rachat d'actions, la Succession devra tout d'abord déterminer si ce rachat déclenchera un dividende réputé. En vertu du paragraphe 84(3) L.I.R., la Succession sera réputée avoir reçu un dividende

---

93 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-212R3, « Revenu de personnes décédées – Droits ou biens », 21 mars 1990, par. 12.

94 Principalement, de remplir certains tests comptables visant à s'assurer que la société est en mesure de satisfaire à ses éléments de passif à la suite du rachat – voir, par exemple, *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), c. C-44 et mod., art. 34, et *Loi sur les compagnies*, L.R.Q., c. C-38, art. 123.56.

égal à la différence entre le montant reçu et le CV[95] des actions privilégiées de gel. Ainsi, la Succession serait réputée avoir réalisé un dividende imposable de 490 000 $[96]. Les impôts payables par la Succession à l'égard de ce dividende seraient de 29,66 % du dividende, soit 145 334 $, si ce dividende est un « dividende déterminé » provenant du « comptes de revenu à taux généraux ». Tout autre dividende sera assujetti à un taux de 36,36 %, ce qui représentera des impôts payables pour la Succession de 178 964 $.

À la suite du calcul du dividende réputé, la Succession calculera le gain ou la perte en capital résultant de ce rachat. Aux fins du calcul du gain en capital, la définition du « produit de disposition » telle qu'elle est établie à l'article 54 L.I.R. prévoit que le montant de tout dividende réputé doit être déduit du produit de disposition. Ainsi, la Succession sera réputée, aux fins de la loi, avoir reçu un produit de disposition de 10 000 $, représentant la différence entre la somme reçue de 500 000 $ et le dividende réputé de 490 000 $.

La Succession ayant un PBR des actions privilégiées de gel de 500 000 $, la réception réputée d'un produit de 10 000 $ aura pour effet de créer une perte en capital de 490 000 $. Cette perte en capital pourra être reportée par l'application du paragraphe 164(6) L.I.R. dans la déclaration finale de Jean pour son année d'imposition se terminant à la date du décès.

Le paragraphe 164(6) L.I.R. prévoit que les pertes en capital réalisées dans le cadre de la liquidation d'une succession durant sa première année d'imposition peuvent être reportées rétrospectivement pour réduire les gains déclarés dans la déclaration de revenu finale du défunt. Les pertes pouvant être reportées rétrospectivement peuvent uniquement servir à réduire les gains matérialisés dans l'année d'imposition visée par la déclaration de revenu finale du contribuable décédé et elles ne peuvent être reportées rétrospectivement à un exercice antérieur[97]. Il est important de répéter que la perte doit être réalisée au cours de la première année d'imposition pour pouvoir être reportée en vertu du paragraphe 164(6) L.I.R. et non pas, dans l'année suivant le décès. Les liquidateurs vont souvent choisir l'année civile comme année d'imposition d'une succession, généralement pour plus de facilité administrative puisque plusieurs relevés et informations financières

---

95 Tel qu'il a été déterminé selon les règles de l'article 89 L.I.R.

96 Soit la différence entre la valeur de rachat des actions privilégiées et leur CV de 10 000 $.

97 Al. 164(6)d) L.I.R.

sont colligés sur la base de l'année civile. Dans un tel cas, le conseiller fiscal devra faire que les transactions visant à réaliser la perte surviennent dans une période plus courte.

Jean étant réputé avoir réalisé un gain en capital à l'égard de la disposition réputée des actions qu'il détenait dans GESCO, la perte découlant du rachat des actions de gel viendrait donc réduire les impôts autrement payables par la Succession à l'égard de la déclaration finale de Jean de 118 139 $ (soit 24,11 % d'un gain de 490 000 $). Ainsi, la valeur fiscale de cette perte en capital ne sera pas suffisante pour compenser des impôts payables à la suite du dividende réputé. Ainsi, un impôt net de 27 195 $[98] sera déclenché s'il s'agit d'un « dividende déterminé » et de 60 825 $[99] pour tout autre dividende.

Il est important de noter que, puisque Jean et la fiducie ne détiennent que 50 % des actions d'Opérante, ni la Succession ni la Fiducie ne sera réputée être affiliée avec Opérante[100]. Ainsi, les règles de minimisation de pertes prévues au paragraphe 40(3.6) L.I.R. ne trouveraient pas application.

À l'égard de la perte résultant du rachat des actions, une attention particulière doit être accordée aux règles de minimisation de pertes, notamment celles prévus au paragraphe 40(3.6) L.I.R. En vertu de cette disposition, si une société rachète de ses actions et que l'actionnaire est affilié à la société immédiatement après le rachat, la perte est réputée nulle. Si l'actionnaire détient d'autres actions du capital-actions de la société ayant effectué le rachat, le montant de la perte, réputée nulle, pourra être ajoutée au PBR de ces autres actions.

Une perte ne sera pas réputée nulle en vertu du paragraphe 40(3.6) L.I.R., tel qu'il est proposé, lorsqu'elle vient immédiatement après la disposition des actions, la société n'est pas contrôlée directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit, par le contribuable qui dispose des actions ni par des personnes qui lui sont affiliées[101].

---

98 Représentant la différence entre les impôts payables sur le « dividende déterminé » de 145 334 $ et valeur fiscale de la perte de 118 139 $.

99 Représentant la différence entre les impôts payables sur le « dividende déterminé » de 178 964 $ et valeur fiscale de la perte de 118 139 $.

100 Art. 251.1 L.I.R.

101 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9532535F, 25 juin 1996.

Dans le cas d'une situation concernant un actionnaire contrôlant la société qui effectue le rachat d'actions, les règles de minimisation de pertes du paragraphe 40(3.6) L.I.R. doivent être prises en considération. Ainsi, dans la mesure où l'individu ou sa succession sont réputés être affiliés à la société, toute perte déclenchée à la suite du rachat des actions du capital-actions de la société sera réputée nulle. Et, comme généralement les conventions entre actionnaires prévoient le rachat de la totalité des actions, la succession ne peut avoir recours à la mesure permettant la majoration du PBR d'autres actions. Cette perte en capital ne pourra donc jamais être utilisée.

Le paragraphe 40(3.61) L.I.R. prévoit une exception à l'application des règles de minimisation des pertes à l'égard d'une perte reportée de la succession à la dernière déclaration de revenu du particulier décédé en vertu du paragraphe 164(6) L.I.R. Cette mesure d'exception a été ajoutée à la loi lors des modifications au concept de « personnes affiliées ». Ces modifications ayant comme conséquence de réputer plusieurs successions comme étant affiliées avec des sociétés dont elles étaient actionnaires, une mesure visant à les exclure de l'application des règles de minimisation de pertes du paragraphe 40(3.6) L.I.R. a été considérée comme nécessaire. Ainsi, le paragraphe 40(3.61) L.I.R.[102] prévoit une exception à l'application des règles sur la minimisation des pertes à toute perte reportée de la succession à la dernière déclaration de revenus du particulier décédé en vertu du paragraphe 164(6) L.I.R.

Un auteur[103] souligne un problème particulier relativement à l'interaction du paragraphe 164(6) L.I.R. et des règles de minimisation de pertes prévues au paragraphe 40(3.6) et 40(3.61) L.I.R. Le libellé du paragraphe 40(3.61) L.I..R. indique que le montant de la perte visée par le choix prévu au paragraphe 164(6) L.I.R. soit déterminé sans tenir compte des paragraphes 40(3.6) L.I.R.

Cependant, le libellé du paragraphe 164(6) L.I.R. ne prévoit pas une telle limitation à l'application du paragraphe 40(3.6) L.I.R. Ainsi, la perte qui peut être reportée selon le paragraphe 164(6) L.I.R. est celle qui est calculée selon toutes les règles de la loi, incluant les règles de minimisation de pertes du paragraphe 40(3.6) L.I.R. Ainsi, le but visé par l'entrée en vigueur du paragraphe 40(3.61) L.I.R. ne serait pas atteint puisque, aux fins

---

102 Applicable à la perte en capital réalisée après le 22 mars 2004.

103 Nick MORAITIS, « Potential Circularity Problem with Estate Loss Carry Back », dans *Tax for the Owner-Manager*, vol. 6, n° 3, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, juillet 2006.

du paragraphe 164(6) L.I.R., le paragraphe 40(3.6) L.I.R. s'applique sans égard à la mesure d'exception du paragraphe 40(3.61) L.I.R.

Il est aussi important de noter que les règles de minimisation de pertes demeurent applicables à la succession, si elle est affiliée avec la société dont les actions sont rachetées, à l'égard de toutes les pertes qui ne sont pas reportées dans la déclaration finale du défunt en vertu du paragraphe 164(6) L.I.R. Le conseiller fiscal doit donc s'assurer que toute perte générée pourra être reportée à la déclaration finale du défunt et qu'aucune perte excédentaire n'est créée qui sera réputée nulle ou encore il doit s'assurer que la succession n'est pas affiliée avec la société. Le lecteur est invité à prendre note que de nouvelles règles d'affiliation sont entrées en vigueur pour être applicables après le 22 mars 2004[104].

Finalement, les caractéristiques des actions privilégiées de gel énoncées aux dispositions de l'acte constitutif d'Opérante feront en sorte que la Succession ne pourra bénéficier du paiement d'un « dividende en capital » provenant du CDC. Il est possible de prévoir aux statuts de la société que les administrateurs devront faire les choix nécessaires à l'égard d'une catégorie particulière d'actions qui leur permettrait d'avoir accès au CDC.

Pour ce qui est des actions d'Opérante détenues par la Fiducie, en l'absence d'une disposition conventionnelle, la Fiducie ne pourrait contraindre Opérante à acheter des actions ordinaires qu'elle détient.

2.3.2. Rachat selon la convention entre actionnaires

Les actionnaires d'Opérante ont conclu une convention entre actionnaires qui fait foi, notamment, de l'intention des actionnaires d'obliger Opérante à racheter les actions détenues par l'actionnaire décédé et des actions détenues par une fiducie au bénéfice de l'actionnaire et de sa famille. Jean et son partenaire ont aussi prévu des liquidités, par voie d'assurance sur leur vie, afin d'assurer qu'Opérante sera toujours en mesure de satisfaire à ses obligations de rachat prévues par la convention. La convention prévoit donc l'obligation pour les administrateurs en place de la compagnie à ce moment de faire les choix prescrits afin de s'assurer que tout dividende présumé payable à la suite de ce rachat soit considéré comme provenant du CDC d'Opérante.

---

[104] Al. 251.1(1)g) et h) L.I.R.

À la suite du décès de Jean, Opérante aura reçu un produit d'assurance de 2 M$. Aux fins de détermination du CDC, une somme de 2 M$ réduite du coût de base rajusté (ci-après « CBR ») de la police d'assurance sur la vie de Jean sera ajoutée au CDC d'Opérante[105]. Aux fins du présent texte, nous présumerons que la totalité de la somme de 2 M$ aura été ajoutée au CDC d'Opérante.

Il est important de noter que les incidences fiscales d'un rachat de gré à gré en vertu d'une convention entre actionnaires seront les mêmes que pour un rachat par le détenteur ou la société selon les dispositions de son acte constitutif. Ainsi, les incidences fiscales décrites ci-dessus en ce qui concerne Jean au moment du décès relativement aux actions privilégiées de gel seront aussi applicables ainsi que celles découlant du rachat des actions alors détenues par la Succession.

La Succession sera donc réputée avoir :

- reçu un dividende de 490 000 $; et

- une perte en capital correspondante de 490 000 $.

Cependant, puisque la convention entre actionnaires requiert des administrateurs d'Opérante de faire les choix prescrits afin de considérer tout dividende réputé payé par le rachat comme un dividende en capital, le dividende de 490 000 $, résultant de l'application du paragraphe 84(3) L.I.R., sera réputé être un « dividende en capital » puisque le conseil d'administration d'Opérante fera le choix de considérer que ce dividende vient du CDC. Ainsi, en vertu de l'article 82 et du paragraphe 83(2) L.I.R., la Succession recevra ce dividende en franchise d'impôt.

De plus, la Succession sera toujours réputée avoir réalisé une perte en capital de 490 000 $ telle qu'elle a été décrite plus haut, qui pourrait soit être utilisée à l'encontre de gains en capital qu'elle pourrait réaliser ou reporter à la déclaration finale de Jean.

Cependant, les règles de minimisation de pertes adoptées en avril 1995 font en sorte qu'une portion de cette perte sera refusée. Tel qu'il est prévu au paragraphe 112(3.2) L.I.R., toute perte en capital subie par une succession est réduite d'un montant représentant 50 % de tout dividende en capital déclaré sur les actions rachetées. Cette succession subirait une perte de

[105] En vertu du paragraphe 89(1) « compte de dividendes en capital », al. d) L.I.R.

245 000 $, qui pourrait être appliquée à l'encontre des impôts autrement payables sur le gain en capital de Jean résultant de la disposition présumée de ses immobilisations au moment du décès. Ce rapport de pertes en vertu du paragraphe 164(6) L.I.R. conférait un avantage à la succession concernée d'environ 59 000 $[106].

Les mesures d'entrée en vigueur du paragraphe 112(3.2) L.I.R. ont prévu un allégement transitoire faisant en sorte que ces nouvelles règles de minimisation des pertes ne s'appliquent pas à l'égard de certaines situations où une police d'assurance était en vigueur au 26 avril 1995 aux fins de racheter des actions alors émises et en circulation.

Pour que l'allégement transitoire s'applique au rachat d'une action du capital-actions d'une société, l'action rachetée devait appartenir au défunt particulier[107] ou à une fiducie dont le défunt était bénéficiaire, et :

- la disposition est effectuée en conformité avec une convention écrite conclue avant le 27 avril 1995;

- le 26 avril 1995, il y avait une police d'assurance vie appartenant à une société sur la vie d'un actionnaire et il est raisonnable de conclure que le principal objet de la police était de financer le rachat de l'action par le particulier, son conjoint, ou la succession du particulier ou de son conjoint, durant la première année d'imposition de la succession.

Lorsque ces mesures transitoires s'appliquent, la succession peut alors reporter, à l'encontre du gain en capital réalisé au décès, la totalité de la perte et non la moitié prévue par le paragraphe 112(3.2) L.I.R. Ainsi, si les conditions des mesures transitoires étaient respectées, la Succession pourrait donc réaliser une économie d'impôt d'environ 118 000 $ par ce report d'impôt[108].

---

106 Représentant 24,11 % de la perte en capital de 245 000 $.

107 Pour l'application des règles transitoires, l'action du capital-actions d'une société qui est acquise en échange d'une autre action dans le cadre d'une opération à laquelle s'appliquent les articles 51, 85, 86 ou 87 L.I.R. est réputée être la même action que l'autre action.

108 Représentant la valeur fiscale de la perte en capital de 490 000 $, soit 24,11 %.

Ainsi, le rachat d'actions permettrait à la Succession de recevoir un produit de 500 000 $ et une économie d'impôt d'environ 60 000 $ ou 120 000 $, selon le cas.

Pour la Fiducie, le rachat de ces actions ordinaires pour un montant représentant la JVM aurait comme incidence de déclencher un dividende de 738 500 $, qui serait réputé, à la suite du choix des administrateurs d'Opérante, provenir du CDC. La Fiducie pourrait donc retirer ce montant en franchise d'impôt.

De même, la Fiducie serait réputée avoir disposé de ses actions pour 500 $ et, comme elle aurait un prix de base racheté de 500 $, aucun gain ou perte en capital ne serait réalisé.

Un point majeur relativement à la rédaction de la clause de rachat prévu à la convention entre actionnaires est la détermination du prix de rachat des actions.

La loi prévoit que le montant de tout produit d'assurance n'a pas à être considéré aux fins de déterminer la JVM des actions d'une société qui est bénéficiaire de cette assurance aux fins du calcul des impôts payables au décès. En vertu du paragraphe 70(5.3) L.I.R., la JVM des actions de la personne décédée aux fins de la disposition présumée du paragraphe 70(5) L.I.R. doit uniquement prendre en considération la valeur de rachat de toute police d'assurance vie possédée par la société. Telle qu'elle est définie au paragraphe 148(9) L.I.R., la valeur de rachat doit être déterminée sans tenir compte des avances sur police.

Cependant, cette même disposition ne trouve pas application à l'égard de la Succession pour toute transaction postérieure au décès. Ainsi, toute convention entre actionnaires devra préciser que la valeur de rachat des actions détenues, soit par le défunt, soit par une fiducie ou toute autre personne résultant du décès d'un actionnaire, sera déterminée sans prendre en compte le produit d'assurance qui pourra être reçu par la compagnie.

À la suite du décès de Jean, Opérante a reçu un produit de 2 M$, qui a pour effet d'en augmenter momentanément sa valeur. Si l'on prend en considération cette augmentation de liquidité d'Opérante, la JVM des actions de la Fiducie est donc de 1,79 M$, puisqu'elles peuvent bénéficier de 50 % de toute augmentation de valeur de la fiducie.

Une telle détermination de valeur va à l'encontre de l'intention des parties, puisque cette liquidité supplémentaire vise justement le rachat des

actions pour un montant égal à la valeur marchande de la société au moment du décès et que la circularité de cette augmentation de valeur ferait en sorte d'appauvrir la société. En effet, en prenant le cas d'Opérante, les liquidités nécessaires pour le rachat des actions ordinaires détenues par la Fiducie d'un montant excédentaire ne seraient pas disponibles et pourraient déstabiliser Opérante.

En général, la JVM des actions d'une société privée est déterminée en tenant compte des droits de souscription et des restrictions relatives aux actions énoncées dans les statuts et les règlements de la société ainsi que dans les conventions entre actionnaires[109]. Dans certaines circonstances, la succession du défunt peut être réputée avoir un lien de dépendance avec la société, notamment en raison de la détention d'actions lui conférant un droit de contrôle. Par conséquent, la succession sera réputée négocier avec la société à la JVM[110], et ainsi l'intention des parties de ne pas considérer le produit d'une assurance sur la vie de l'actionnaire décédé pourrait être neutralisée.

L'ARC reconnaît que des dispositions exécutoires d'une convention entre actionnaires peut avoir une incidence sur la JVM des actions si ces dispositions ont un objectif commercial véritable et légitime et que les droits et les restrictions ne puissent être modifiés unilatéralement par un des actionnaires. L'ARC a énoncé les critères suivants pour qu'une convention des actionnaires soit considérée comme ayant une incidence sur la JVM des actions, la convention entre actionnaires doit remplir les conditions suivantes :

- la convention doit obliger la succession à vendre les actions au décès en vertu d'une convention de vente et de rachat obligatoires ou au gré d'un acheteur désigné;

- la convention doit restreindre le droit de l'actionnaire de disposer de ses actions à n'importe quel prix de son vivant;

- la convention doit indiquer pour les actions un prix fixe ou une méthode de calcul du prix courant;

---

109 Voir une analyse plus approfondie de cette question dans Charles P. MARQUETTE, « Planification fiscale personnelle – Questions fiscales choisies particulièrement pertinentes aux conventions des actionnaires : partie 2 », (2001), vol. 49, n° 2 *Revue fiscale canadienne* 443-476.

110 Par. 69(1) L.I.R.

- il doit s'agir d'une convention commerciale véritable, et non d'un moyen de transmettre les actions du défunt aux héritiers à un prix inférieur à une contrepartie suffisante et complète.

Les dispositions de la convention entre actionnaires d'Opérante ne prévoient pas un tel mécanisme. En effet, l'obligation de rachat est déclenchée par la réception du produit d'assurance sur la vie de Jean et non pas au moment du décès. Cependant, le fait que la Succession et la Fiducie ne sont pas dans une position de contrôle permettrait d'arguer qu'ils n'ont pas de lien de dépendance avec Opérante et que l'obligation de négocier à la JVM n'est pas applicable à l'égard de leurs transactions avec Opérante.

Un autre élément très important lors de la rédaction de conventions entre actionnaires est de s'assurer que les choix prévus par les administrateurs visent le montant qui a été ajouté au CDC et non pas à l'égard du produit d'assurance reçu.

Tel qu'il a été mentionné précédemment, le montant qui est ajouté au CDC d'une société est le produit d'assurance reçu réduit du CBR de la police pour la société. Dans plusieurs cas, le montant du CDC disponible pour le rachat des actions peut être inférieur au produit d'assurance reçu. Ainsi, la convention d'actionnaires devrait limiter le pouvoir des administrateurs de déclarer un « dividende en capital » au solde du CDC. Il va sans dire que, même si une convention entre actionnaires les en obligeait, les administrateurs d'une compagnie ne pourraient, aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, déclarer un dividende en capital supérieur au CDC de la société. Cependant, si les administrateurs considèrent que les dispositions de la convention entre actionnaires doivent être appliquées, les administrateurs pourraient déclarer qu'un « dividende en capital » est égal au produit d'assurance et ainsi forcer la société à payer l'impôt de la Partie III L.I.R. Cet impôt représente 60 % de l'excédent du dividende ainsi reçu à titre de « dividende en capital » en excédent du CDC de la compagnie.

2.3.3. Achat de gré à gré par le partenaire

La différence entre les taux d'imposition applicables aux gains en capital et aux dividendes font en sorte que le paiement d'un dividende en capital peut ne pas s'avérer la mesure la plus favorable à l'égard des transactions visant le rachat de l'actionnaire.

Jean et la Fiducie détiennent des actions d'Opérante, une société étant une « société privée sous contrôle canadien » (ci-après « SPCC ») et une « société exploitant une petite entreprise » tel que ces termes sont définis à la

Loi de l'impôt sur le revenu. Ainsi, au moment du décès, les actions de Jean et de la Fiducie pourraient se qualifier pour l'exonération du gain en capital. Il serait donc possible de faire en sorte que le partenaire de Jean achète par voie de vente de gré à gré les actions de ce dernier et de la Fiducie.

Afin de s'assurer que les actions de Jean et de la Succession se qualifient aux fins de l'exonération du gain en capital, il faudra s'assurer que des dividendes suffisants ont été déclarés et payés afin de ne pas déclencher l'application du paragraphe 110.6(8) L.I.R. Ainsi, les actions privilégiées de gel détenues par Jean ont permis, non seulement à la Fiducie, mais aussi à la fiducie créée au bénéfice de son partenaire et de sa famille d'augmenter la valeur de leur participation dans Opérante. Puisque Jean n'a pas de lien de dépendance avec la fiducie familiale de son partenaire, les actions privilégiées de gel détenues par Jean ne seront pas des actions prescrites aux fins du paragraphe 110.6(8) L.I.R.[111] Si le partenaire de Jean détient les actions ordinaires d'Opérante personnellement, le gel de Jean aura donc été en faveur d'un employé d'Opérante, et ainsi ces actions de gel seront des actions prescrites aux fins du paragraphe 110.6(8) L.I.R.

Dans certaines circonstances, il serait important de s'assurer que la vente des actions survienne avant le décès afin de garantir que les actions détenues par une fiducie puissent se qualifier pour l'exonération du gain en capital. La définition d'« action admissible de petite entreprise » exige qu'au moment de la disposition plus de 90 % de la valeur des éléments d'actif de la société soit utilisée dans le cadre d'une entreprise exploitée activement principalement au Canada. À la suite du décès d'un individu, le patrimoine de la société sera augmenté d'un nouvel élément d'actif, soit le droit de recevoir le produit d'assurance, et des liquidités lors du versement du produit de l'assurance. Ainsi, les actions ordinaires détenues par cette fiducie ne se qualifieront plus comme « actions admissibles de petite entreprise ».

Dans le cas présent, la règle prévue au paragraphe 110.6(15) L.I.R. s'appliquera pour résoudre cette problématique[112]. Ce paragraphe prévoit que la valeur d'une assurance vie dont une société est titulaire est réputée correspondre à la valeur de rachat de cette police pour l'application de la définition de l'expression « action admissible de petite entreprise ». La valeur de la portion de la police du produit immédiatement avant le décès de

---

111 Selon l'alinéa 6205(2)a) R.I.R.

112 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2001-0103735, 4 avril 2002.

l'assuré qui a été utilisée, directement ou indirectement, pour racheter, acquérir ou annuler les actions que possédaient l'assuré immédiatement avant son décès est réputée être égale à la valeur de rachat de la police immédiatement avant le décès. Cette mesure fait donc en sorte que les liquidités provenant de l'assurance du détenteur des actions n'est pas prise en compte lors de la détermination de l'admissibilité des actions détenues par l'individu décédé pour l'exonération du gain en capital. La valeur des droits de recevoir le produit d'assurance ou les liquidités du produit d'assurance sont des éléments d'actif calculés pour la détermination de l'admissibilité comme « action admissible de petite entreprise » pour tous les autres actionnaires.

Puisque Jean est bénéficiaire de la Fiducie et que la Fiducie est une fiducie régie par les règles du *Code civil du Québec*, il est réputé, en vertu de l'alinéa 248(3)e) L.I.R., avoir la propriété effective de tous ses biens, incluant les actions ordinaires d'Opérante. Par conséquent, puisque les actions d'Opérante détenues par la Fiducie sont réputées être la propriété effective de Jean aux fins de la loi, les conditions d'application de l'alinéa 110.6(15)a) L.I.R. sont remplies, et ainsi le produit d'assurance de 2 M$ ne sera pas considéré afin de déterminer si les actions d'Opérante se qualifient à titre d'« actions admissibles de petite entreprise » aux fins de l'exonération du gain en capital.

Par voie d'une vente de gré à gré, Jean pourrait ainsi monétiser la cristallisation de l'exonération du gain en capital et la Fiducie réaliserait aussi un gain en capital. La portion imposable du gain en capital serait attribuée à ses bénéficiaires, qui pourront alors réclamer l'exonération du gain en capital. Ainsi, chacune des parties pourrait recevoir la valeur de ses actions dans Opérante en franchise d'impôt alors que cette dernière conserverait la totalité de son CDC.

Le coactionnaire pourrait donc utiliser les liquidités offertes par le produit d'assurance reçu par Opérante afin d'acquitter le prix d'achat des actions. Afin d'avoir accès à ses fonds en franchise d'impôt, les transactions suivantes seraient effectuées séquentiellement :

- le partenaire achète les actions de la succession de Jean et de la Fiducie pour un montant égal à la JVM des actions, dans le cas présent, une somme de 1 239 000 $;

- le paiement du prix d'achat est payable à demande et reflété par des billets à demande émis par le partenaire;

- par la suite, le partenaire transfère les actions qu'il détient à une nouvelle société (ci-après « Nouco ») en considération d'une émission par Nouco d'un billet à demande;

- Opérante rachète les 500 000 actions privilégiées de gel et les 500 actions ordinaires détenues par Nouco par voie d'une transaction de gré à gré et utilise le produit d'assurance pour en payer le coût d'acquisition;

- Nouco utilise les montants reçus pour rembourser au partenaire la dette créée à la suite de l'achat des actions d'Opérante; et

- le partenaire utilise l'argent reçu de Nouco pour payer les montants dus à la Succession et à la Fiducie.

Il est à noter que, dans cette séquence, le paragraphe 55(2) L.I.R. ne trouverait pas application puisque, au rachat des actions d'Opérante détenues par Nouco, Nouco aura un prix de base égal à la JVM des actions, et ainsi le rachat de ces actions déclenchera une perte en capital. Le but de la transaction n'aura donc pas été la réduction du gain en capital autrement réalisé, puisqu'une perte en capital résulte de ce rachat.

De même, le fait que les transactions soient faites avec le partenaire individuellement plutôt qu'avec Nouco permettra d'éviter l'application potentielle de l'article 84.1 L.I.R., dans la mesure où il pourrait être soulevé que Nouco aurait un lien de dépendance avec la Succession ou la Fiducie à l'égard de la transaction.

La même problématique de la détermination de la JVM des actions ordinaires pourrait se trouver applicable à l'égard du rachat entre le partenaire et Nouco, et aussi entre Nouco et Opérante, puisque, à la suite de ces transactions, Nouco et Opérante seront des parties sans lien de dépendance qui doivent négocier entre elles à la JVM. Tel qu'il a été mentionné plus haut, tout excédent du prix d'achat convenu entre les parties pour la vente des actions et la JVM de ces actions à la suite de la réception du produit pourrait dicter que la vente à Nouco soit effectuée par voie d'un roulement sous l'article 85 L.I.R. entre le partenaire et Nouco. Ainsi, Nouco émettrait un billet pour un montant égal au prix de vente des actions par la Succession et la Fiducie, soit 1 239 000 $ et, lors du rachat par Opérante, de faire le rachat en deux tranches afin de déterminer qu'une partie du rachat provient du CDC.

Il est important de noter que ces transactions doivent être prévues préalablement au décès puisque, pour la Succession, elle s'avère moins avantageuse qu'un rachat fait directement par Opérante. Le rachat effectué, selon les modalités de la convention entre actionnaires, permettra à la Succession et à la Fiducie de recevoir la valeur de leur participation dans Opérante en franchise d'impôt, mais il déclenchera en plus une perte en capital qui pourrait réduire les impôts autrement payables au décès de Jean.

En vertu des règles d'administration du bien d'autrui qui régissent l'administration des liquidateurs d'une succession et des différents pouvoirs généralement énoncés aux testaments, les liquidateurs ne pourraient faire un quelconque choix ou transaction, ce qui entraînerait une perte potentielle à l'égard d'une autre transaction. Les liquidateurs de la Succession n'auraient donc pas l'autorité ou la discrétion d'acquiescer à la vente de gré à gré des actions qui aurait comme conséquence de réduire la valeur de la Succession en effectuant une transaction qui lui ferait perdre un avantage fiscal. De même, les fiduciaires de la Fiducie ne pourraient exercer leurs pouvoirs afin de renoncer aux droits de faire racheter les actions ordinaires à même le CDC. Bien que la vente soit de gré à gré, l'attribution du gain en capital et de l'économie d'impôt provenant de l'exonération du gain en capital aura pour effet de s'assurer que la Fiducie et les bénéficiaires recevront la valeur des actions ordinaires en franchise d'impôt. Cependant, puisque les deux possibilités génèrent le résultat, le fait que les bénéficiaires devront réclamer un avantage fiscal cumulatif, l'exonération du gain en capital, aurait pour effet d'appauvrir leur patrimoine de la valeur potentiel de ce bénéfice fiscal. Dans certaines circonstances, les fiduciaires pourraient obtenir l'assentiment préalable des bénéficiaires. Pour la Fiducie, puisque deux des bénéficiaires, William et Éric, sont l'objet de régime de protection, les administrateurs de leur patrimoine ne pourraient consentir à cet appauvrissement. Il s'agit donc d'un autre élément dictant que les dispositions visant le rachat de la participation doivent aussi être conclues avant le décès afin d'assurer le résultat financier et fiscal le plus avantageux pour tous, compte tenu des intérêts divergents des différentes parties concernées à la suite du décès et des limites aux pouvoirs de négocier des administrateurs du bien d'autrui : qu'il soit liquidateur, fiduciaire ou tuteur aux biens.

Le fait que le partenaire de Jean puisse utiliser le CDC d'Opérante afin de retirer des fonds qui lui permettraient d'épargner entre 29,66 % et 36,36 % des montants distribués par voie de dividendes comparativement au gain en capital payable par la Succession de 24,11 % et eu égard à la portion de la perte en capital qui ne pourra être réclamée par l'application du paragraphe 112(3.2) L.I.R.

Ainsi, il devrait être prévu dans la convention entre actionnaires que cette possibilité est l'application automatique et que, immédiatement au moment du décès de Jean, la Succession et la Fiducie soient réputées avoir vendu leurs actions respectives d'Opérante et que le partenaire soit réputé avoir acquis les actions au même moment. Le paiement du prix d'achat pourrait être conditionnel à la réception par Opérante du produit d'assurance et aussi prévoir une période de temps suffisante pour que le partenaire puisse effectuer les transactions décrites plus haut.

Il est évident que l'avantage conféré au partenaire de pouvoir retirer des fonds d'Opérante avec un taux d'imposition moindre et la perte de l'avantage de la perte en capital qui pourrait être reportée aux impôts payables à la suite du décès de Jean pourront faire l'objet d'un rajustement du prix d'acquisition lors de la négociation de la convention entre actionnaires. Le prix d'acquisition des actions devrait donc être majoré d'un montant permettant de compenser la perte qu'a subie la Succession de cet avantage fiscal résultant de la non-utilisation du produit d'assurance pour effectuer le rachat et le bénéfice des actionnaires restants de pouvoir retirer des fonds corporatifs en ne payant pas d'impôts par l'utilisation du CDC.

De même, la planification couramment nommé « stratégie du 50 % » devrait être analysée et pourrait être mise en place lors de la rédaction de la convention entre actionnaires. L'application du paragraphe 112(3.2) L.I.R. fait donc en sorte qu'une partie du CDC est inutilisé. Au rachat, la moitié de la perte en capital ne pouvant pas être reportée entraîne un taux d'imposition de la moitié du dividende égal au taux payable sur le gain en capital. Ainsi, si seulement la moitié du dividende réputé par le rachat est un « dividende en capital », la succession paiera l'impôt sur le dividende de 29,66 % ou 36,36 % mais aura le bénéfice du report de perte. Ainsi, le taux effectif[113] d'impôt applicable à la moitié du dividende sera de 5,55 % pour un « dividende déterminé » ou de 12,25 % pour tout autre dividende. Cependant, la société aura conservé ce montant dans son CDC, ce qui permettra aux actionnaires survivants de retirer des fonds de la société en franchise d'impôt. Il s'agit dans ce cas d'une économie d'impôt significative lorsque tous les actionnaires sont considérés ensemble, mais les actionnaires entre eux peuvent avoir des intérêts divergents, Il est donc important de quantifier la valeur potentielle de l'économie d'impôt qu'un des actionnaires pourrait réaliser et le coût fiscal de la renonciation de l'autre actionnaire de retirer les montants en franchise d'impôt afin de s'assurer que le prix

[113] Soit la différence entre le taux d'impôt applicable au dividende et le taux applicable au gain en capital.

d'acquisition reflète une mesure équitable du partage de l'allègement fiscal global. De plus, le fait que la succession paiera des impôts plus élevés à l'égard de la moitié de la valeur de rachat (soit au taux applicable aux dividendes plutôt que celui plus bas applicable aux gains en capital) devra influer sur la détermination du prix d'achat en comparaison avec la valeur du CDC pour l'actionnaire survivant.

2.3.4. Administration de la Fiducie

À la suite de ces transactions, la Fiducie aura donc un capital de 739 000 $ réduit de toutes dépenses relatives à la disposition des actions ordinaires d'Opérante et des honoraires professionnels. Aux fins des présentes, le capital de la Fiducie sera réputé être d'un montant net de 720 000 $.

Si le montant provient du rachat d'actions sans incidence fiscale, puisqu'il est réputé être un « dividende en capital », la Fiducie pourra conserver ce capital et l'investir au bénéfice de ses bénéficiaires. Puisque la Fiducie a comme bénéficiaires les enfants de Jean, un enfant inapte et l'autre mineur, il pourrait être avantageux de conserver ces montants dans la Fiducie puisque cela éviterait aux tuteurs des enfants d'avoir à se conformer aux règles de contrôle de leur administration par voie, notamment, d'un conseil de famille et de faire un rapport au curateur public.

Cependant, si le capital est reçu à l'égard de la vente des actions d'Opérante, une portion des montants reçus devrait être allouée aux bénéficiaires afin de leur permettre de pouvoir réclamer l'exonération du gain en capital. Ainsi, un montant égal à la partie imposable du gain en capital réalisé par la fiducie à la suite de la vente des actions ordinaires d'Opérante devra être attribué à ses bénéficiaires. Aux fins de permettre la déduction du gain en capital au calcul du revenu de la Fiducie conformément au paragraphe 104(13) L.I.R., le montant doit être payé ou payable. L'ARC a reconnu que l'émission d'un billet payable à demande sans aucune restriction émis à un bénéficiaire par une fiducie discrétionnaire représente une allocation au bénéficiaire qui permettrait à la fiducie de réclamer la déduction prévue au paragraphe 104(13) L.I.R.[114] L'ARC édicte qu'une partie du revenu d'une fiducie discrétionnaire sera réputée être payable dans une année d'imposition aux bénéficiaires de la fiducie si les fiduciaires sont obligés d'exercer leur discrétion avant la fin de l'année d'imposition de la

[114] Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9529647, 26 février 1997.

fiducie, que l'exercice de cette discrétion est irrévocable et qu'aucune condition n'est rattachée aux droits du bénéficiaire de demander le paiement de ce montant dans l'année. Le pourcentage de l'allocation du revenu de la fiducie à chacun des bénéficiaires doit être déterminé et le bénéficiaire doit être avisé avant la fin de l'année de son droit de demander paiement, même si le montant du revenu n'est pas connu.

Ainsi, chacun des bénéficiaires doit inclure à son revenu, comme un gain en capital, le montant attribué par la fiducie et pourra réclamer l'exonération du gain en capital afin de s'assurer qu'aucun impôt ne soit payable à l'égard de ce gain qui est attribué. Par contre, il est important de noter que l'impôt minimum de remplacement, tant au fédéral qu'au provincial, pourrait être payable à l'égard de ce montant. Ainsi, telle qu'était exprimée l'intention de Jean aux fiduciaires de son vivant de permettre à son ex-épouse et à ses enfants de participer également dans tout revenu ou bénéfice de la fiducie, chacun se verrait attribuer un gain en capital imposable de 120 000 $ et réclamerait un montant équivalent comme déduction pour l'exonération du gain en capital. Ainsi, un individu qui n'a aucun autre revenu pour une année d'imposition particulière et qui réclame un montant d'exonération du gain en capital de 120 000 $ aura un impôt minimum de remplacement d'environ 8 100 $ à payer, soit 4 900 $ au fédéral et 3 200 $ au provincial.

De plus, Suzanne a convenu avec les fiduciaires de la Fiducie qu'elle renoncerait à ses droits de bénéficiaire dans la Fiducie à la suite de l'allocation et du paiement d'un montant représentant le tiers du produit réalisé par la fiducie. Sa participation à la Fiducie n'étant plus nécessaire, la Fiducie lui versera une somme de 240 000 $ que Suzanne pourra investir et administrer à sa guise.

Conformément à l'article 1285 C.c.Q., Suzanne pourra renoncer à ses droits de bénéficiaire de la fiducie par voie d'un acte notarié en minutes[115].

Aux fins fiscales, Suzanne sera réputée par l'application du paragraphe 107(2) L.I.R. avoir disposé d'une immobilisation pour un produit égal au montant reçu pour cette renonciation.

En vertu de la définition du « coût indiqué » d'une participation au capital d'une fiducie personnelle au paragraphe 108(1) L.I.R., Suzanne sera

---

[115] Une renonciation à des droits de bénéficiaires dans une succession doit être enregistrée au Registre des droits personnels et réels mobiliers.

réputée avoir, au moment de cette disposition, un PBR à sa participation au capital de la fiducie égal au coût fiscal sous-jacent des actifs de la fiducie et du montant de liquidité détenu par la fiducie. Ainsi, Suzanne aura un PBR de 240 000 $ et sa renonciation n'aura aucune incidence fiscale. Cependant, il est important de noter qu'elle devra divulguer cette disposition dans sa déclaration fiscale pour l'année relativement à sa renonciation. Il est aussi important de noter que, dans le cas d'un non-résident, un certificat en vertu de l'article 116 L.I.R. doit être obtenu préalablement au paiement par la fiducie du capital du bénéficiaire.

À la suite de cette renonciation de Suzanne, les fiduciaires s'entendront afin de nommer Brigitte comme cofiduciaire. Vu la nouvelle vocation de la Fiducie visant à permettre l'administration du capital au bénéfice des enfants, Jean, Suzanne et Brigitte considèrent qu'il est essentiel que leur mère respective prenne part à l'administration des fonds de la Fiducie et puisse aussi participer aux décisions de distribuer les fonds de la Fiducie selon les besoins de chacun des enfants.

Si le retrait d'Opérante a été effectué par voie d'une vente des actions ordinaires de gré à gré au partenaire, la Fiducie sera endettée envers William et Éric de 120 000 $. L'allocation d'une partie du gain en capital à chacun des enfants aura donc pour effet de faire en sorte que leurs patrimoines respectifs soient augmentés de 120 000 $.

Pour ce qui est de William, l'allocation d'un montant fera en sorte que Brigitte, la tutrice légale de son patrimoine, sera assujettie à diverses obligations à l'égard de son administration. Les formalités consistent à dresser un inventaire complet des biens du mineur qui seront sous l'administration du tuteur, faire parvenir une copie de l'inventaire au curateur public et au conseil de tutelle, fournir une garantie d'exécution des obligations du tuteur, transmettre un rapport annuel des comptes de la tutelle au conseil de tutelle et au curateur public, et rendre un compte définitif quand la tutelle prend fin. De plus, le *Code civil du Québec* ne confère au tuteur que des pouvoirs de simple administration et plus particulièrement celui de placer de l'argent administré selon les règles relatives aux « placements présumés sûrs » (titres immobiliers, obligations du Québec et du Canada, des provinces canadiennes et autres entités municipales ou gouvernementales, des emprunts garantis par hypothèque immobilière ou mobilière de premier rang, certificat de dépôt garanti émis par des institutions financières si le placement est garanti par la Régie de l'assurance-dépôts du Québec et certaines actions ordinaires et privilégiées

de compagnies inscrites à la cote d'une Bourse reconnue[116]. Le tuteur qui ne se conforme pas à ces exigences légales peut engager sa responsabilité personnelle si ces manquements causent préjudice au mineur. De plus, le tuteur qui contrevient à ces règles est passible d'une amende pouvant atteindre 1 000 $, et en cas de récidive une amende de 2 000 $ imposée par la *Loi sur le curateur public*[117]. Il faudra donc se questionner si les règles de l'administration tutélaire obligeraient Brigitte à demander le paiement du billet pour l'investir dans des « placements présumés sûrs ». Afin de pallier cette obligation, Brigitte pourrait inciter la Fiducie à placer les fonds reçus de la vente des actions ordinaires d'Opérante dans des « placements présumés sûrs ».

La nomination d'un cofiduciaire devra être faite conformément à l'acte de fiducie. Si l'Acte de fiducie ne prévoit pas la possibilité de nommer un tel cofiduciaire, les cofiduciaires en place pourront s'adresser au tribunal afin que celui-ci en désigne un[118].

3. SOCIÉTÉ IMMEUBLE INC.

Jean possédait aussi la totalité des actions d'Immeuble, représentant la totalité des actions émises et en circulation d'Immeuble. Les termes du testament de Jean prévoient une dévolution à titre particulier de ces actions à Brigitte.

Le principal élément d'actif d'Immeuble était la propriété commerciale utilisée par Opérante dans le cadre de son entreprise. Une entente de location a été conclue entre Immeuble et Opérante afin de prévoir un loyer reflétant la valeur marchande de la location et de consentir à Opérante une option d'achat à n'importe quel moment après le décès de Jean, mais au plus tard au terme du bail. Le bail a un terme restant de trois ans au moment du décès de Jean.

3.1. INCIDENCES FISCALES AU DÉCÈS DE JEAN

Au décès de Jean, ce dernier sera réputé avoir disposé, aux fins du paragraphe 70(5) L.I.R., de ses actions d'Immeuble pour un produit de disposition égal à leur PBR. Ainsi, Jean sera donc réputé avoir reçu un

---

116 Voir les articles 209, 240, 242, 247 et 1339 C.c.Q.

117 L.R.Q., c. C-81.

118 Art. 1277 C.c.Q.

produit de disposition de 500 000 $ et, en raison de ce PBR de 500 000 $, aucun gain ou perte ne sera déclenché par cette disposition réputée.

Le paragraphe 70(6) L.I.R. énonce les conditions requises afin d'obtenir un roulement à l'égard d'une immobilisation qui serait autrement réputée avoir été disposée en vertu du paragraphe 70(5) L.I.R. Le paragraphe 70(6) L.I.R. permet le transfert, au décès, d'une immobilisation au conjoint ou à une fiducie au profit du conjoint, pour un produit égal au PBR du bien pour le défunt. Le conjoint est réputé avoir acquis le bien pour un produit identique et, de cette façon, il n'y aura pas de conséquence fiscale immédiate, l'imposition du gain se fera lors de la disposition réelle du bien ou au décès du conjoint cessionnaire. Pour que ce roulement au conjoint soit disponible aux fins de la loi, le défunt et le conjoint doivent être des résidents du Canada aux fins de la loi immédiatement avant le décès, et le bien doit être irrévocablement dévolu au conjoint au plus tard dans les 36 mois suivant le décès du contribuable.

Il est important de noter que les actions d'Immeuble ne se qualifieraient pas pour l'exonération du gain en capital. Puisque Immeuble et Opérante ne sont pas des sociétés liées, l'immeuble détenu par Immeuble ne représente pas un bien d'entreprise aux fins de l'exonération du gain en capital[119].

3.2. PLANIFICATION POUR ÉVITER LA DOUBLE IMPOSITION

Puisque l'immeuble sera vendu au plus tard dans les trois années suivant le décès de Jean, il pourrait être envisagé de déclencher un gain en capital au décès afin de réduire les impôts payables lors de la vente du terrain et minimisant, de ce fait, les problèmes inhérents de double imposition.

La problématique de double imposition à l'égard du gain sur les actions imposé au moment du décès et du gain résultant de la disposition des éléments d'actif de la société est connue; particulièrement dans des circonstances où il est impossible de déclencher une perte pouvant être reportée à la déclaration finale du contribuable décédé. Pour la Succession et Brigitte, il est impossible de déterminer si la vente du terrain aura lieu dans la première année d'imposition de la Succession, ce qui lui permettrait de prendre avantage des mesures d'allègement du paragraphe 164(6) L.I.R. Les liquidateurs et Brigitte pourraient donc considérer comme avantageuses des mesures visant à accélérer le paiement de certains impôts qui aurait pour

---

[119] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9810095F, 17 décembre 1998.

conséquence de réduire la charge fiscale totale d'Immeuble et de la Succession.

3.2.1. Dissolution d'Immeuble

En prévision de la vente de l'immeuble, les liquidateurs pourraient décider de liquider Immeuble afin de cristalliser la dette fiscale sous-jacente et de créer une perte qui sera reportée à l'encontre de gains en capital résultant de la disposition réputée du paragraphe 70(5) L.I.R.

Même si les actions sont léguées à titre particulier à un légataire, il serait possible pour les liquidateurs d'une succession d'effectuer ces transactions et de reporter la perte même si, aux fins du *Code civil du Québec*, le légataire à titre particulier serait réputé avoir la propriété des actions avec effet rétroactif à la date du décès[120].

Cependant, puisque Brigitte n'obtiendrait jamais la propriété des actions d'Immeuble, les conditions du roulement du paragraphe 70(6) L.I.R. ne seraient pas respectées, le bien n'ayant jamais été dévolu à Brigitte. Jean serait donc réputé avoir réalisé un gain égal à la JVM des actions d'Immeuble. Aux fins de la présente discussion, cette JVM est de 1 973 167 $[121].

Par la liquidation d'Immeuble, la totalité du gain en capital résultant des actions d'Immeuble et une partie importante du gain résultant de la disposition au décès des actions de Gestion seraient réduits à zéro par le report de la perte découlant de cette liquidation[122]. Cependant, des impôts corporatifs et personnels réduits du « remboursement au titre de dividende » d'environ 395 000 $ seraient déclenchés. Il faudrait donc trouver des liquidités d'environ 380 000 $, qui ne sont pas disponibles et qui ne le seront qu'au moment de la vente de l'immeuble à Opérante à la suite de l'exercice de l'option d'achat.

---

120 AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2004-0100621E5, 16 juin 2006.

121 Il s'agit donc de la JVM des éléments d'actif d'Immeuble réduite des impôts latents à leur disposition à laquelle s'ajoute la valeur de l'« impôt en main remboursable au titre de dividende » accumulé.

122 La perte représenterait la différence entre le PBR des actions de 500 000 $ et leur CV de 10 000 $. Cette perte serait donc de 490 000 $.

Si aucune transaction n'est effectuée à l'égard des actions d'Immeuble, Brigitte et Immeuble devront payer les mêmes montants d'impôts et Brigitte réalisera alors la perte de 490 000 $, représentant la différence entre le PBR des actions et leur CV. À ce moment, mais préalablement à la liquidation ou à la distribution de ces éléments d'actif, un transfert des actions d'Immeuble à une nouvelle société en échange d'actions ayant un CV égal à leur PBR pourrait réduire les impôts autrement payables.

3.2.2. Augmentation du prix de base rajusté du terrain

En vertu du paragraphe 70(6.2) L.I.R., les liquidateurs d'une succession peuvent choisir d'exclure l'application du roulement au conjoint prévu par le paragraphe 70(6) L.I.R. de façon que le bien soit réputé vendu à sa JVM. Ainsi, le liquidateur pourrait chercher à déclencher un gain en capital sur une portion des actions d'Immeuble.

Il est possible de faire le choix prévu au paragraphe 70(6.2) L.I.R. afin de déclencher un gain en capital sur une partie des actions détenues. Ainsi, l'ARC a reconnu que chaque action d'une société représente un « bien ». Le paragraphe 248(1) L.I.R. édicte que le terme « bien » inclut les actions et que chaque action représente un bien distinct[123].

Le but de déclencher ce gain serait de faire une réorganisation (telle qu'elle est décrite à la partie 3 de ce texte) afin de permettre d'augmenter le PBR du terrain et de permettre de sortir son produit de disposition à même les transactions, à la suite d'un paiement d'impôt de 24,11 %.

À cet égard, le tableau suivant énonce les incidences fiscales de la disposition du terrain si aucun choix n'est effectué :

---

[123] AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques rrr364, mai 1990 et 9234387, 2 décembre 1992.

	Terrain
Produit de disposition	500 000
PBR	175 000
Gain en capital	325 000
Gain en capital imposable	162 500
Impôts payables	84 500

Par la suite, Brigitte aura les impôts suivants à payer à l'égard de la distribution du produit net de la vente :

Distribution	415 500
Remboursement au titre de dividende	43 333
Dividende en capital	162 500
Dividende imposable	296 333
Impôts payables Brigitte	107 747
Reçu net	351 087

En déclenchant un gain en capital au décès, il serait possible de faire un roulement à une société, suivi de la liquidation d'Immeuble, permettant ainsi la majoration du PBR du terrain. Ainsi, aucun impôt supplémentaire ne serait payable à la suite de la vente du terrain et de la distribution du produit net de la vente à Brigitte.

Puisque chacune des actions a un gain inhérent de 920 000 $, les liquidateurs de la succession feraient le choix d'appliquer le paragraphe 70(6.2) L.I.R. à 543 actions d'Immeuble, ce qui déclencherait un gain en capital de 500 000 $. Sur ce gain, des impôts d'environ 520 500 $ seraient payables. Par la suite, la succession de Jean ou Brigitte, si la Succession a été liquidée, pourrait transférer les actions à une nouvelle compagnie en échange d'un billet provisoire égal au produit de disposition réputé de 771 739 $ et d'autres actions de Nouco. À la suite de cette transaction, Immeuble serait liquidé et le choix prévu à l'alinéa 88(1)d) L.I.R. serait effectué afin d'augmenter le PBR du terrain à sa JVM au

moment du décès, soit 500 000 $. Ainsi, au moment de la vente du terrain, il n'y aurait aucun gain sur le terrain et l'argent pourrait être remis à Brigitte sans aucune autre incidence fiscale. Brigitte aurait un reçu net de 379 500 $ en faisant le choix de déclencher le gain au décès, comparativement à 351 100 $, représentant une économie d'impôt d'environ 28 000 $. Plus le gain inhérent sur l'augmentation de valeur des actions ou de l'immobilisation non amortissable est important, plus cette économie d'impôt sera importante.

Bien que cette économie d'impôt semble intéressante, il est important de noter que la Succession devra supporter des impôts de 120 000 $ alors que, dans le bilan de Jean et des éléments d'actif qui sont légués à Brigitte, peu de ces éléments sont liquides. De plus, le prépaiement de ces impôts pourrait s'avérer une décision financièrement peu intéressante puisque l'utilisation de ces fonds pour la durée totale de trois ans pourrait mener sur une base nette après impôt de 4 % à plus de 15 000 $ de revenu d'investissement. Ainsi, la valeur nette du report d'impôt se situe aux environs de 12 000 $ à 15 000 $.

De plus, il est opportun de déterminer si les liquidateurs d'une succession ont l'autorité de faire un tel choix de déclencher des impôts à l'égard d'un bien qui est légué à titre particulier à un conjoint.

Traditionnellement, le choix du paragraphe 70(6.2) L.I.R. a été fait afin de déclencher un gain en capital pour pouvoir bénéficier de l'exonération du gain en capital ou pour absorber des pertes en capital accumulées par le défunt. Ainsi, le choix n'avait aucune incidence financière pour la succession et améliorerait la situation fiscale du bénéficiaire.

En vertu du *Code civil du Québec*, si le testament ne prévoit pas expressément que le montant d'une dette rattachée à un bien doit être chargé au légataire à titre particulier, la dette fiscale devra être supportée par les légataires à titre universel. Le bénéfice fiscal serait donc consenti au légataire à titre particulier aux dépens de l'universalité des biens de la succession.

Si le planificateur fait face à une situation où le choix de déclencher des impôts au décès pourrait s'avérer avantageux, le testament devrait prévoir expressément que la dette fiscale ainsi déclenchée soit à la charge du légataire à titre particulier, et il devrait prévoir aussi un pouvoir spécifique des liquidateurs pour effectuer ce choix.

3.2.3. Décisions des liquidateurs

Pour la Succession ou Brigitte, l'option de déclencher un gain au décès et de payer plus tôt des impôts au taux applicable au gain en capital ne s'avère pas une bonne stratégie, le PBR élevé des actions d'Immeuble permettant de retirer des fonds en franchise d'impôt et le manque de liquidité de la Succession font en sorte que cette possibilité ne serait pas avantageuse.

Cependant, il existe plusieurs scénarios où la possibilité de retirer des éléments d'actif d'une société en payant des impôts au taux applicable aux gains en capital de 24,11 % plutôt qu'aux taux applicables aux dividendes de 29,66 % ou de 36,36 % représentera une véritable économie d'impôt.

4. DONATION

Il est fréquent que le testateur désire effectuer un don à un organisme de bienfaisance (ci-après « OB ») parmi ses dispositions testamentaires. Les récents budgets fédéral et provincial ont amélioré ces avantages fiscaux afférents aux donations d'actions de société publique en réduisant à zéro le taux d'inclusion pour les gains en capital résultant de la disposition par voie de donation d'actions d'une société ouverte à un OB ou à une fondation publique. Après le 1er mai 2006, aucun impôt n'est payable à l'égard de gains en capital réalisés, lorsqu'un contribuable fait le don de titres négociables ayant une plus-value accumulée à un OB ou à une fondation publique[124].

Un élément intéressant de ces nouvelles dispositions est que si une SPCC effectue une telle donation, la société aura droit à une déduction pour don de bienfaisance égale à la JVM des actions données et la totalité du gain en capital réputé nulle est ajoutée au CDC de la société[125].

Cet avantage supplémentaire devrait amener les conseillers à analyser si une donation serait plus avantageuse lorsqu'elle est faite par une société ou par son actionnaire.

---

[124] Projet de Loi de C-13, *Loi portant exécution de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 2 mai 2006*, art. 51 modifiant l'alinéa 38(a,1) L.I.R.

[125] Art. 89 « compte de dividendes en capital », al. a) L.I.R.

4.1. ÉLÉMENTS FACTUELS SUPPLÉMENTAIRES

Afin d'illustrer l'application de ces nouvelles règles, nous analyserons une donation éventuelle de 100 000 $ que Jean désire faire à l'OB s'occupant de la maladie de son fils Éric.

Aux fins de cette partie, nous tiendrons pour acquis que Jean a des liquidités nécessaires pour faire ce don. De plus, Immeuble possède aussi des actions de sociétés publiques ayant une valeur marchande de 100 000 $ et un PBR de 25 000 $.

Nous analyserons donc s'il peut s'avérer plus avantageux de prévoir la donation par le testament de Jean ou plutôt de mandater aux liquidateurs de sa succession de faire en sorte qu'Immeuble effectue cette donation avec un transfert des actions de société publique.

4.2. DONATION PAR TESTAMENT

Selon le paragraphe 118.1(5) L.I.R., un particulier qui fait un don par testament est réputé l'avoir fait immédiatement avant son décès. Lorsque cette présomption s'applique, le particulier décédé peut avoir droit à une déduction dans le calcul de son impôt payable en vertu du paragraphe 118.1(3) L.I.R. pour l'année d'imposition de son décès, et ce, même si le versement du don est fait par le représentant légal du particulier dans une année d'imposition subséquente et après la production de la déclaration d'impôt pour l'année du décès.

La question de savoir si un don a été fait ou non par testament est une question qui doit être résolue à la lumière de tous les faits pertinents. En général, le versement du don de bienfaisance par le représentant légal du défunt peut être considéré comme ayant été fait par testament, aux fins du paragraphe 118.1(5) L.I.R., si le testament requiert que ce don soit fait par le représentant légal à un OB enregistré et s'il indique le montant du don à faire ou s'il stipule que ce montant est un pourcentage du résidu des biens de la succession.

En général, les dons de bienfaisance qui ne peuvent pas être déduits entièrement dans l'année au cours de laquelle ils ont été faits peuvent être reportés prospectivement sur cinq années d'imposition. La dernière déclaration de revenus d'un contribuable décédé au début d'une année d'imposition peut ne porter que sur une courte période et inclure un revenu inférieur à celui gagné dans les années précédentes. Puisque le revenu d'une succession peut être insuffisant pour utiliser pleinement un don de

bienfaisance important, et puisque aucun report prospectif n'est permis, les dons faits au cours de l'année du décès peuvent être déduits dans l'année d'imposition précédente[126]. En vertu de cette règle, le représentant du défunt peut déduire les dons au cours de l'année du décès, ou au cours de l'année précédente si les dons n'ont pas été déduits au cours de l'année du décès. Par conséquent, bien qu'un don soit déduit à titre de crédit d'impôt personnel, si le contribuable décédé avait déclaré un revenu plus élevé l'année précédant l'année de son décès, il peut être plus avantageux de déduire en premier le don au cours de cette année précédente.

Si la Succession effectue une donation de 100 000 $, tel qu'il a été mandaté par le testament de Jean, des crédits d'impôt fédéral de 29 000 $ et provincial de 24 000 $ pourront être réclamés à l'encontre des impôts payables par Jean pour l'année d'imposition de son décès, son année d'imposition précédente ou par la Succession à l'encontre de ses propres revenus imposables.

4.3. DONATION PAR IMMEUBLE

Si Immeuble a effectué la donation à un OB ou une fondation des actions de sociétés publiques, le gain en capital de 75 000 $ sera réputé nul et un montant équivalent sera ajouté à son CDC. Une déduction de 100 000 $ pourra aussi être réclamée pour réduire son revenu imposable.

À la suite de cette donation, Immeuble pourra gagner un revenu de 100 000 $ ou réaliser un gain en capital de 200 000 $ sans payer aucun impôt. De plus, une partie de ces montants pourra être distribuée en franchise d'impôt par le paiement d'un dividende en capital.

Si la déduction pour dons de bienfaisance se fait à l'encontre d'un revenu d'entreprise, la Succession ou Brigitte recevrait un montant net après impôts personnels et corporatifs de 190 900 $. Si la Succession fait le don de 100 000 $, des crédits d'impôts totaux de 53 000 $ seront disponibles et un montant net de 122 600 $[127] sera reçu pour les actions publiques de Immeuble et le revenu de 100 000 $ distribué à la Succession. La donation des actions de sociétés publiques d'Immeuble aura comme résultat de remettre un capital net de 190 900 $ à la Succession, alors que la donation

---

126 Par. 118.1(4) L.I.R.

127 En présumant que le taux d'imposition de 29,66 % est applicable aux « dividendes déterminés ».

par la Succession entraînerait un capital net de 175 600 $, soit un bénéfice de 15 000 $.

Si la déduction pour dons de bienfaisance se fait à l'encontre d'un gain en capital, la Succession ou Brigitte recevrait un montant net après impôts personnels et corporatifs de 290 910 $. Si la Succession fait le don de 100 000 $, le produit net reçu par la Succession serait de 271 500 $, un bénéfice d'environ 19 000 $.

Donc, la donation d'actions de sociétés publiques peut produire un avantage financier important comparativement à une donation d'un montant équivalent par son actionnaire. Dans un contexte successoral, une telle donation ne sera cependant avantageuse que s'il est impossible d'effectuer des transactions permettant de majorer le PBR des actions de la société publique.

5. CONCLUSION

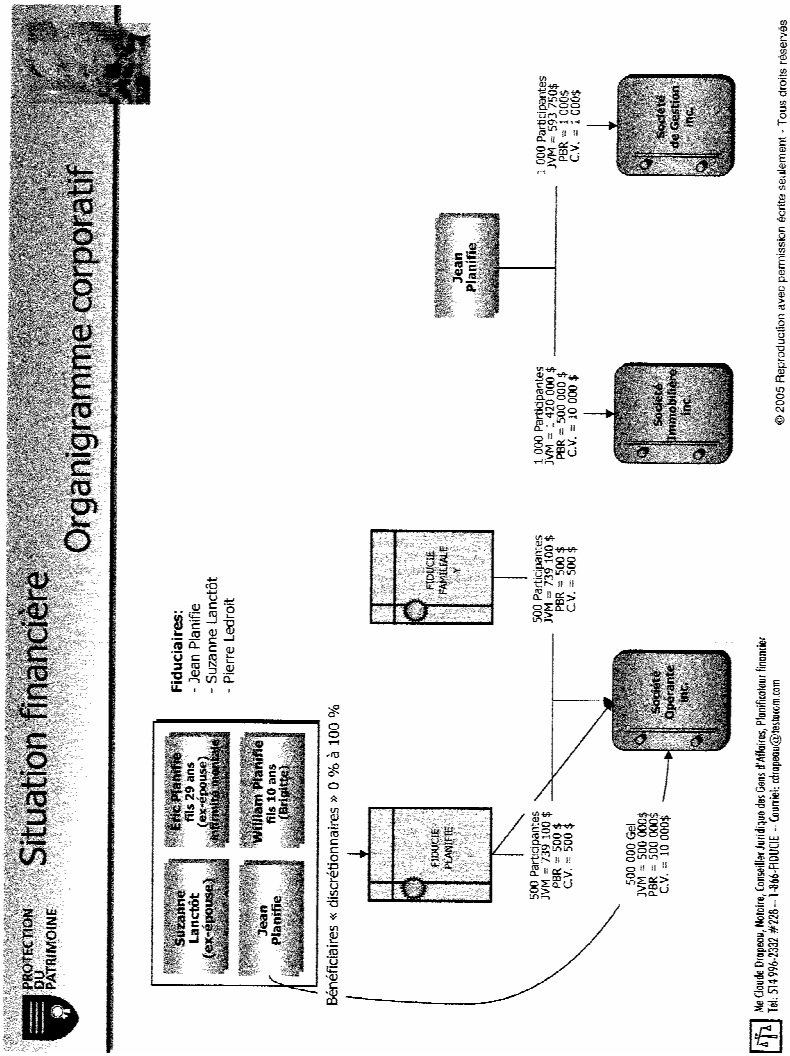
Comme nous l'avons remarqué tout au long de ce texte, les conseillers financiers et fiscaux d'un individu font face à diverses difficultés afin de cerner les intentions et objectifs personnels et financiers de leur client. Une bonne détermination des conséquences fiscales et financières des choix du client doit l'aider à approfondir son analyse des besoins financiers de ses proches et de la dévolution de ses biens.

Une fois cet exercice terminé, il incombe aux conseillers de s'assurer que le testament et les documents accessoires (décisions des fiduciaires, conventions entre actionnaires et autres conventions, tel un bail) reflètent cette dévolution des éléments d'actif du client. De plus, une analyse particulière des pouvoirs consentis aux fiduciaires ou liquidateurs doit être effectuée afin de leur donner tous les outils nécessaires à l'accomplissement des dernières volontés du client.

Même à la suite du décès, différents impératifs commerciaux et personnels feront en sorte qu'une révision de tous les documents et une analyse des conseillers devront être effectuées afin d'appliquer correctement les volontés du défunt, tout en recherchant les possibilités de planification fiscale appropriée et faire une analyse complète des incidences pour la succession et pour chacun des bénéficiaires touchés par ces planifications. Il s'agit d'un exercice qui peut s'avérer fort complexe selon la composition des éléments d'actif du défunt et qui devra inclure les conseillers juridiques, fiscaux et financiers, leur permettant de mesurer les incidences de leurs conseils sur tous les aspects de la planification pour la succession, fiducies testamentaires, conjoint survivant et légataires.

ANNEXES DE LA PARTIE 1

ANNEXE 1.1



ANNEXE 1.2

Planification successorale et *post mortem*

Économie d'impôt – fractionnement entre une fiducie testamentaire et un mineur sans revenu comparativement à une imposition à

	Économie d'impôt selon le type de revenu[2]		
Revenu[1] de la Fiducie Testamentaire	***Intérêts***	***Dividendes admissibles***	***Dividendes non admissibles***
10 000 $	3 383 $	2 668 $	3 036 $
20 000 $	6 619 $	5 335 $	6 072 $
30 000 $	8 850 $	7 953 $	9 082 $
40 000 $	10 746 $	10 651 $	11 979 $
50 000 $	12 644 $	12 987 $	14 461 $
60 000 $	14 663 $	15 001 $	16 410 $
70 000 $	16 210 $	16 791 $	18 093 $
80 000 $	17 347 $	18 303 $	19 335 $
90 000 $	18 311 $	19 455 $	20 546 $
100 000 $	19 243 $	20 598 $	21 122 $
150 000 $	22 153 $	23 744 $	23 127 $
200 000 $	23 148 $	23 931 $	24 111 $
250 000 $	23 808 $	23 809 $	23 865 $

(1) En supposant que ce revenu, si aucune fiducie testamentaire n'avait été créée, avait été ajouté au revenu du conjoint survivant et taxé au taux marginal supérieur du conjoint survivant.

(2) En supposant que le revenu est imposé 50 % (taux progressifs des particuliers) dans la fiducie testamentaire et 50 % au niveau de l'enfant mineur qui n'a pas d'autres revenus. L'économie d'impôt est l'écart entre l'impôt qui aurait été payable par le conjoint survivant (sans fiducie) et le total des impôts payés par la fiducie testamentaire et l'enfant mineur (avec fiducie).

CES CALCULS NE DOIVENT PAS SERVIR À ÉTABLIR UNE STRATÉGIE D'OPTIMISATION DU FRACTIONNEMENT

DE REVENU ENTRE UN BÉNÉFICIAIRE QUI N'A PAS D'AUTRES REVENUS ET LA FIDUCIE ELLE-MÊME PUISQUE, PAR EXEMPLE, IL NE SERAIT PAS RECOMMANDÉ DE RÉPARTIR UN REVENU DE 10 000 $ ÉGAL ENTRE LA FIDUCIE ET SON BÉNÉFICIAIRE

© Tableau préparé par M. Gil Demers (DEMERS BEAULNE, S.E.N.C.R.L.)

ANNEXES DE LA PARTIE 3

ANNEXE 3.1

SOCIÉTÉ DE GESTION INC.
BILAN ET INFORMATIONS FISCALES
Au 31 décembre 2005

	Coût	Valeur fiscale	Valeur marchande
Encaisse	15 000	15 000	15 000
Portefeuille de placements boursiers	425 000	425 000	630 000
	440 000	**440 000**	**645 000**
Impôts latents sur plus-value			51 250
Capital-actions émis et payé	10 000	10 000	593 750
Bénéfices non répartis	430 000		
	440 000		**645 000**

Impôt en main remboursable au titre de dividende	*75 000*
Compte de dividende en capital	*32 000*

ANNEXE 3.2

ÉCONOMIE D'IMPÔT ASSOCIÉE AU FRACTIONNEMENT DU REVENU ENTRE UN CONTRIBUABLE IMPOSÉ AU TAUX MAXIMUM ET UNE FIDUCIE TESTAMENTAIRE

Paliers de revenus	Intérêt	Dividende	
		adm.	n. adm.
	(a)	(b)	(c)
10 000	1 947	2 370	2 436
20 000	3 893	4 829	4 872
30 000	5 888	6 620	6 992
40 000	7 230	8 288	8 224
50 000	8 213	9 498	9 153
60 000	8 994	10 105	9 810
70 000	9 577	10 467	10 124
80 000	9 918	10 831	10 438
90 000	10 167	10 887	10 751
100 000	10 416	10 887	10 898
150 000	10 867	10 886	10 902
200 000	10 860	10 885	10 905
250 000	10 852	10 884	10 909

Les colonnes (a), (b) et (c) présentent, pour chaque catégorie de revenu définie, le différentiel d'impôt entre un contribuable imposé au taux supérieur et une fiducie testamentaire sans autre revenu par ailleurs.
Ainsi, le contribuable imposé au taux maximum paiera 1 947 $ d'impôt de plus annuellement sur un revenu d'intérêt de 10 000 $ que le ferait une fiducie testamentaire sans autre revenu par ailleurs qui recevrait la même somme.

ANNEXE 3.3

ÉCONOMIE D'IMPÔT ASSOCIÉE AU FRACTIONNEMENT DU REVENU ENTRE UN CONTRIBUABLE IMPOSÉ AU TAUX MAXIMUM ET UN CONTRIBUABLE SANS REVENU

Paliers de revenu	Intérêt	Dividende	
		adm.	n. adm.
	(a)	(b)	(c)
10 000	4 643	2 965	3 636
20 000	6 854	5 822	7 107
30 000	8 774	8 381	9 417
40 000	10 117	10 015	11 110
50 000	11 030	11 109	11 970
60 000	11 711	12 204	12 526
70 000	12 194	12 971	12 740
80 000	12 435	13 219	12 954
90 000	12 584	13 160	13 168
100 000	12 733	13 044	13 214
150 000	12 904	12 922	12 938
200 000	12 896	12 922	12 942
250 000	12 889	12 920	12 946

Les colonnes (a), (b) et (c) présentent, pour chaque catégorie de revenu définie, le différentiel d'impôt entre un contribuable imposé au taux supérieur et un mineur sans autre revenu par ailleurs.
Ainsi, le contribuable imposé au taux maximum paiera 4 643 $ d'impôt de plus annuellement sur un revenu d'intérêt de 10 000 $ que le ferait un contribuable sans autre revenu par ailleurs qui recevrait la même somme.

ANNEXES DE LA PARTIE 4

ANNEXE A

ARTICLE 8 ASSURANCE-VIE

8.1. La Compagnie devra souscrire auprès d'assureurs de bonne réputation, et maintenir en vigueur, une ou plusieurs polices d'assurance sur la vie de Jean et de . Le produit de la police d'assurance sur la vie de chacun de Jean et devra être d'un montant d'au moins deux million de dollars (2 000 000 $).

8.2. La Compagnie sera propriétaire de ces polices d'assurance-vie et est seule bénéficiaire du produit d'assurance. Elle ne peut transférer, racheter ou grever lesdites polices ni contracter un emprunt sur leur valeur de rachat sans le consentement écrit préalable des Actionnaires.

8.3. Tout produit d'assurance touché par la Compagnie sur la vie de Jean, doit être utilisé par la Compagnie pour acheter tout ou partie des Actions du Groupe Planifie, selon les modalités de la présente convention, selon la valeur des Actions.

8.4. Tout produit d'assurance touché par la Compagnie sur la vie de •, doit être utilisé par la Compagnie pour acheter tout ou partie des Actions de •, selon les modalités de la présente convention.

8.5. Suite au décès d'un de Jean ou •, la Compagnie doit encaisser dès que possible le produit des polices d'assurance émises sur la vie de l'individu décédé dont elle est le bénéficiaire, le cas échéant. Cependant, la Compagnie n'est pas tenue d'intenter des poursuites judiciaires afin de percevoir le produit de telles polices tant et aussi longtemps qu'elle n'a pas reçu des garanties suffisantes à l'égard de toutes dépenses et responsabilités pouvant être engagées à cette fin.

8.6. Le produit de l'assurance perçu par la Compagnie sur la vie de Jean doit être employé par la Compagnie, premièrement, afin de rembourser tous les frais et débours, y compris les frais judiciaires, qu'elle a engagés, le cas échéant, afin de percevoir ce produit d'assurance et, deuxièmement, afin de payer le prix d'achat des Actions détenues par le Groupe Planifie dans les quinze (15) jours de l'encaissement du produit d'assurance. Tout solde du produit d'assurance, s'il en est, est conservé par la société. Si aucun produit d'assurance ne peut être perçu ou si le montant qui peut être perçu par la

société est insuffisant pour payer le prix d'achat des Actions détenues par le Groupe Planifie, le prix d'achat ou son solde est payable en vingt (2) versements trimestriels égaux et consécutifs, sans intérêts.

8.7. Suite au décès de Jean, Groupe Planifie s'engage à vendre à la Compagnie et la Compagnie sera réputé avoir acheté pour annulation au prix établi conformément au paragraphe 0et la Compagnie s'engage à acheter auxdites conditions, la totalité des Actions de la Compagnie détenues par le Groupe Planifie à la date de son décès. La vente prévue aux présent paragraphe devra avoir été complétée au plus tard dans les trente jours de la réception du produit d'assurance par la Compagnie et la signature des documents constatant cette vente doit se faire dès que légalement possible suite au décès. Nonobstant ce qui précède, les Actionnaires conviennent expressément que jusqu'à la réalisation de la condition suspensive ci-dessus mentionnée, tous les droits, privilèges, conditions et restrictions afférents aux Actions continuent à être exercés exclusivement par leur détenteur enregistré du Groupe Planifie.

8.8. La Compagnie s'engage, sous réserve de son engagement de se conformer prioritairement en tout point aux prescriptions de la loi et de la réglementation fiscale si rapportant, à faire tous les choix et élection nécessaires, dans la forme prescrite, afin que le dividende présumé en raison de l'achat des Actions détenues par un Actionnaire décédé soit réputé provenir du produit de l'assurance-vie perçu par la Compagnie de telle sorte que le dividende soit réputé provenir du compte de dividende en capital de la Compagnie conformément aux dispositions du paragraphe 83(2) et du paragraphe 89(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (Canada) et des articles 502, 503 et 570 de la *Loi sur les impôts* (Québec) et de leurs règlements ou de tout autre disposition d'une loi fiscale qui peut s'avérer pertinente.

ARTICLE 9 VALEUR DES ACTIONS

9.1. Aux fins de la présente convention, la valeur des Actions Privilégiées de la Compagnie sera la somme de un dollar (1,00 $) et du montant de tout dividende déclaré mais non payé.

9.2. Aux fins de la présente convention, la valeur des actions ordinaires du capital-actions de la Compagnie (« Valeur des Actions Ordinaires ») sera établie de la façon suivante : au moins une fois par année, les Actionnaires établiront la Valeur des Actions Ordinaires et cette valeur sera alors valide pour les douze (12) mois suivants. Leur évaluation devra être présentée dans la forme prévue à l'Annexe « B » des présentes, datée et signée par tous les Actionnaires. Si les Actionnaires ne s'entendent pas sur la valeur des actions ordinaires, l'évaluation de la valeur des actions ordinaires sera confiée au dernier expert-comptable ayant été nommé par les Actionnaires pour la préparation des états financiers annuels de la Compagnie. L'évaluation ainsi faite par l'expert-comptable devra être communiqué par écrit aux Actionnaires dans un délai de quarante-cinq (45) jours à compter de la date à laquelle son intervention aura été requise par ces derniers. L'évaluation de l'expert-comptable sera finale et sans appel et liera les Actionnaires.

9.3. Si les Actionnaires omettent d'établir cette valeur pour une année donnée, la dernière valeur établie sera utilisée. Toutefois, dans le cas où aucune évaluation n'est faite pendant une période de deux (2) années consécutives, les parties visées par la vente et l'achat des Actions, leurs héritiers, représentants légaux, successeurs ou ayants droit conviendront de la Valeur des Actions Ordinaires à la date de la vente. Si dans les trente (30) jours suivant l'avis écrit d'un Actionnaire aux autres Actionnaires ils ne conviennent pas d'une telle valeur, elle sera établie en augmentant ou en diminuant la dernière Valeur des Actions Ordinaires alors fixée par l'augmentation ou la diminution, selon le cas, de la valeur comptable des Actions Ordinaires calculée à partir de la date à laquelle la dernière Valeur des Actions Ordinaires fut établie, jusqu'à la date pertinente. La valeur comptable des Actions Ordinaires à la date où la dernière valeur fut établie sera réputée être la valeur comptable desdites Actions Ordinaires à la fin de l'exercice financier de la Compagnie précédant immédiatement celui durant lequel la dernière valeur fut établie. La valeur comptable des Actions Ordinaires à la date pertinente sera réputée être la valeur comptable des Actions Ordinaires à la fin du mois qui précède immédiatement le mois durant lequel la date pertinente survient. La valeur comptable des Actions Ordinaires ne sera déterminée qu'à partir des états financiers de la Compagnie (internes, le cas échéant et préparés à cet effet afin de déterminer la valeur comptable des Actions Ordinaires à la date pertinente), et aucune

provision ne sera permise pour les passifs indéterminés, éventuels ou inconnus, ni pour l'achalandage, sauf si ces éléments apparaissent déjà aux états financiers pertinents de la Compagnie. Jusqu'à ce qu'une valeur soit établie, la Valeur des Actions Ordinaires sera présumée être celle reflétée dans l'annexe « B » aux présentes.

ANNEXE B

6. En plus de tous les autres pouvoirs conférés au fiduciaire par la loi, le fiduciaire a, par les présentes, le pouvoir, à son entière discrétion et en tout temps, et sans qu'il ait à obtenir le consentement ou l'intervention de l'un quelconque des bénéficiaires ou de toute autre personne ou autorité ou encore l'autorisation judiciaire, d'administrer les biens de la fiducie de quelque manière que ce soit et d'exercer tous les pouvoirs qu'une personne peut généralement exercer sur les biens dont elle est propriétaire. De plus et sans limiter l'étendue de ce qui précède, le fiduciaire a les pouvoirs suivants:

a) Se voir confier, réaliser, recevoir, retenir, recouvrer et convertir tout le capital de la fiducie et tous les biens pouvant être acquis par la fiducie, et vendre, louer, nantir, aliéner définitivement, hypothéquer, échanger, transiger, ou autrement disposer, de quelque façon que ce soit, la totalité ou toute partie du capital de la fiducie comme il le jugera nécessaire, aux prix et selon les modalités qu'il peut déterminer ou, s'il le juge à propos, s'abstenir de vendre, convertir ou autrement disposer de toute partie du capital de la fiducie;

b) Investir, de temps à autre, dans tout type de placement, ou s'abstenir de placer le solde du capital et des revenus de la fiducie dans des titres, placements, actions, qu'elles soient ordinaires, privilégiées ou autres, bons de souscriptions, obligations, débentures, lettres de change ou autres biens, meubles ou immeubles, que le fiduciaire, seul et à son entière discrétion, jugera adéquats, et sans aucune restriction quant à la nature, l'étendue, la forme et l'emplacement de tous les placements, les nouveaux placements et les échanges, et à telles fins, le constituant renonce spécifiquement, par les présentes, aux limitations, restrictions et obligations qui seraient imposées autrement au fiduciaire en vertu des articles 1339, 1340, 1341, 1343 et 1345 du Code civil du Québec ou de toute modification, variation ou de tout ajout subséquent audit Code civil du Québec ou de toute autre loi actuelle ou future au même effet, directement ou indirectement, par ses intentions et buts, de tout pays du monde;

c) Emprunter de l'argent pour la fiducie sans sûreté ou sur sûreté hypothécaire ou toute autre sûreté sur l'un quelconque des biens meubles ou immeubles de la fiducie et recevoir l'argent ainsi emprunté ou avancer de l'argent à la fiducie; rembourser le capital de l'argent ainsi emprunté, avec intérêt, à même les fonds de la fiducie, aux moments et selon les conditions qui peuvent être stipulées dans les documents établissant les termes de tout prêt visé par le présent paragraphe;

d) Mettre fin et dissoudre, de façon ordonnée et suivant les conditions du marché, toutes entreprises, associations, compagnies, conventions ou actions en instance ou toutes obligations qui pourraient le concerner par la suite; s'engager dans toutes activités, entreprises, promotions, compagnies, syndicats, entreprises conjointes ou associations dans tout pays du monde, que le fiduciaire, seul, peut juger souhaitables, et nommer tout avocat, mandataire ou représentant pour agir en son nom relativement à toutes telles activités, entreprises, promotions, compagnies, syndicats, entreprises conjointes ou associations, ou à toutes autres questions se rapportant à la fiducie;

e) Faire toutes les dépenses qu'il jugera nécessaires pour réparer, améliorer, construire ou reconstruire tout bien, meuble ou immeuble, de la fiducie;

f) Faire un compromis, régler, acquitter, traiter ou renoncer, en tout temps, à toutes créances dues à la fiducie ou par celle-ci, pour ou sans contrepartie, ou selon les termes qu'il peut, à son entière discrétion, juger avantageux;

g) Libérer, en totalité ou en partie, toutes hypothèques, tous privilèges ou toutes autres sûretés que peut détenir la fiducie, pour ou sans contrepartie, ou selon les termes qu'il peut, à son entière discrétion, juger avantageux;

h) Employer contre rémunération tous les services qu'il juge nécessaires relativement à toutes choses se rapportant à la conservation et à l'administration de la fiducie, et à la tenue des comptes, livres et dossiers de la fiducie;

i) Soumettre, à son choix et discrétion, toute question ou matière incertaine à l'arbitrage, aux conditions qu'il considérera justes, et se conformer à la décision de l'arbitre;

j) Déterminer, de temps à autre, les sommes en espèces, le capital, l'intérêt, les fruits, les revenus ou les revenus nets, et tout autre actif reçus ou distribués qui doivent être considérés ou traités, en totalité ou en partie, comme du capital, des revenus, des revenus nets, des fruits, de l'intérêt, ou comme une majoration du capital, des revenus, des revenus nets, des fruits ou de l'intérêt, et modifier sa décision de temps à autre;

k) Participer et consentir à la fusion, la réorganisation, la restructuration du capital, la reconstruction, la liquidation ou la dissolution de tout cabinet, compagnie, syndicat, entreprise, association ou société, ainsi qu'à la

subdivision des actions, obligations et autres titres qui peuvent constituer, en tout temps ou de temps à autre, la totalité ou une partie du capital de la fiducie, et consentir à toute réduction ou augmentation du capital ou autre proposition de quelque nature que ce soit relativement à telles actions, obligations ou autres titres qu'il jugera acceptables;

l) Signer tous actes, documents et autres documents écrits qui peuvent, en tout temps, être nécessaires ou souhaitables relativement à l'exécution de la fiducie, et en général, agir avec les pouvoirs les plus étendus dans l'administration, la conservation et l'exécution de la fiducie;

m) Voter en personne ou par procuration toutes actions, soit ordinaires, privilégiées ou autres, obligations, débentures et autres titres détenus par lui, signer et remettre toutes preuves, procurations, consentements et conventions d'organisation, de réorganisation ou de consolidation ou autres documents affectant tout titre détenu par lui, comme lui seul, à son entière discrétion, le jugera utile, et en général, faire et accomplir tous autres actes à cet égard qui, selon son bon jugement, sera au profit de la fiducie et dans le meilleur intérêt des bénéficiaires;

n) Effectuer toute division et tout partage de la fiducie et constituer les parts pour fins de distribution et de division entre les bénéficiaires, déterminer la nature et le l'emplacement de telles parts, ou accorder, de temps à autre, une valeur aux différents biens et placements de la fiducie qu'il jugera équitables, afin de déterminer la valeur de l'ensemble et des parts respectives de la fiducie, et ce, même si certains bénéficiaires sont des mineurs ou autrement incapables; régler tous legs en espèces ou toutes parts de la fiducie comme il le jugera juste et suffisant; et, dans la composition de toutes telles parts, inclure tous biens et placements de la fiducie ou toutes portions égales ou inégales de ceux-ci et les céder en paiement et en satisfaction de toutes telles parts de la manière et dans la mesure qu'il jugera équitables et dans l'intérêt de tous les bénéficiaires;

o) Déléguer, par écrit, le pouvoir de voter ou d'agir à l'égard de toute chose précise, le tout, cependant, sous réserve d'une révocation de la même manière;

p) Déterminer et régler toutes questions et matières incertaines qui peuvent survenir au cours de son administration, exécution, liquidation, partage, ou règlement de la fiducie, et en général, accomplir tous autres actes d'aliénation et autres actes de possession dans la même mesure et avec le même effet que s'il était propriétaire véritable des biens qui constituent la fiducie;

q) Employer contre rémunération les services de tout professionnel ou de toute autre personne et agir, à sa discrétion, selon les avis ou les renseignements obtenus d'un notaire, avocat, conseiller juridique, comptable, évaluateur, arpenteur géomètre, encanteur, ou autre expert, sans encourir aucune responsabilité pour toute perte résultant de l'observation ou de l'inobservation desdits avis et informations;

r) Constituer et organiser une ou des corporations dans lesquelles les bénéficiaires auront un intérêt, détenir tout bien quelconque de la fiducie et vendre ou transférer un tel bien auxdites corporations, au prix que le fiduciaire, à son entière discrétion, peut fixer, et ce, en échange d'actions, de titres et de preuves d'endettement de telles corporations, qu'ils fassent ou non l'objet d'une sûreté ou qu'ils portent ou non intérêt, dans la mesure où ces actions, titres et preuves d'endettement seront et feront partie de la fiducie;

s) Acheter ou garder comme placement de la fiducie une propriété immobilière pour fins de résidence de tout bénéficiaire, comme alternative au placement en vue d'un revenu pour tel bénéficiaire, et également comme placement pour payer toute hypothèque sur une telle propriété immobilière, ou pour faire les améliorations ou les réparations qui sont nécessaires pour conserver sa valeur;

t) Déterminer la valeur de la totalité ou d'une partie de la fiducie, dans le but de faire toutes divisions, mises-de-côté ou tous paiements de toute part ou de tout intérêt dans celle-ci, et dans le but de faire la division et la mise-de-côté ou le paiement, en totalité ou en partie, des biens constituant la fiducie au moment de telles divisions, mises-de-côté ou de tels paiements, sans obligation quelle qu'elle soit de donner à chaque bénéficiaire une part proportionnelle de tout bien ou placement;

u) Faire ou ne pas faire de choix, de détermination ou de désignation, conformément aux dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (Canada), la *Loi sur les impôts* (Québec), ou toute autre loi fiscale, que ceci ait ou non pour effet d'avantager un ou plusieurs des bénéficiaires au détriment d'un ou de plusieurs autres bénéficiaires, et même si, n'eût été ce qui précède, cette action est considérée comme un manque d'impartialité du fiduciaire quant à son devoirs en vertu des présentes ou comme n'étant pas équitable entre les bénéficiaires, l'exercice de cette discrétion liera tous les bénéficiaires. Cependant, tous tels choix, déterminations ou désignations aux fins de l'impôt ne constitueront pas ou ne seront pas présumer constituer l'exercice par le fiduciaire d'un pouvoir discrétionnaire qui lui est accordé en vertu des présentes afin de distribuer des revenus ou du capital de la fiducie. Advenant

que le présent acte doit être interprété par toutes personnes, fonctionnaires, autorités, cours ou tribunaux, l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré au fiduciaire devra être interprété de la façon la plus large et libérale possible.

ÉTUDE DE CAS 2

PROTECTION DU PATRIMOINE : FIDUCIES ET AUTRES STRATÉGIES

Coordonnatrice
Natasha Girouard
Associée, notaire, DESS fisc.
BCF s.e.n.c.r.l.

Hubert Sibre
Associé, avocat
BCF s.e.n.c.r.l.

Pierre Fleury
CA, M. Fisc.
Petrie Raymond
s.e.n.c.r.l

Philippe Jordan
CMA, CIRP
Samson Bélair
Deloitte & Touche
s.e.n.c.r.l.

Geneviève Leblanc
Notaire, DESS fisc.
Groupe Fonds des
professionnels inc.

TABLE DES MATIÈRES

1. LA PROTECTION D'ÉLÉMENTS D'ACTIF 55:5

1.1. CONTEXTE DE LA MISE EN PLACE D'UNE STRUCTURE DE PROTECTION D'ACTIFS 55:5

2. PRÉSENTATION DU CAS 55:5

2.1. FAITS DU CAS 55:5
2.1.1. Actifs de M. Labolle 55:6
2.1.2. Situation familiale de M. Labolle 55:7
2.1.3. Aspects à analyser 55:8
2.1.4. Structure 55:9
2.2. OBJECTIFS VISÉS PAR LE CLIENT 55:10

3. SOLUTIONS POSSIBLES 55:10

3.1. CRITÈRES DÉTERMINANT LE CHOIX DES MÉTHODES RETENUES 55:10
3.2. TECHNIQUES SIMPLES 55:10
3.3. TECHNIQUES PLUS SOPHISTIQUÉES 55:11
3.4. LA FIDUCIE CONSTITUÉE AU QUÉBEC 55:11
3.5. PROTECTION MATRIMONIALE 55:16
3.5.1. Protection contre le conjoint actuel 55:16
3.5.2. Protéger les descendants à l'encontre de leurs conjoints 55:17

4. SOLUTIONS RETENUES POUR LE CAS DE M. LABOLLE 55:17

4.1. ÉTAPE 1 : RESTRUCTURATION CORPORATIVE 55:17
4.2. ÉTAPE 2 : INCORPORATION DE LABOLLE + ... 55:17
4.3. ÉTAPE 3 : TRANSFERT D'ACTIONS AMÉRICAINES À GESTION 55:18
4.3.1. Assujettissement à l'impôt successoral américain 55:19
4.3.2. Calcul des droits successoraux américains 55:20
4.3.3. Déduction de l'impôt successoral américain à l'encontre de l'impôt canadien 55:23
4.3.4. Application au cas de M. Labolle 55:24
4.4. ÉTAPE 4 : CRISTALLISATION ET PURIFICATION 55:26
4.4.1. Tests pour les sociétés 55:27
4.4.2. Choix entre protection et multiplication de la DGC 55:30
4.4.3. Impôt de la Partie IV L.I.R. 55:33
4.5. ÉTAPE 5 : CRÉATION D'UNE FIDUCIE DE GEL 55:35

4.5.1. Qu'est-ce qu'une fiducie de gel? 55:35
4.5.2. Fiducie discrétionnaire 55:39
4.5.3. Importance du choix des fiduciaires 55:40
4.5.4. Choix du constituant 55:41
4.5.5. Choix des bénéficiaires 55:41
4.5.6. Avantages du gel successoral et limites de protection du gel 55:41
4.6. ÉTAPE 6 : CRÉATION D'UNE FIDUCIE FAMILIALE DISCRÉTIONNAIRE 55:42
4.6.1. Biens à transférer à la Fiducie familiale Labolle 55:43
4.6.2. Stipulations à l'acte de fiducie 55:43
4.6.3. Droits de mutation 55:44
4.6.4. Application du paragraphe 75(2) L.I.R. 55:45
4.6.5. Résidence principale détenue par la fiducie 55:46
4.6.6. Règle des 21 ans 55:50
4.6.7. Règles d'attribution 55:51
4.7. ÉTAPE 7 : CRÉATION D'UNE SOCIÉTÉ EN COMMANDITE 55:63
4.7.1. La société de personnes 55:63
4.7.2. Transfert de la propriété de San Francisco 55:76
4.8. ÉTAPE 8 : CRÉATION D'UNE FIDUCIE DE PROTECTION D'ACTIFS POUR SOI 55:77
4.8.1. Mise en place de la fiducie pour soi 55:84
4.8.2. Polices d'assurance vie avec valeur de rachat 55:85

5. SITUATION FINALE DE M. LABOLLE 55:85

5.1. ASPECTS PRATIQUES 55:86
5.2. BILAN DE M. LABOLLE 55:87

6. FAIRE AFFAIRE AVEC UN SYNDIC 55:87

6.1. QU'EST-CE QU'UN SYNDIC? 55:87
6.1.1. Conseiller financier 55:88
6.1.2. Officier de la Cour 55:88
6.2. LE SYNDIC DANS UN CONTEXTE DE PROPOSITION 55:88
6.3. LE RÔLE DU SYNDIC DANS UN CONTEXTE DE FAILLITE 55:89

7. LES CHOIX AFFÉRENTS AU CONSOMMATEUR 55:90

7.1. LES CAUSES FRÉQUENTES D'INSOLVABILITÉ PERSONNELLE 55:90
7.2. LA PROPOSITION DE CONSOMMATEUR 55:91
7.3. LA FAILLITE DE CONSOMMATEUR 55:92

8. CHANGEMENTS PROPOSÉS SOUS PEU AUX DIVERSES LOIS SUR L'INSOLVABILITÉ 55:92

9. L'INSAISISSABILITÉ DES BIENS AU QUÉBEC 55:93

10. DISPOSITIONS ET TRAITEMENTS PRÉFÉRENTIELS 55:94

11. L'INSAISISSABILITÉ DES REÉR 55:95

ANNEXE A 55:96

ANNEXE B 55:98

ANNEXE C 55:100

ANNEXE D 55:102

ANNEXE E 55:104

ANNEXE F 55:106

ANNEXE G 55:108

ANNEXE H 55:110

1. LA PROTECTION D'ÉLÉMENTS D'ACTIF

1.1. CONTEXTE DE LA MISE EN PLACE D'UNE STRUCTURE DE PROTECTION D'ACTIFS

De plus en plus de propriétaires, de dirigeants d'entreprise et d'administrateurs consultent dans le but de protéger leurs avoirs. Les responsabilités personnelles de l'administrateur ont augmenté (retenues à la source (ci-après « RAS »), taxes à la consommation, lois environnementales, salaires impayés des six derniers mois de leurs employés avant une faillite, la venue des pénalités aux tiers, les cautions personnelles exigées par les institutions financières). Qui aurait intérêt à se protéger à l'encontre de créanciers éventuels? Notons les conseillers en valeurs mobilières, les conseillers en fiscalité, les planificateurs financiers, les avocats, les notaires, les comptables, les entrepreneurs et les administrateurs.

2. PRÉSENTATION DU CAS

2.1. FAITS DU CAS

L'un de vos associés, M[e] Paul Clairvoyant, vous a demandé de rencontrer un client de longue date, M. Labolle, avec lequel il s'est lié d'amitié. M. Labolle, âgé de 52 ans, dirige une importante firme canadienne d'actuaires-conseils qui a pignon sur rue dans les grandes villes canadiennes, laquelle a également des affiliations internationales. M. Labolle a en quelque sorte révolutionné l'actuariat au cours des 10 dernières années en développant des méthodes nouvelles.

M[e] Clairvoyant tente depuis quelques années de convaincre M. Labolle de mettre en place une stratégie de protection du patrimoine. En effet, M. Labolle a accumulé des biens d'une valeur importante comme en fait foi son bilan personnel à l'annexe A. M. Labolle est associé principal de Bolléplus+ s.e.n.c.r.l. (ci-après « Bolléplus+ »)[1] et détient une participation de 11 % dans cette société. Bolléplus+ rend des services d'actuariat à une grande variété de clients. Le contrat de société a été revu récemment lors de la transformation de la société de personnes en société en nom collectif à responsabilité limitée.

---

[1] Voir l'état financier de Bolléplus+ s.e.n.c.r.l. à l'annexe F.

2.1.1. Actifs de M. Labolle

M. Labolle détient 10 % des actions participantes de Bolléplus++ inc. (ci-après « Bolléplus++ »)[2], une société qui rend des services de gestion à Bolléplus+. Les autres actionnaires de Bolléplus++ sont des associés de Bolléplus+, comme M. Labolle; une convention régit les relations entre les actionnaires de Bolléplus++. M. Labolle a donné des garanties personnelles pour Bolléplus+ et Bolléplus++.

En plus de ses participations, M. Labolle détient 100 % des actions participantes de Labolle+ inc. (ci-après « Labolle+ »)[3]. Cette dernière société reçoit des honoraires de gestion de Bolléplus+ pour les services rendus par M. Labolle. Labolle+ réclame la déduction accordée aux petites entreprises (ci-après « DPE »).

Aussi, M. Labolle détient une participation de 100 % dans Gestion Labolle inc. (ci-après « Gestion »)[4], une société de portefeuille. Également, M. Labolle détient personnellement un portefeuille d'actions canadiennes et américaines.

M. Labolle détient deux polices d'assurance vie universelle qui lui ont permis d'accumuler des sommes à l'abri de l'impôt; son épouse, Jeanne Ledroit, en est la bénéficiaire. M. Labolle détient également des polices d'assurance vie temporaire pour une couverture de 3 M$ en cas de décès et sa succession en est bénéficiaire.

M. Labolle possède plusieurs résidences dont 50 % d'une maison à Outremont. De plus, il a acquis la maison de ses parents, il y a de cela plusieurs années, pour qu'ils puissent monnayer leur résidence. Un droit d'habitation leur a été accordé, leur vie durant. Depuis, le père de M. Labolle est décédé et sa mère est désormais seule à habiter la maison. Certaines des résidences sont hypothéquées. M. Labolle a décidé de joindre l'utile à l'agréable en faisant l'acquisition d'une résidence à San Francisco puisqu'il s'y déplace régulièrement pour réaliser des contrats importants. Il a fait de même à Vancouver où sa firme a un bureau. Finalement, M. Labolle a acquis un condominium au Mont-Tremblant où le marché est cependant moins favorable pour la revente de condos usagés.

---

2 Voir l'état financier de Bolléplus++ inc. à l'annexe E.

3 Voir l'état financier de Labolle+ inc. à l'annexe D.

4 Voir l'état financier de Gestion Labolle inc. à l'annexe C.

M. Labolle est devenu un véritable virtuose au fil des ans. Il aurait pu devenir un violoniste de concert s'il n'avait pas choisi la profession d'actuaire. Il a acquis un violon Stradivarius lors d'une occasion pour 95 000 $ et l'instrument a une juste valeur marchande (ci-après « JVM ») de 300 000 $.

De plus, M. Labolle possède une cave à vin comprenant de bonnes bouteilles qu'il a accumulées lors de différents voyages autour du globe. Une grande partie du sous-sol de la résidence d'Outremont est occupée par la cave à vin.

Outre cela, M. Labolle possède un voilier qui est amarré dans le port de Québec et est prêt à appareiller.

M. Labolle utilise une BMW tandis que son épouse conduit une Toyota Sienna. Chacun est propriétaire de son véhicule, mais il y a des soldes à payer. M. Labolle possède également une Honda Civic qu'il utilise lorsqu'il est à Vancouver.

M. Labolle a un régime enregistré d'épargne-retraite (ci-après « REÉR ») et un régime de retraite individuel (RRI) auquel sa firme contribue.

2.1.2. Situation familiale de M. Labolle

Tout allait pour le mieux pour M. Labolle jusqu'il y a de cela 10 mois environ. Il habitait, avec sa femme Jeanne Ledroit âgée de 47 ans et leur fils de 15 ans, une maison cossue d'Outremont. Ce n'était plus le grand amour entre les deux tourtereaux mais néanmoins une grande complicité unissait le couple marié selon le régime de la société d'acquêts. M^{me} Ledroit est avocate auprès d'un grand bureau et on retrouve son bilan à l'annexe B.

Lors d'une soirée d'affaires bien arrosée à Vancouver, M. Labolle, plutôt bel homme, s'est retrouvé en charmante compagnie d'une jeune et brillante actuaire de sa firme, Cynthia Ladouce, âgée de 31 ans, avec laquelle il travaillait sur un important mandat. Ce qui ne devait pas arriver arriva : ce fut la rencontre de deux actuaires passionnés. Cinq semaines après cette soirée mémorable, M^{me} Ladouce annonçait à M. Labolle qu'elle était enceinte.

M. Labolle prit le taureau par les cornes et annonça la nouvelle à M^{me} Ledroit. Il a été décidé, d'un commun accord, qu'il quitte la résidence

familiale d'Outremont pour s'installer à l'hôtel. Après quelques semaines, M. Labolle a emménagé avec M^me^ Ladouce dans l'appartement de celle-ci.

M^me^ Ladouce a un fils de cinq ans d'une union de fait précédente et terminée depuis plus de deux ans. M. Labolle et M^me^ Ladouce se sont installés dans une nouvelle maison de l'Île-des-Sœurs en prévision de la naissance de leur fille. La nouvelle maison est louée. M^me^ Ladouce a décidé de mettre temporairement sa carrière en veilleuse pour passer plus de temps avec sa fille et son fils.

M. Labolle vous a fait part que M^me^ Ladouce voudrait qu'il l'épouse pour régulariser leur situation et qu'il lui assure une sécurité financière. Pour ce faire, il doit d'abord divorcer d'avec M^me^ Ledroit.

2.1.3. Aspects à analyser

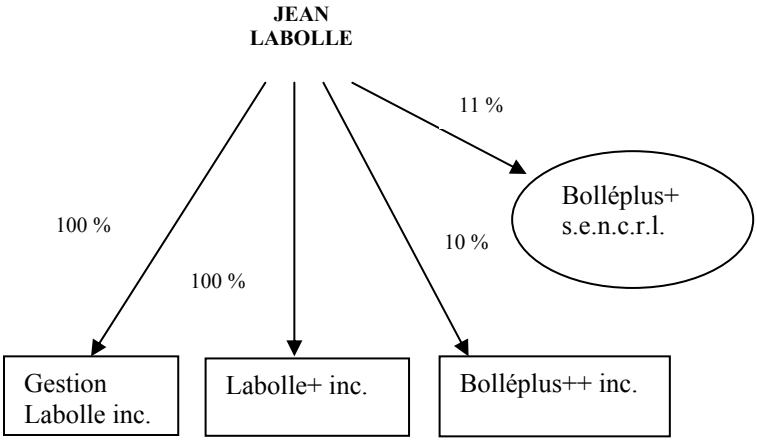
M. Labolle vous demande d'examiner les conséquences d'un divorce ainsi que les précautions à prendre s'il se remariait. De quelle façon peut-il assurer une sécurité financière à M^me^ Ladouce et à sa nouvelle famille?

M. Labolle voyage beaucoup et est conscient des risques que tout cela entraîne, surtout depuis septembre 2001. Il veut se protéger ainsi que protéger les membres de sa famille.

M. Labolle a un testament et un mandat en cas d'inaptitude qui devront être révisés.

Un autre de vos associés, M^e^ Luc Leplaideur, est impliqué dans de difficiles négociations depuis six mois environ avec un gros client de Bolléplus+ qui compte poursuivre cette dernière en justice s'il n'obtient pas un dédommagement important. M. Labolle est convaincu que les parties vont régler hors cour mais il est quand même inquiet des conséquences ou des risques de cette poursuite commerciale. Y a-t-il des actions à poser dans l'immédiat pour améliorer la protection des actifs personnels et commerciaux de M. Labolle?

2.1.4. Structure



- Gestion détient les placements de M. Labolle.

- Labolle+ est une société opérante qui reçoit des honoraires de gestion de Bolléplus+ pour les services rendus par M. Labolle.

- Bolléplus++ est une société de gestion qui rend des services à Bolléplus+. M. Labolle détient une participation de 10 %.

- Bolléplus+ effectue des services d'actuariat. M. Labolle détient une participation de 11 %.

- M. Labolle a un solde non utilisé de déduction pour gains en capital (ci-après « DGC ») sur des actions admissibles de petite entreprise (ci-après « AAPE ») de 400 000 $.

- Le solde de pertes nettes cumulatives sur placements (ci-après « PNCP ») de M. Labolle à la fin de l'année précédente est négatif.

- De plus, M. Labolle n'a jamais réclamé de perte au titre de placement d'entreprise (ci-après « PTPE ») qui réduirait la DGC.

- M. Labolle détient ses actions de Labolle+ et Bolléplus++ depuis plus de 24 mois.

2.2. OBJECTIFS VISÉS PAR LE CLIENT

M. Labolle désire se protéger à l'encontre de créanciers potentiels liés à son entreprise (c'est-à-dire des clients insatisfaits) ainsi que de toute responsabilité personnelle liée à son rôle d'administrateur. Toute transaction proposée devra tenir compte du fait qu'il souhaite éviter à tout prix le paiement d'un impôt. Sa situation familiale avec sa nouvelle conjointe M^{me} Ladouce le préoccupe et il désire assurer la sécurité financière de cette nouvelle famille. Finalement, il aimerait protéger sa famille en cas de décès accidentel ou d'inaptitude.

3. SOLUTIONS POSSIBLES

3.1. CRITÈRES DÉTERMINANT LE CHOIX DES MÉTHODES RETENUES

Avant même de pouvoir proposer à un client comme M. Labolle de recourir à une stratégie de protection d'éléments d'actif, il importe de connaître la situation familiale, matrimoniale, financière du client et de sa famille, ses objectifs et ses désirs, ses craintes et ses limites. Pour ce faire, il faut poser des questions, des questions et encore des questions. Et plusieurs critères sont à soupeser : l'âge du client (notamment s'il a moins de 65 ans) et des membres de sa famille, son état civil et son régime matrimonial, le type de biens qu'il possède (générateurs de revenus ou non), la plus-value accumulée sur ces biens, la possibilité pour le client de pouvoir accéder facilement à des liquidités. Il faut aussi évaluer si le client est prêt à offrir la croissance future de l'entreprise qu'il possède à d'autres, par exemple aux membres de sa famille ou à des employés clés, déterminer le niveau de contrôle qu'il désire conserver, la possibilité pour lui de pouvoir fractionner les revenus avec les membres de sa famille, connaître la philosophie et la dynamique de l'entreprise du client et toute situation particulière concernant un membre de sa famille (handicap, dépendance). Ce n'est qu'une fois que le portrait global du client est établi qu'un conseiller est susceptible de proposer une structure de protection d'actifs taillée sur mesure pour son client.

3.2. TECHNIQUES SIMPLES

Avant même d'envisager l'une ou l'autre des techniques plus sophistiquées de protection d'éléments d'actif, il convient d'envisager des techniques plus simples qui peuvent tout de même avoir leur efficacité dans certains cas. On pense en premier lieu à la détention de biens par des membres de la famille du client, le conjoint, un enfant ou une autre personne. Cette détention peut résulter d'une vente directement à un membre de la

famille du client ou encore d'une donation entre vifs effectuée par le client. La planification impliquant une donation de biens en faveur d'un membre de la famille doit toujours être analysée en tenant compte des impacts fiscaux pouvant en découler. Toutefois, on imagine facilement le résultat désastreux du décès ou de l'inaptitude du détenteur du bien si cette situation n'a pas été prévue à l'avance. Également, la planification successorale du client devrait être ajustée en tenant compte de cette détention par une autre personne que le défunt, l'équilibre de la planification successorale serait sans doute mis en péril. C'est pourquoi la détention par une entité juridique ayant une durée de vie illimitée ou presque, telle une société, est certes une solution plus prévisible. Ainsi, il est de plus en plus fréquent que des sociétés soient constituées pour détenir des actifs. Une société dite de portefeuille (communément appelée un holding) peut également servir à extraire des surplus de liquidités d'une société opérante afin de les isoler contre d'éventuels recours de créanciers de la société opérante.

3.3. TECHNIQUES PLUS SOPHISTIQUÉES

Les inconvénients reliés à ces techniques simples ont rapidement permis de développer d'autres avenues pour atteindre des objectifs de protection d'actifs. La venue du nouveau *Code civil du Québec*[5] a grandement contribué à l'évolution des planifications utilisant la fiducie. En effet, la fiducie du Québec est utilisée autant à des fins de gel successoral, pour pallier une détention de biens dans le cadre d'une incapacité prévue, qu'à des fins de protection d'actifs, et pour bien d'autres motifs.

3.4. LA FIDUCIE CONSTITUÉE AU QUÉBEC

Tout d'abord, la création d'une fiducie discrétionnaire est une option intéressante lorsqu'un des objectifs est la protection des éléments d'actif. En effet, cette entité procure non seulement une protection à l'encontre des créanciers du client mais également à l'encontre des créanciers des autres bénéficiaires de la fiducie. Sur le plan fiscal, on entend par « fiducie » une fiducie au sens civil du terme; en l'espèce, il faut se référer au *Code civil du Québec* pour définir ce que constitue une fiducie au sens fiscal[6]. La fiducie telle qu'on la connaît en vertu du Code civil stipule qu'il s'agit d'un

---

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

6 *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), 5e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »), par. 104(1).

patrimoine autonome et distinct affecté à une fin déterminée[7]. Une fiducie est un véhicule juridique dont les règles sont donc codifiées en vertu du Code civil[8]. Il s'agit ici de constituer un patrimoine fiduciaire ayant un ou plusieurs objectifs déterminés (par exemple détenir des placements, des actions, un immeuble résidentiel pour l'usage des bénéficiaires de la fiducie ainsi que conserver ce bien pour leur seul bénéfice) qu'un ou que plusieurs fiduciaires accepteront de détenir et d'administrer[9]. Cette fiducie se qualifierait de fiducie personnelle[10] (à titre gratuit) puisqu'elle est généralement créée au bénéfice de membres d'une même famille et de leurs descendants.

Les acteurs qui entourent la fiducie sont le constituant, celui qui décide de créer la fiducie et de lui donner une vocation, le ou les fiduciaires, soit celui ou ceux qui se chargent de l'administrer, et le ou les bénéficiaires qui profitent soit du revenu de la fiducie, soit du capital, soit des deux. Mentionnons que la croyance populaire voulant que la durée de vie d'une fiducie soit de 100 ans est erronée. Effectivement, il est spécifiquement prévu à l'article 1271 C.c.Q. que la fiducie ne peut avoir plus de deux ordres successifs de bénéficiaires du revenu et un ordre de bénéficiaire du capital. Si des ordres de bénéficiaires supplémentaires sont prévus à l'acte de fiducie, ils n'auront pas effet et ces bénéficiaires subséquents ne pourront recevoir quelque bénéfice que ce soit de la fiducie[11]. Par exemple, une fiducie peut être constituée dans un premier temps pour le bénéfice du conjoint (premier ordre de bénéficiaire du revenu), dans un second temps pour le bénéfice des enfants au premier degré (deuxième ordre de bénéficiaire du revenu) et finalement la remise du capital sera effectuée en faveur des petits-enfants (bénéficiaires du capital). En pratique, cette règle ne semble pas très connue et il faut donc être attentif à la rédaction de l'acte de fiducie afin d'assurer le respect de cette exigence légale.

Mentionnons également que le droit du bénéficiaire de premier ordre ne peut s'ouvrir plus de 100 ans à la suite de la constitution de la fiducie et qu'alors, les ordres subséquents de bénéficiaires ne pourront s'ouvrir qu'au profit de bénéficiaires ayant la qualité requise pour recevoir à l'expiration de

---

7 Art. 1261 C.c.Q. Dans le présent texte, nous faisons référence à une fiducie personnelle (à titre gratuit) selon l'article 1267 C.c.Q.

8 Art. 1260 à 1298 C.c.Q.

9 Art. 1260 C.c.Q.

10 Art. 1267 C.c.Q.

11 Art. 1271 C.c.Q.

ce délai de 100 ans. Si une société est bénéficiaire de la fiducie, alors son droit de bénéficiaire est limité à une durée de 100 ans[12].

Cette entité légale est ainsi distincte des bénéficiaires, des fiduciaires et du constituant de la fiducie et c'est ce qui en fait son principal attrait lorsqu'il est question de stratégies pour préserver et protéger des éléments d'actif contre les recours de créanciers éventuels.

Il existe un avantage indéniable d'utiliser à des fins de protection d'actifs une fiducie québécoise régie par le Code civil plutôt qu'un trust de common law : on reconnaît à la fiducie québécoise un patrimoine d'affectation distinct de celui du constituant, des fiduciaires et des bénéficiaires sur lequel aucun d'entre eux n'a de droit réel[13]. Il s'agit donc d'un patrimoine d'affectation autonome et distinct constitué pour une fin déterminée à l'acte constitutif de la fiducie. Le patrimoine ne s'appuie pas sur l'existence d'une personne mais bien sur l'affectation d'une masse de biens à un but spécifique; le patrimoine fiduciaire existe par lui-même, sans nécessité de support, et indépendamment de tout sujet de droit[14]. C'est donc cette caractéristique unique de la fiducie constituée en vertu du *Code civil du Québec* qui fait tout son charme et qui attire tant : son autonomie distincte des divers acteurs qui la concernent. De plus, la fiducie québécoise se démarque du trust de common law en raison de la non-application, à son égard, des principes d'interprétation issus de l'affaire *Saunders* c. *Vauthier*[15]. Cette cause a établi et permis que celui qui détient le *beneficial interest* (le droit à la jouissance des biens) de la fiducie puisse, pourvu qu'il soit majeur et capable, y mettre fin prématurément sans égard à la volonté du fiduciaire et du constituant. Avec le temps, la portée de la règle issue de cette vieille cause a été élargie de sorte qu'actuellement, si tous les bénéficiaires majeurs et capables d'une fiducie détenant le *beneficial interest* de celle-ci décident de mettre fin à une fiducie, cette dernière sera liquidée et les biens formant le capital de la fiducie seront remis en mains propres aux bénéficiaires. On comprend ainsi l'impact qu'a cette règle lorsqu'il s'agit d'une fiducie constituée en vue de protéger les éléments d'actif de créanciers éventuels et qu'il est ainsi fort souhaitable que ce principe ne s'applique point en faveur des fiducies constituées et régies par les règles du *Code civil du Québec*. En

---

12 Art. 1272 C.c.Q.

13 Art. 1261 C.c.Q. Pour une étude plus approfondie, voir Jacques BEAULNE, *Droit des fiducies*, La Collection Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998.

14 J. BEAULNE, *op. cit.*, note 13, par. 45.

15 (1841) 4 Beav. 115, aff'd. Cr. and Ph. 240; 41 E.R. 482.

effet, il appert clairement des textes issus de l'Office de la révision du *Code civil du Québec*, lorsqu'il est question des articles 1294 et 1296 C.c.Q., que cette règle de common law n'a pas été retenue pour s'appliquer à nos fiducies.

La forme que doit revêtir l'acte constitutif de la fiducie (notariée ou sous seing privé) est une autre question qui mérite d'être abordée brièvement. Tout d'abord, l'article 1824 C.c.Q. peut certes nous guider dans la détermination de la forme de l'acte à privilégier. Ainsi, s'il s'agit d'un don, par le constituant, d'un bien meuble ou immeuble, la forme notariée est à respecter, de même que la publication au registre approprié. Le don manuel emportant la délivrance et la dépossession immédiate du bien meuble est l'exception à ce principe et ne requiert donc pas de revêtir la forme notariée. C'est pourquoi le don d'un billet de 20 $ ou d'un lingot d'argent, par exemple, peut être une option intéressante pour la constitution d'une fiducie puisque cela simplifie la forme de l'acte constitutif et les exigences de publication requises. Toutefois, dans un contexte de mise en place d'une structure de protection d'éléments d'actif, on ne saurait trop insister sur l'importance de créer une fiducie sous la forme notariée afin de bénéficier du statut d'authenticité qui lui est liée. En effet, l'acte constitutif notarié d'une fiducie entre vifs permet d'attester de la pleine capacité de donner du constituant, de son identité, de celle des fiduciaires ayant accepté leur rôle, de même que de la date de constitution de la fiducie. Dans un contexte d'insolvabilité, la date de la constitution d'une fiducie est sans aucun doute primordiale.

Une autre particularité à porter à votre attention lorsqu'il est question de fiducie de protection d'actifs se présente généralement lorsque le client peut cumuler les fonctions de constituant, fiduciaire et/ou bénéficiaire de la fiducie. L'article 1275 C.c.Q. exige la présence d'un cofiduciaire qui ne soit ni constituant, ni bénéficiaire de la fiducie. Cette particularité est importante à respecter afin d'assurer la validité de la fiducie et des décisions prises par les fiduciaires. L'affaire *Spicer (Succession)* c. *Boyer-Richard*[16] a récemment élargi les conditions d'application de cet article de loi, en plus de confirmer le caractère d'ordre public de l'article 1275 C.c.Q. Le constituant d'une fiducie ne peut donc pas écarter l'application de cet article en exprimant une volonté contraire dans l'acte constitutif de la fiducie. Il faut toutefois remarquer que dans cette affaire, le testament avait été rédigé selon le *Code civil du Bas-Canada* et conséquemment, l'exigence de l'article 1275 C.c.Q. n'existait pas encore. Le jugement de cette cause constitue, à notre

---

[16] C.S. Montréal, n° 500-14-021797-030, 29 avril 2004, j. Hurtubise.

avis, un précédent plutôt dangereux en ce sens qu'il semble exiger la présence d'un fiduciaire complètement impartial et totalement désintéressé alors que le libellé de l'article de loi n'est pas à cet effet et ne reprend pas du tout de tels termes. En effet, dans cette affaire, la Cour a refusé de nommer la fille du défunt, la requérante, à titre de cofiduciaire de la fiducie testamentaire constituée exclusivement au bénéfice de la conjointe du défunt. La fiducie testamentaire créée prévoyait que la conjointe du défunt était la seule bénéficiaire des revenus sa vie durant et qu'à son décès, les petits-enfants du défunt étaient les bénéficiaires du capital de la fiducie. La Cour a rejeté la requête de la fille du défunt, la mère des bénéficiaires éventuels du capital, malgré le fait que cette dernière ne soit ni bénéficiaire du revenu de la fiducie, ni bénéficiaire du capital de la fiducie. Ainsi, la Cour semble justifier son refus du fait que la requérante, en raison de son rôle de tutrice des enfants mineurs qui sont les bénéficiaires éventuels du capital de la fiducie, n'est pas totalement impartiale et désintéressée. D'ailleurs, les commentaires du ministre de la Justice[17] quant à cet article de loi, bien qu'ils fassent référence à la présence d'un fiduciaire impartial pour le respect de l'article 1275 C.c.Q., reconnaissent clairement la possibilité de nommer un fiduciaire qui est conciliant envers les besoins du constituant ou du bénéficiaire de la fiducie. De par la terminologie utilisée dans le texte de loi, le législateur préconise donc un minimum d'objectivité, plutôt qu'une objectivité totale. Il est d'autant plus surprenant de constater que le juge Hurtubise, après avoir décidé de nommer le comptable pour agir à titre de cofiduciaire avec M^me^ Boyer-Richard, la conjointe du défunt, à la recommandation de celle-ci, accorde même à cette dernière une voix prépondérante en cas de désaccord avec ce cofiduciaire. Ainsi, comme le mentionne un auteur, « [l]'art[icle] 1275 C.c.Q. aurait dû permettre la nomination d'un second fiduciaire afin de veiller principalement à la protection des intérêts des petits-enfants afin "d'équilibrer" la situation »[18].

Un autre aspect pratique à connaître lors de la création d'une fiducie à des fins de détention de biens en lieu et place d'un individu est celui de la reconnaissance de la validité de ce véhicule juridique. Certaines institutions financières voudront en effet obtenir un avis du conseiller juridique de la fiducie avant de procéder à l'ouverture du compte bancaire, d'une marge de

---

17 *Code civil du Québec – Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, Québec, Les Publications du Québec, 1993, p. 759.

18 Charles C. GAGNON, « Jusqu'où doit aller l'indépendance du fiduciaire? Analyse critique de l'arrêt *Spicer (Succession)* c. *Boyer-Richard* », dans *Colloque – Les fiducies*, 159, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2006, pp. 2:1-9, à la page 2:7.

crédit ou au transfert d'un emprunt hypothécaire. Elles exigent ainsi généralement les informations suivantes : la confirmation de la date de constitution de la fiducie, du nom de la fiducie, des noms du constituant et des fiduciaires en fonction ainsi que de l'existence d'une clause de délégation des pouvoirs bancaires, s'il y a lieu.

Les fiduciaires agissent à titre d'administrateurs du bien d'autrui, c'est-à-dire qu'ils gèrent des biens qui ne leur appartiennent pas. Le *Code civil du Québec* prévoit certaines règles précises visant à compléter les instructions édictées à l'acte de fiducie[19].

Un inconvénient majeur relié aux fiducies est la modification des termes de la fiducie. En effet, l'article 1294 C.c.Q. prévoit que seul un tribunal peut modifier un acte de fiducie. De là l'importance de la rédaction permettant une certaine flexibilité. Par exemple, les règles de la faculté d'élire du *Code civil du Québec* permettent au constituant d'accorder le pouvoir à un fiduciaire ou à une autre personne d'élire un ou des bénéficiaires et d'établir leurs parts dans les biens de la fiducie. C'est le mécanisme qui est utilisé pour les fiducies discrétionnaires.

3.5. PROTECTION MATRIMONIALE

3.5.1. Protection contre le conjoint actuel

L'utilisation de la fiducie afin de protéger les actifs doit toujours être analysée en tenant compte de la situation matrimoniale du client. Sur le plan légal, il est primordial d'obtenir le consentement du conjoint lorsque le bien à être transféré fait partie des acquêts du client[20]. Il est également important de noter que les tribunaux ont déjà rendu jugement concernant un transfert de bien faisant partie du patrimoine familial en faveur d'une fiducie[21]. En effet, un transfert de bien faisant partie du patrimoine familial n'aura pas pour effet d'extraire ce bien du calcul du patrimoine familial en cas de divorce ou de décès[22]. Les tribunaux sont toutefois plus silencieux concernant le même type de transfert pour un bien faisant partie de la masse partageable de la société d'acquêts.

---

19 Art. 1278, 1299 à 1370 C.c.Q.

20 Art. 462 C.c.Q.

21 *Droit de la famille – 3511*, SOQUIJ AZ-00021120 (C.S.), 29 décembre 1999.

22 Art. 415 C.c.Q. : « […] les résidences de la famille ou les droits qui en confèrent l'usage […] ».

3.5.2. Protéger les descendants à l'encontre de leurs conjoints

Les régimes matrimoniaux au Québec sont élaborés de façon à exclure tout bien reçu par succession ou par donation de la masse partageable en cas de dissolution du mariage. En effet, la stipulation de biens « propres » est permise seulement en présence d'une donation. Il est important de noter que les fruits et revenus seront considérés comme « propres » uniquement si l'acte donnant lieu à la donation le stipule. Cependant, il est primordial de comprendre que lorsqu'il est impossible d'établir qu'un bien provient d'une succession ou d'une donation, ce bien est présumé appartenir aux deux indivisément, à chacun pour moitié[23]. Ainsi, il peut être intéressant d'offrir à ses descendants un véhicule de protection d'actifs en leur permettant d'isoler les actifs qu'ils reçoivent par donation ou succession. Lorsqu'une fiducie est propriétaire des biens qui auront été légués (par testament) ou donnés du vivant, l'enfant s'assure que ces sommes ou ces biens seront isolés des biens faisant partie de la masse partageable du régime matrimonial.

4. SOLUTIONS RETENUES POUR LE CAS DE M. LABOLLE

4.1. ÉTAPE 1 : RESTRUCTURATION CORPORATIVE

Nous proposons de restructurer la détention des actions de Gestion, Labolle+ et Bolléplus++ afin de protéger les actifs de M. Labolle. M. Labolle perçoit une part importante de ses revenus de Bolléplus+ en étant associé de celle-ci. Nous voulons lui permettre de continuer à recevoir des revenus de profession importants tout en bénéficiant de la DPE comme le feront beaucoup de professionnels. Voyons de quelle façon nous atteindrons cet objectif.

4.2. ÉTAPE 2 : INCORPORATION DE LABOLLE +

Labolle+ vient à peine d'être incorporée dans le but de percevoir des honoraires de gestion de Bolléplus+. La structure est basée sur deux décisions anticipées rendues par l'ARC[24]. M. Labolle aurait pu continuer à recevoir la majorité de ses revenus comme associé de Bolléplus+; toutefois,

---

23 Art. 460 C.c.Q.

24 *Tax Window Files*, dans *Tax Works* (en ligne : http://enligneplus.cch.ca), Don Mills, Ont., CCH Canadian, interprétations techniques 2005-0130131R3, 25 janvier 2006; 2004-0104681R3, 21 décembre 2005.

puisque l'ARC accepte maintenant que les professionnels s'incorporent et bénéficient de la DPE, nous avons procédé selon cette option.

- Labolle+ a un contrat avec Bolléplus+ où il est prévu que M. Labolle fournira des services.

- Les honoraires seront négociés au cas par cas et varieront selon le nombre et le type de services fournis par Labolle+.

- Le montant des honoraires pour Labolle+ sera égal à la JVM des services rendus par cette dernière à Bolléplus+.

- Le contrat est en vigueur pour une période d'une année et est renouvelable pour une autre année.

- Les deux parties peuvent mettre fin au contrat en donnant un préavis d'un mois.

- Labolle+ pourra rendre des services à d'autres clients.

- Les paiements reçus par Bolléplus+ pour des services rendus par Labolle+ seront au profit de Bolléplus+.

- M. Labolle est l'administrateur de Labolle+.

- Il y a un contrat d'emploi entre M. Labolle et Labolle+.

- M. Labolle peut recevoir un salaire de Labolle+.

- M. Labolle continue à être associé de Bolléplus+ mais l'allocation des revenus sera réduite pour tenir compte des montants payés à Labolle+.

4.3. ÉTAPE 3 : TRANSFERT D'ACTIONS AMÉRICAINES À GESTION

En analysant la situation financière et fiscale de Jean, on constate qu'il détient un portefeuille d'actions américaines d'une valeur de 4,6 M$ au 30 juin 2006. Le coût de ce portefeuille est de 3,4 M$. Dans une optique de protection et de préservation du capital de M. Labolle, il est nécessaire de l'informer de l'assujettissement de ce portefeuille d'actions à l'impôt successoral américain au moment de son décès, malgré le fait qu'il ne soit

pas un résident américain[25]. Voyons les règles de l'impôt successoral américain pertinentes pour le cas de Jean.

4.3.1. Assujettissement à l'impôt successoral américain

Contrairement à la règle canadienne de disposition réputée des biens d'un individu à son décès, le décès d'un individu n'entraîne aucune disposition réputée de ses biens en vertu du régime fiscal américain. Toutefois, un résident canadien pourra être assujetti à l'impôt successoral américain s'il possède des biens situés aux États-Unis au moment de son décès[26]. En effet, les Canadiens qui ne sont ni citoyens, ni résidents américains ne sont assujettis aux droits successoraux américains que sur les actifs qu'ils détiennent et qui sont situés aux États-Unis, dont les biens immobiliers[27], les biens meubles corporels, les actions de sociétés américaines et les créances de personnes ou entités américaines (sous réserve de diverses exceptions, la plus significative étant peut-être les comptes de dépôt détenus dans des banques américaines[28]). En plus des actifs détenus en pleine propriété par le défunt au moment de son décès, la participation du défunt dans une entité légale se traduit, dans maintes situations, par l'inclusion des actifs de l'entité dans l'assiette des droits successoraux américains du défunt[29]; par exemple, tel est le cas pour une fiducie créée par un particulier et dans laquelle ce dernier détient un intérêt économique ou le contrôle[30]. Cependant, une règle existe visant les petites successions. L'impôt successoral américain ne s'appliquera pas si l'ensemble de la succession brute mondiale d'une personne physique résidente du Canada n'excède pas 1,2 M$ US[31]. Il convient de noter qu'en raison de l'augmentation à 2 M$ US de l'exemption accordée en vertu du crédit

---

25 Les actions d'une société américaine sont assujetties aux droits successoraux américains et des RAS seraient applicables lors du rapatriement des fonds de la société américaine au Canada sous la forme de dividendes (voir *Convention entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune*, S.C. 1984, c. 20 et mod. (ci-après « Convention »), par. X(2), notamment le Troisième protocole à la Convention qui est entré en vigueur le 9 novembre 1995).

26 *Internal Revenue Code of 1986* et mod. (ci-après « I.R.C. »), § 2103 et 2031.

27 Treas. Reg. s.20-2104-1(a)(1).

28 I.R.C. § 2105.

29 I.R.C. § 2033.

30 Voir notamment I.R.C. § 2036, 2037 et 2038.

31 Par. XXIX B (8) de la Convention.

d'impôt global aux résidents du Canada en 2006, la règle visant les petites successions ne sera plus utile.

Bref, en plus du taux de l'impôt successoral américain qui est plus élevé que le taux marginal d'imposition du gain en capital canadien pour un particulier au moment du décès, les États-Unis imposent le résident canadien sur la valeur marchande totale[32] de ses biens qui y sont situés, sans tenir compte du coût d'acquisition, qu'il y ait une plus-value ou non à ce moment.

4.3.2. Calcul des droits successoraux américains

Pour évaluer le montant des droits successoraux payables aux États-Unis au décès d'un résident canadien, on doit tout d'abord calculer la JVM brute de l'ensemble des biens composant la succession du contribuable, incluant les biens meubles et immeubles, tangibles et intangibles. Cela représente donc la « **succession mondiale** » brute du défunt. Dans le cas de M. Labolle par exemple, la valeur de sa succession est estimée à 14 830 600 $. En second lieu, on calcule la JVM brute des biens composant la succession du particulier qui sont situés aux États-Unis au moment du décès, tel qu'il a été énoncé précédemment à la section 4.3.1. C'est ce qui représente la « **succession américaine** » brute du défunt. En troisième lieu, certains frais, dettes et impôts[33] du défunt peuvent être appliqués à l'encontre de la valeur brute de la succession américaine[34] selon le prorata établi entre la valeur brute de la succession américaine sur la valeur brute de la succession mondiale totale du défunt. Notons que l'impôt canadien payable en vertu du paragraphe 70(5) L.I.R. sera considéré comme une charge pouvant être soustraite de la valeur de la succession américaine[35]. Ainsi, si la valeur de la succession américaine est minime comparativement à la valeur de la succession mondiale brute du défunt, seule une petite portion de ces frais, dettes et impôts pourront réduire la valeur de la succession imposable aux États-Unis. Toutefois, certaines hypothèques applicables aux propriétés américaines pour lesquelles l'emprunteur n'est pas personnellement responsable, c'est-à-dire que le seul recours du prêteur en cas de défaut est contre la propriété hypothéquée, pourront être déduites en entier de la valeur de la succession américaine. Il s'agit de ce qu'on appelle communément le

---

32 I.R.C. § 2103.

33 Une partie de l'impôt sur le gain présumé au décès en vertu du paragraphe 70(5) L.I.R. est admis en déduction. Voir *Revenue Ruling* 82-82, 1982-1 C.B. 127.

34 I.R.C. § 2106.

35 I.R.C. § 2106(a).

non-recourse mortgage. Ainsi, une fois la valeur nette de la succession américaine déterminée, on y applique les taux d'impôt successoraux applicables, soit un taux marginal de 46 % à toute valeur excédant 2 M$ US pour l'année 2006[36], afin d'obtenir l'impôt successoral normalement payable (*tentative tax*).

Une fois l'impôt successoral normalement payable pour des non-résidents des États-Unis déterminé, il convient d'analyser les allègements dont les Canadiens peuvent se prévaloir. Les résidents du Canada peuvent bénéficier de certains crédits, notamment le crédit global, qui permet d'exempter une portion de l'impôt successoral normalement payable. En vertu de l'*Internal Revenue Code* pour l'année 2006, les successions des résidents des États-Unis peuvent bénéficier d'un crédit d'impôt qui se chiffre à 780 800 $ US. Ce crédit permettra d'exempter les successions d'une valeur brute mondiale de 2 M$ US et moins pour l'année 2006[37]. Pour les non-résidents des États-Unis, l'*Internal Revenue Code* ne prévoit qu'un crédit d'impôt de base de 13 000 $ US qui exempte ainsi de tout impôt les successions d'une valeur imposable aux États-Unis de 60 000 $ US et moins. Donc, aucun formulaire n'a à être produit aux autorités fiscales américaines[38].

Néanmoins, la Convention entre ces deux pays permet de bonifier l'application du crédit global aux résidents du Canada assujettis à l'impôt successoral américain. C'est l'article XXIX B) de la Convention qui prévoit de tels dispositifs et, aux fins de la présente analyse, nous nous limiterons à l'étude du paragraphe (2) de cet article. Voici son fonctionnement. Les Canadiens pourront se prévaloir d'un crédit d'impôt équivalent au plus élevé des deux montants suivants :

1) le crédit d'impôt de base de 13 000 $ US[39]; et

2) le crédit d'impôt global accordé aux résidents des États-Unis calculé selon un prorata du pourcentage que représente la valeur de la succession américaine, telle qu'elle est explicitée à la section 4.3.1. ci-dessus, sur la

---

36 I.R.C. § 2001c)(2)(B).

37 I.R.C. § 2010c).

38 I.R.C. § 6018.

39 I.R.C. § 2102. Il n'y aura pas d'impôt successoral américain si la valeur de la succession américaine (soit les biens ayant un *situs* aux États-Unis aux fins de cet impôt) au moment du décès est inférieure à 60 000 $ US.

valeur de la succession mondiale également expliquée précédemment. Par exemple, pour l'an 2006, voici à quoi ressemble cette formule :

780 800 $ US[40] × [Succession américaine/Succession mondiale]

Le résultat ainsi obtenu détermine le montant de crédit d'impôt applicable[41] à l'encontre de l'impôt successoral normalement payable (*tentative tax* tel qu'il a été expliqué précédemment) que devra verser la succession du défunt aux autorités fiscales américaines après le décès du contribuable[42], à moins de requérir l'extension du délai selon la disposition 6081 I.R.C. De plus, le Formulaire 8833[43] devra accompagner la déclaration de revenus fédérale américaine si le particulier réclame le crédit d'impôt global et/ou le crédit d'impôt marital selon la Convention, même si aucun impôt n'est payable.

Ainsi, la plupart du temps, c'est le crédit d'impôt global « proraté » qui allégera le fardeau fiscal successoral des Canadiens. Aussi, basé sur la formule énoncée à l'élément 2), aucun impôt successoral ne sera payable pour un résident du Canada si la valeur mondiale de sa succession n'excède pas l'équivalent du crédit d'impôt global accordé l'année de son décès, soit une exemption de 2 M$ US pour l'année 2006. Notons que l'exemption annoncée par l'*Economic Growth and Tax Relief Reconciliation Act of 2001*[44], ainsi que l'équivalent de l'exemption accordée par ces crédits, sera de 2 M$ US pour les années 2007 et 2008 et de 3,50 M$ US pour l'an 2009. Cette exemption risque d'être abolie en 2010, à moins que les autorités américaines ne légifèrent en sens contraire d'ici cette date.

De plus, il faut mentionner que plusieurs États américains imposent leurs propres droits successoraux. L'*Internal Revenue Code* accorde à cet égard un crédit d'impôt fédéral pour les droits successoraux payés à un État[45]

---

40 Ce crédit exempte les successions d'une valeur mondiale de 2 M$ US et moins.

41 Notons que ce crédit d'impôt sera réduit du crédit réclamé en regard de l'impôt américain sur les dons.

42 I.R.C. § 6075.

43 INTERNAL REVENUE SERVICE, Department of the Treasury, « Treaty-Based Return Position Disclosure under Section 6114 or 7701(b) », *Form 8833*, décembre 2000.

44 Pub. L. No. 107-16, 115 stat. 38 (June 7, 2001) (ci-après « *Economic Act* »).

45 I.R.C. § 2102a) et b).

jusqu'à concurrence d'un maximum qui ne peut excéder le montant de l'impôt successoral payable diminué du crédit d'impôt global auquel la succession du défunt a droit[46]. Toutefois, pour les contribuables décédés après le 31 janvier 2004, il y a révocation du crédit d'impôt fédéral pour les droits successoraux accordé aux États. En effet, l'*Economic Act* prévoit une réduction graduelle du crédit pour impôt successoral accordé aux États jusqu'à une abolition complète dès 2005. Le crédit d'impôt fédéral est alors remplacé par une déduction dans le calcul de la valeur de la succession assujettie à l'impôt successoral[47].

4.3.3. Déduction de l'impôt successoral américain à l'encontre de l'impôt canadien

Sur le plan fiscal canadien, et tel qu'il a été énoncé brièvement en introduction, un individu qui décède est réputé avoir disposé de ses immobilisations pour un produit égal à leur JVM immédiatement avant son décès[48], générant ainsi un gain en capital dont la moitié est imposable[49]. Le taux marginal d'imposition combiné du Québec et du fédéral sur le gain en capital est d'environ 24,11 % pour l'an 2006[50]. L'exception à ce principe est le legs au conjoint survivant qui bénéficie d'un report d'impôts jusqu'au décès du conjoint survivant[51] ou jusqu'à la vente du bien. La *Loi de l'impôt sur le revenu* et la *Loi sur les impôts*[52] n'accordent aucun crédit d'impôt étranger pour l'impôt successoral américain payé ni de déduction puisqu'il ne s'agit pas d'un impôt sur le revenu du contribuable[53]. Néanmoins, la Convention accorde un certain allégement à l'encontre de l'impôt fédéral canadien payable (notamment le gain en capital réputé de l'immeuble au

---

46 I.R.C. § 2011.

47 L'impôt des États étant déductible contre l'impôt fédéral américain, le taux effectif d'imposition sera donc légèrement diminué.

48 Al. 70(5)a) L.I.R.

49 Al. 38a) L.I.R.

50 Ce taux marginal d'imposition est applicable pour le Québec puisqu'il tient compte de l'abattement de 16,5 %.

51 Al. 70(6)a) L.I.R.

52 L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »), art. 772.6, 772.7 et 146.1; par. 126(1), 126(2) et 20(12) L.I.R.

53 « Table ronde sur la fiscalité provinciale – Partie B », dans *Congrès 1996*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1997, pp. 44: 15-80, question 8.1.2., aux pages 44:53-54.

décès en vertu du paragraphe 70(5) L.I.R.) pour l'impôt successoral américain payé à l'égard des revenus, bénéfices et gains provenant des États-Unis[54]. Ainsi, ce crédit sera limité à l'impôt fédéral relatif aux revenus de source américaine, notamment le gain en capital[55]. Malgré le fait que la Convention prévoie un tel soulagement, ce crédit d'impôt étranger ne pourra pas être très utile si les actions font l'objet d'un roulement au conjoint survivant en vertu du paragraphe 70(6) L.I.R. Par conséquent, il pourrait être possible que cette charge fiscale successorale américaine ne puisse être appliquée à l'encontre de l'impôt payable par ailleurs au Canada puisqu'il y aura eu report de l'impôt. Notons toutefois que sur le plan fiscal américain, un tel roulement au conjoint n'est pas permis si le conjoint survivant n'est pas un résident des États-Unis. Par contre, en vertu de la Convention, le défunt pourrait se prévaloir d'un crédit marital qui correspond généralement au moindre du montant déterminé pour le crédit global de la Convention et du montant de l'impôt successoral américain payable[56]. Par la suite, si le conjoint survivant décède au cours des 10 années suivant le décès du premier conjoint, il pourrait être possible pour sa succession de réclamer un crédit pour l'impôt successoral payé lors du décès du premier conjoint[57].

4.3.4. Application au cas de M. Labolle

En conséquence des taux d'imposition somme toute assez élevés pour l'impôt successoral américain, du soulagement plutôt limité offert par la Convention aux résidents du Canada et de l'incertitude quant à l'abrogation de cet impôt, une attitude prudente pour M. Labolle demeure d'analyser les diverses avenues s'offrant à lui afin de limiter son assujettissement à cet impôt. À cet effet, nous lui suggérons de recourir à la société canadienne pour détenir son portefeuille d'actions américaines.

En effet, pour éviter la détention directe du droit de propriété d'un bien et l'inclusion de la valeur de ce bien dans l'assiette des droits successoraux américains, il peut être suggéré à M. Labolle d'investir dans des actifs situés aux États-Unis (par exemple des actions de sociétés américaines) par l'intermédiaire d'une société non américaine, telle une société canadienne. De cette façon, du point de vue américain, M. Labolle ne détiendra, au

54 Par. XXIX B) de la Convention.

55 Par. XXIX B) (6) de la Convention.

56 Par. XXIX(B) (4) de la Convention. Dans la plupart des cas, le crédit marital équivaudra au crédit global « proraté ».

57 I.R.C. § 2102.

moment de son décès, que des actions d'une société étrangère qui ne constitue pas un bien visé par l'assiette des droits successoraux américains. En règle générale, les biens intangibles détenus par des non-résidents des États-Unis ne constituent pas des biens ayant un *situs* américain à moins que, par exemple, des actions ne soient émises d'une corporation résidente des États-Unis (*domestic corporation*)[58]. En l'espèce, puisque M. Labolle ne peut bénéficier que d'un petit crédit d'impôt global pour l'impôt successoral américain payé à son décès, en raison de la valeur importante de ses actifs mondiaux[59], il est donc tout à fait pertinent de lui suggérer une structure lui permettant de réduire sa charge fiscale à compter de son décès. De plus, cette détention corporative permet de soustraire la valeur des actions au processus américain de *probate* qui, supervisé par la Cour, vise à déterminer le dernier testament valide du défunt, à identifier ses héritiers, à valider la nomination du liquidateur de sa succession et à assurer le transfert des biens selon ses dernières volontés. Ce terme vise également, de façon plus large, l'ensemble du processus d'inventaire des actifs du défunt, du paiement des dettes et impôts ainsi que la remise des biens ou sommes aux héritiers. Bref, le *probate* américain ressemble en quelque sorte au processus d'homologation du testament, de liquidation de la succession et de déclaration de transmission que nous connaissons au Québec. À la différence du Québec où ce processus peut généralement se faire sans avoir à recourir aux tribunaux, le recours à ces derniers est nécessaire aux États-Unis et, de ce fait, en plus d'impliquer des délais additionnels au règlement d'une succession, occasionne des frais de *probate* déterminés selon la valeur de la succession. Sont toutefois exclus du processus du *probate* les produits d'assurance vie, les biens détenus en *joint tenancy*, de même que les biens qui ne sont pas détenus personnellement par un particulier, par exemple les biens détenus par une société ou une fiducie. En règle générale, le coût approximatif d'un *probate* aux États-Unis varie entre 4 % et 10 % de la JVM brute de la succession[60]. Le *probate* peut donc représenter un coût important du règlement d'une succession, surtout si le bien est fortement hypothéqué puisque alors on ne réduit pas la valeur du bien du montant de l'hypothèque aux fins du calcul du coût du *probate*. En conclusion, il peut être conseillé à

---

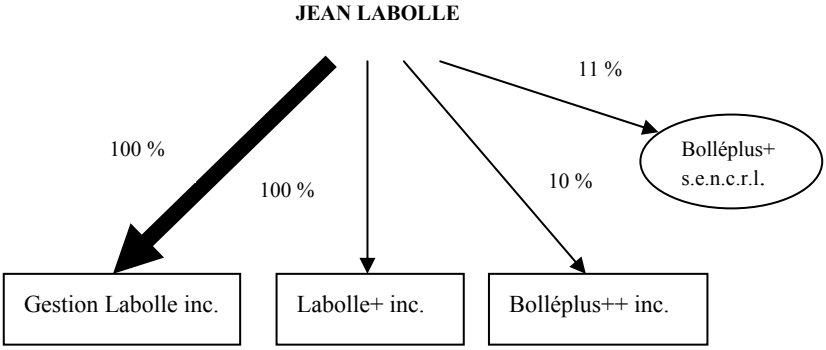
58 I.R.C. § 2104a).

59 L'impôt successoral américain estimé sur un actif d'une valeur marchande de 4,6 M$ est d'environ 1 976 800 $, alors que le crédit d'impôt global qui serait accordé à M. Labolle en 2006 serait d'environ 270 873 $, soit 780 800 $ × ((4 600 000 $ + (720 000 $ – 175 000 $)) / 14 830 600 $).

60 NAFEP – NATIONAL ASSOCIATION OF FINANCIAL AND ESTATE PLANNING, « Estate Planning Basics - Trust vs. Wills, Which is Best for You? », section « Problems with Probate » (en ligne : http://www.nafep.com).

M. Labolle de transférer son portefeuille d'actions américaines à une société canadienne afin de réduire l'application du *probate* américain et de l'impôt successoral à son décès.

Donc, dans le but d'éviter les droits de succession américains, M. Labolle a transféré ses actions américaines à Gestion en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R. et de l'article 518 L.I. en contrepartie d'actions de catégorie « D » (« actions de gel ») de Gestion. Les Formulaires T2057 et TP-518 seront produits dans les délais prescrits[61].



4.4. ÉTAPE 4 : CRISTALLISATION ET PURIFICATION

La prochaine étape, qui est intermédiaire dans le processus de protection d'actifs, implique le transfert par M. Labolle à Gestion de ses participations dans Labolle+ et Bolléplus++. Le but est de transférer les surplus de liquidités qui s'accumuleront dans Labolle+ et Bolléplus++ à Gestion pour éviter que les créanciers de Labolle+ et Bolléplus++ puissent avoir accès à ces liquidités en cas de poursuites. Évidemment, il y a des règles particulières qui s'appliquent lorsque des dividendes sont payés et les créanciers de Labolle+ et Bolléplus++ pourraient avoir certains recours.

Puisque M. Labolle a un solde de DGC inutilisé de 400 000 $, il y aurait peut-être lieu de cristalliser lors du transfert de ses actions de Labolle+ et Bolléplus++ à Gestion.

---

61 Par. 85(6) L.I.R.; art. 518 L.I.

Voyons d'abord si la situation personnelle de M. Labolle lui permet de réclamer un DGC et si c'est le cas, nous analyserons les actions de Labolle+ et Bolléplus++ pour déterminer si elles se qualifient comme AAPE.

Reprenons les informations que nous avons sur M. Labolle. Le solde des PNCP de M. Labolle à la fin de l'année précédente est négatif. De plus, M. Labolle n'a jamais réclamé de PTPE qui réduirait la DGC. M. Labolle détient ses actions de Labolle+ et Bolléplus++ depuis plus de 24 mois. M. Labolle peut donc réclamer une DGC.

4.4.1. Tests pour les sociétés

Passons maintenant à l'analyse des actions de Labolle+ et Bolléplus++. Nous ne nous attarderons pas trop longtemps sur les tests d'AAPE, le lecteur qui veut plus de détails pourra consulter d'autres textes plus spécialisés[62].

Lors du transfert des actions, le test suivant s'applique :

- La société est une société privée dont le contrôle est canadien au sens du paragraphe 125(7) L.I.R.;

- La totalité ou presque de la JVM des éléments d'actif est attribuable à des éléments qui sont utilisés principalement dans une entreprise que la société ou une société liée exploite activement principalement au Canada; ou

- Les actifs sont constitués d'actions du capital-actions ou de dettes d'une ou de plusieurs sociétés exploitant une petite entreprise (ci-après « SEPE ») rattachées à la société; ou

- Une combinaison des deux éléments précédents.

Au cours de la période de 24 mois précédant le moment du transfert, le test suivant s'applique :

- Plus de 50 % de la JVM de l'actif de la société donnée est attribuable à des éléments qui sont utilisés principalement dans une entreprise que la

---

62 Len VANDENBERG, « The Capital Gains Deduction - A Checklist Approach », dans *2000 British Columbia Tax Conference*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2000, pp. 8:1-64.

société ou une société qui lui est liée exploite activement principalement au Canada; ou

- L'actif est constitué d'actions du capital-actions ou de dettes d'une ou de plusieurs autres sociétés rattachées dont plus de 50 % de la JVM de l'actif est attribuable à des éléments visés au paragraphe précédent.

Les actions de Labolle+ et Bolléplus++ se qualifient d'AAPE puisqu'il n'y a pas d'actifs excédentaires dans ces sociétés et que 90 % et plus de leurs actifs sont utilisés dans une entreprise exploitée activement au Canada.

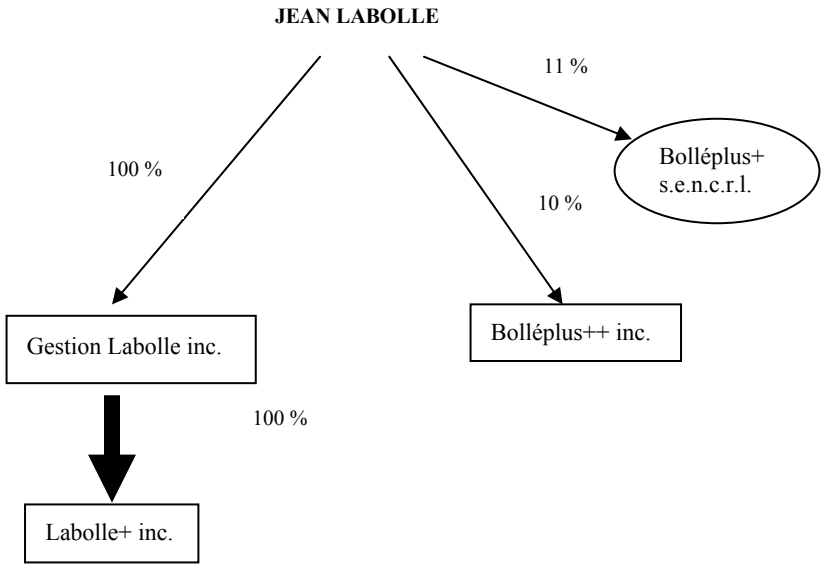
La cristallisation s'applique ici pour M. Labolle plus comme une police d'assurance en cas de décès. La JVM de Labolle+ est très discutable. Elle repose en bonne partie sur un achalandage personnel attribuable à M. Labolle[63]. C'est une situation qui s'applique à beaucoup de professionnels. M. Labolle a ceci de particulier : il a développé des méthodes révolutionnaires en actionnariat. Quelle JVM pouvons-nous attribuer à ces méthodes? De plus, les actions de Labolle+ ne seront-elles jamais vendues? Néanmoins, nous avons décidé d'utiliser une partie de la DGC lorsque M. Labolle transfère ses actions de Labolle+ à Gestion.

M. Labolle fait donc le choix pour une somme convenue de 295 000 $ lorsqu'il transfère ses actions de Labolle+ à Gestion en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R. et de l'article 518 L.I. Les Formulaires T2057 et TP-518 seront produits dans les délais prescrits[64].

---

63 Danielle DAY, Jean FORTIER et Nicolas PANAGIS, « L'évaluation des actifs incorporels - aspects économiques, légaux et fiscaux », (1998), vol. 20, n° 3 *Revue de planification fiscale et successorale* 529-570, aux pages 543-545.

64 Par. 85(6) L.I.R.; art. 518 L.I.



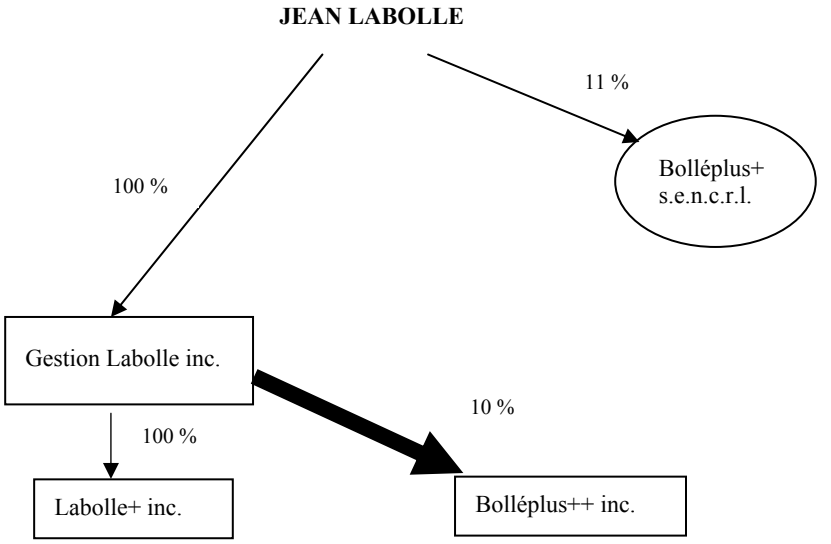
Nous n'avons pas obtenu de confirmation de l'ARC selon laquelle les actions de Labolle+ puissent être détenues par Gestion et que cette structure soit acceptable puisque les décisions anticipées mentionnées à la section 4.2. font seulement état de particuliers qui détiennent directement les actions de la société qui perçoit les honoraires professionnels. Est-ce que l'ARC accepterait l'argument que les actions de Labolle+ doivent être transférées à Gestion pour assurer la protection des actifs de M. Labolle?

Dans l'éventualité où l'ARC refuserait une structure avec Gestion, les actions de Labolle+ pourraient être transférées par M. Labolle à une fiducie pour soi. Les actions de Labolle+ ne feraient plus partie du patrimoine de M. Labolle, mais il devrait quand même s'imposer personnellement lorsque Labolle+ verserait un dividende à la fiducie pour soi de M. Labolle.

Les actions de Bolléplus++ se qualifient comme AAPE, nous allons donc utiliser le solde de la DGC de M. Labolle lorsqu'il transfère ses actions à Gestion en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R. et de l'article 518 L.I. La somme convenue sera de 105 000 $. Les Formulaires T2057 et TP-518 seront produits dans les délais prescrits[65].

---

[65] Par. 85(6) L.I.R.; art. 518 L.I.



4.4.2. Choix entre protection et multiplication de la DGC

Expliquons d'abord le contexte particulier du cas, ensuite nous discuterons des structures qui peuvent être mises sur pied. Nous recherchons prioritairement une structure qui permet la protection des actifs. Nous sommes à une étape où un gel est mis en place avec une fiducie familiale discrétionnaire. La DCG peut être multipliée puisque le gain en capital réalisé par la fiducie sera attribué aux bénéficiaires de la fiducie. Est-ce que ces deux objectifs sont contradictoires ou est-il possible d'avoir une structure qui permette un compromis?

Figure 1

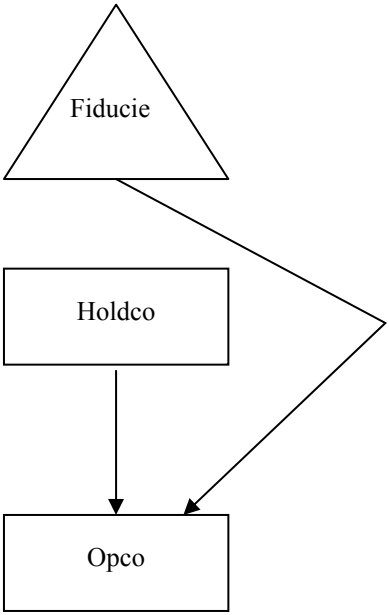
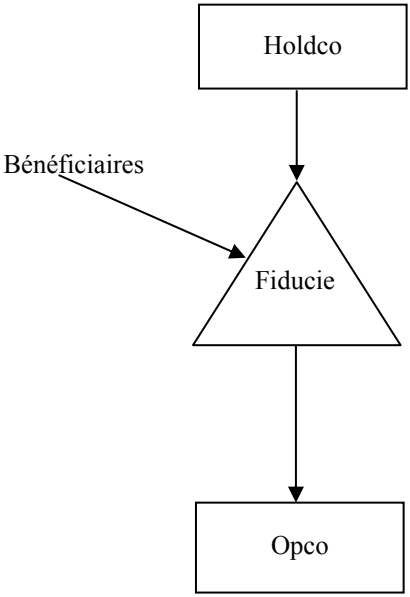


Figure 2



Les figures 1 et 2 illustrent deux structures pour la détention des actions d'une société avec une fiducie. Assumons que la société opérante génère des surplus de liquidités. La structure choisie doit donc permettre une purification continue afin que les actions se qualifient à titre d'AAPE et nous reviendrons sur les règles d'attribution à la section 4.6.7.7.[66]

Dans le cas de la figure 1, la fiducie détient directement les actions participantes d'Opco. Il est probable que la fiducie a souscrit aux actions participantes d'Opco pour un montant nominal lors d'un gel et qu'alors Holdco a reçu les actions privilégiées d'Opco. Nous constatons que le revenu gagné sur les actions privilégiées d'Opco est bien en deçà de leur JVM.

Lors de la vente des actions d'Opco par la fiducie, il est fort possible qu'Opco doive être purifiée pour que ses actions se qualifient comme AAPE. Peut-on racheter les actions privilégiées détenues par Holdco pour purifier Opco? Nous savons pertinemment que le revenu gagné est insuffisant pour couvrir un dividende présumé sur un rachat des actions privilégiées. Il faut

---

66 Voir l'option pour échapper à l'application du paragraphe 74.4(2) L.I.R.

alors évaluer les risques que le paragraphe 55(2) L.I.R. s'applique si Opco est purifiée avec un rachat d'actions privilégiées détenues par Holdco.

Le libellé du paragraphe 55(2) L.I.R. est le suivant :

> « (2) Présomption de gain en capital
>
> Dans le cas où une société résidant au Canada a reçu un dividende imposable à l'égard duquel elle a droit à une déduction en vertu des paragraphes 112(1) ou (2) ou 138(6) dans le cadre d'une opération, d'un événement ou d'une série d'opérations ou d'événements dont l'un des objets (ou, dans le cas d'un dividende visé au paragraphe 84(3), dont l'un des résultats) a été de diminuer sensiblement la partie du gain en capital qui, sans le dividende, aurait été réalisée lors d'une disposition d'une action du capital-actions à la juste valeur marchande immédiatement avant le dividende et qu'il serait raisonnable de considérer comme étant attribuable à autre chose qu'un revenu gagné ou réalisé par une société après 1971 et avant le moment de détermination du revenu protégé quant à l'opération, à l'événement ou à la série, malgré tout autre article de la présente loi, le montant du dividende (à l'exclusion de la partie de celui-ci qui est assujettie à l'impôt en vertu de la partie IV qui n'est pas remboursé en raison du paiement d'un dividende à une société lorsqu'un tel paiement fait partie de la série) :
>
> a) est réputé ne pas être un dividende reçu par la société;
>
> b) lorsqu'une société a disposé de l'action, est réputé être le produit de disposition de l'action, sauf dans la mesure où il est inclus par ailleurs dans le calcul de ce produit;
>
> c) lorsqu'une société n'a pas disposé de l'action, est réputé être un gain de la société pour l'année au cours de laquelle le dividende a été reçu de la disposition d'une immobilisation. »

Si le rachat des actions privilégiées d'Opco s'effectue juste avant la vente des actions participantes d'Opco, il sera difficile de prétendre que les transactions ne font pas partie d'une série d'opérations. Il y a une forte présomption que le paragraphe 55(2) L.I.R. s'applique à la partie du dividende présumé supérieur au revenu gagné.

Une stratégie de purification annuelle serait-elle être plus efficace? C'est-à-dire racheter les actions privilégiées d'Opco dès qu'Opco a des surplus de liquidités? Est-ce que les rachats d'actions privilégiées d'Opco pour les années avant la vente des actions d'Opco feraient partie de la série d'opérations qui a mené à la vente des actions d'Opco? Une bonne justification serait que la purification annuelle est effectuée pour éviter que les règles d'attribution s'appliquent. De plus, compte tenu du fait qu'un

acheteur éventuel n'est pas identifiable durant les années où il y aurait purification, comment pourrait-on prétendre que les purifications font partie de la série d'opérations qui a mené à la vente des actions d'Opco?

4.4.2.1. Série d'opérations

L'autre possibilité de purification est le versement d'un dividende à la fiducie. L'allocation des dividendes par la fiducie à ses bénéficiaires est une opération coûteuse si les bénéficiaires, des individus, doivent s'imposer sur un dividende. Oublions également l'idée d'imposer le dividende dans la fiducie au taux marginal pour purifier Opco.

La figure 2 est plus efficace en termes de purification. Opco verse un dividende à la fiducie et celle-ci l'attribue à Holdco.

4.4.3. Impôt de la Partie IV L.I.R.

La purification d'Opco dans la figure 2 au moyen d'un dividende intercompagnie sera efficace pourvu que Holdco ne paye pas d'impôt de la Partie IV L.I.R.[67]

Deux exceptions s'appliquent lorsque les sociétés sont rattachées.

Dans le premier cas, la société qui reçoit le dividende contrôle la société payeuse. La notion de contrôle est particulière pour l'impôt de la Partie IV L.I.R.[68]

La société qui reçoit le dividende par l'entremise de la fiducie doit détenir suffisamment d'actions comportant plein droit de vote de la société payeuse. Les deux sociétés peuvent être contrôlées par la même personne ou une personne qui a un lien de dépendance avec la société qui reçoit le dividende. La société payeuse pourrait émettre des actions de vote à la société qui va recevoir le dividende afin que cette dernière puisse avoir le contrôle et que les deux sociétés soient rattachées[69].

La fiducie pourrait contrôler la société payeuse. Il s'agirait de voir si l'alinéa 251(1)b) L.I.R. s'applique à la fiducie et à la société qui reçoit le

---

67 Art. 186 et suiv. L.I.R.

68 Par. 186(2) L.I.R.

69 Par. 186(7) L.I.R.

dividende pour réputer un lien de dépendance entre les deux. La société qui reçoit le dividende doit avoir un droit de bénéficiaire dans la fiducie[70]. La fiducie contrôlerait la société payeuse et la fiducie aurait un lien de dépendance avec Holdco qui reçoit le dividende. La société payeuse pourrait aussi être contrôlée par une combinaison de la fiducie et de Holdco qui a un lien de dépendance avec la fiducie.

Dans le cas de la seconde exception[71], Holdco doit détenir directement des actions lui permettant de respecter le test du plus de 10 % en vote et en valeur d'Opco. La *Loi de l'impôt sur le revenu* ne comprend aucune présomption lorsque les actions sont détenues par une personne avec lien de dépendance. Des actions comportant plus de 10 % en vote et en valeur d'Opco ne peuvent être détenues par la fiducie.

L'impôt de la Partie IV L.I.R. pourrait toujours s'appliquer même si Opco et Holdco sont rattachées. Holdco devra calculer un impôt de la Partie IV L.I.R. si Opco reçoit un remboursement au titre de dividende. Holdco aura à payer un impôt de la Partie IV L.I.R. proportionnel à la quote-part du dividende reçu.

Toutefois, si les actions de Holdco sont toujours détenues par l'individu que nous voulons protéger, nous nous retrouvons au point de départ. Tout ce que nous avons réussi à faire, c'est de compliquer la structure entre Opco et l'actionnaire dirigeant.

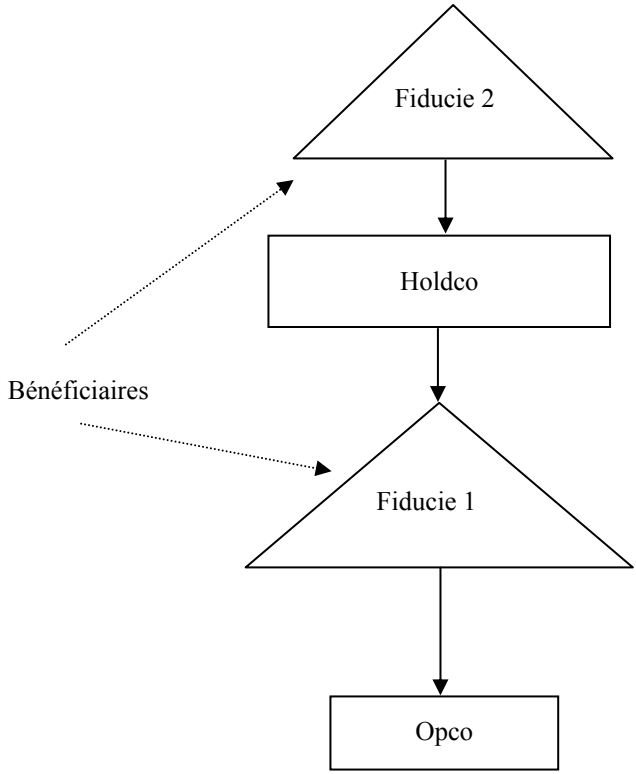
La figure 3 illustre une structure plus efficace en ce sens qu'elle permet à la fois la purification d'Opco et la protection du patrimoine. Opco verse un dividende à la Fiducie 1. La Fiducie 1 peut attribuer le dividende à ses bénéficiaires qui sont des individus ou à Holdco. Tout le dividende pourrait être payé à Holdco pour éviter de payer des impôts.

---

70 Par. 248(25) L.I.R.

71 Par. 186(4) L.I.R.

Figure 3



Holdco pourrait verser un dividende à Fiducie 2 qui le distribuerait à ses bénéficiaires si ceux-ci avaient besoin de liquidités.

Ainsi Fiducie 1 vend ses actions d'Opco et distribue le gain en capital à ses bénéficiaires qui sont des individus qui peuvent réclamer leur DGC.

4.5. ÉTAPE 5 : CRÉATION D'UNE FIDUCIE DE GEL

4.5.1. Qu'est-ce qu'une fiducie de gel?

Certains avantages à utiliser une fiducie du Québec ont été abordés dans la section 3.4. du présent texte. Voyons maintenant les caractéristiques importantes plus particulières de la fiducie de gel.

Sur le plan civil, la fiducie personnelle est utilisée par opposition à la fiducie d'utilité privée ou d'utilité sociale.

Puisque la fiducie est une personne aux fins de l'impôt, elle est un contribuable assujetti aux différentes lois fiscales. Ce qui implique qu'elle peut être tenue de produire une déclaration de revenus et conséquemment, de payer de l'impôt. Au point de vue fiscal, les fiducies sont classées selon deux critères : elles peuvent être personnelles ou commerciales. Le présent texte s'attardera uniquement aux fiducies personnelles qui sont des fiducies dont les bénéficiaires n'ont pas acquis leur droit pour une contrepartie payable à la fiducie ou à une autre personne qui aurait contribué à la fiducie. Lorsqu'un revenu reçu par une fiducie n'est pas payé[72] à un bénéficiaire, la fiducie devra s'imposer sur ce revenu. La règle veut que la fiducie calcule son revenu net et le réduise des montants payés ou devenus payables aux bénéficiaires. Lorsqu'un bénéficiaire reçoit une distribution de revenus de la fiducie, il doit ajouter ce revenu à sa propre déclaration de revenus et payer l'impôt qui en découle. Les montants ainsi payés aux bénéficiaires (et déduits du calcul du revenu de la fiducie) doivent effectivement avoir été utilisés pour ces bénéficiaires.

La fiducie entre vifs est imposée au taux marginal maximum d'un particulier sur son premier dollar réalisé (au fédéral seulement)[73]. La fin de l'exercice financier d'une fiducie entre vifs est obligatoirement le 31 décembre de chaque année. Une fiducie entre vifs aura, selon la situation applicable, des acomptes provisionnels à effectuer[74]. Malgré le fait que la fiducie soit traitée au plan fiscal comme un individu, certaines déductions dans le calcul de son revenu ne lui sont pas accordées, par exemple, les crédits d'impôt personnels et la DGC.

La fiducie est un conduit fiscal semi-parfait, ce qui signifie que certains revenus reçus par la fiducie conservent leurs caractéristiques fiscales lorsqu'ils sont distribués alors que d'autres, comme le revenu d'entreprise, seront plutôt traités comme des revenus de biens lorsqu'ils sont reçus par un bénéficiaire[75]. Par exemple, le dividende imposable de source canadienne

---

72 Ou devenu payable, c'est-à-dire le bénéficiaire est en droit d'exiger le paiement.

73 Au Québec, le taux d'imposition peut être inférieur à celui des particuliers, dans certaines situations.

74 Al. 104(23)e) L.I.R.

75 Le principal impact sera le taux d'impôt payable par le bénéficiaire à qui on aura attribué des revenus de la fiducie.

conserve son traitement fiscal[76]; ainsi, un dividende reçu par une fiducie et attribué à un particulier ayant atteint l'âge de la majorité sera imposé entre les mains du particulier comme s'il avait été reçu directement de la compagnie dont le particulier aurait été actionnaire si la fiducie n'avait pas été mise en place. S'il s'agit d'un dividende provenant du compte de dividende en capital (ci-après « CDC ») de la compagnie payeuse, il ne sera pas imposé entre les mains du particulier[77]. Également, il faut savoir que les pertes fiscales réalisées par une fiducie sont emprisonnées dans celle-ci, c'est-à-dire qu'elles ne sont pas attribuables à ses bénéficiaires. Ainsi, il faudra que la fiducie réalise des gains ou des revenus, selon le type de perte réalisée, afin d'utiliser ces pertes fiscales.

4.5.1.1. Mise en place d'une fiducie de gel

Voici les étapes qui mènent à la création de la fiducie de gel :

- Investissements Labolle inc. est incorporée;
- Constitution de la Fiducie Labolle;
- M. Gérard Labolle, le père de M. Labolle, est le constituant avec une pièce d'argent;
- Les fiduciaires sont M. Labolle, Hubert Brillant, le beau-frère de M. Labolle, et Philippe Douey, un bon ami de M. Labolle;
- Les bénéficiaires sont : M. Labolle, Jeanne Ledroit, Mathieu Labolle, Cynthia Ladouce, Charles Ladouce, Rose Labolle Ladouce et Investissements Labolle inc.

Puis la seconde partie des transactions entraînera le gel de Gestion Labolle.

---

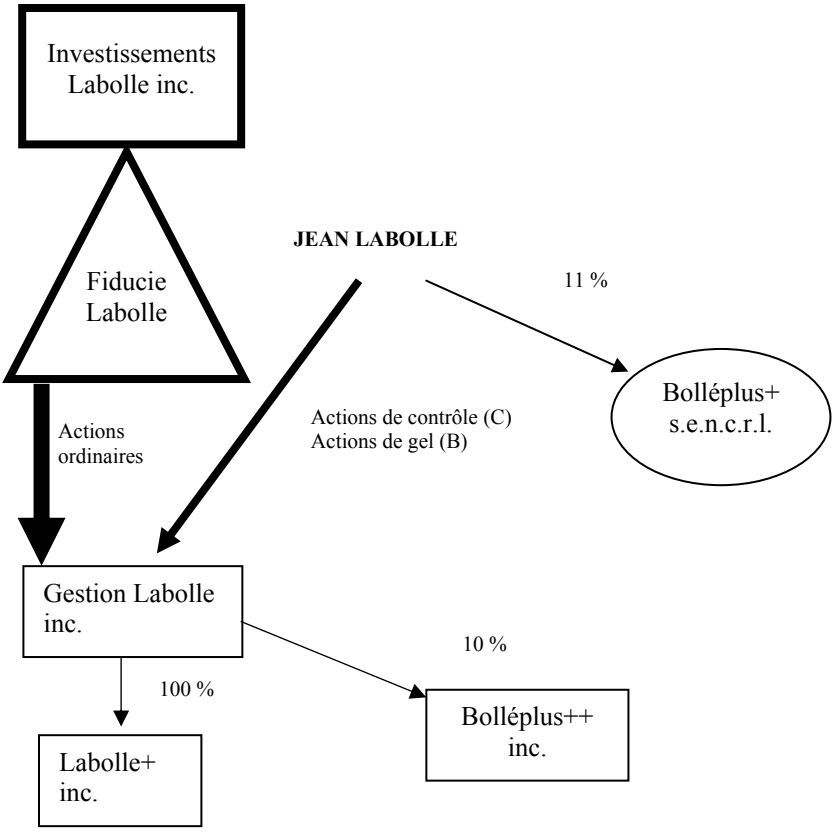
[76] Il en est de même pour le gain en capital imposable, le revenu étranger provenant d'une entreprise ou non, le revenu de pension et les prestations consécutives au décès.

[77] Attention, lorsqu'un dividende provenant du CDC de la compagnie payeuse est attribué à un bénéficiaire corporatif, un compte de CDC ne sera pas créé au sein de la compagnie recevant le dividende. Conséquemment, il sera préférable d'attribuer ce type de dividende à un particulier bénéficiaire de la fiducie.

- M. Labolle souscrit à 1 000 actions de catégorie « C » (actions à vote multiples; 1 000 votes par action) de Gestion Labolle pour 10 $ pour conserver le contrôle de Gestion Labolle.

- Concurremment, M. Labolle échange ses actions de catégorie « A » (actions participantes) de Gestion Labolle contre des actions de catégorie « B » (actions privilégiées) en vertu de l'article 51 L.I.R. et de l'article 301 L.I.

- Concurremment, Fiducie Labolle souscrit à 100 actions de catégorie « A » de Gestion Labolle pour 100 $.



4.5.2. Fiducie discrétionnaire

Dans la plupart des cas, la fiducie de gel est une fiducie discrétionnaire, c'est-à-dire que les fiduciaires ont toute la discrétion pour administrer ses biens pour le bénéfice de l'un ou l'autre ou de plusieurs bénéficiaires mentionnés à l'acte constitutif. Le constituant établira une liste de bénéficiaires au moment de l'établissement de la fiducie. Dans le cas d'une fiducie discrétionnaire, une personne désignée par le constituant au moment de la création de la fiducie aura la possibilité de déterminer parmi la liste de bénéficiaires énumérés à l'acte constitutif qui seront les bénéficiaires du capital et/ou du revenu[78] de la fiducie et dans quelles proportions (faculté d'élire). Pour que cette faculté soit validement exécutée, les bénéficiaires devront être soit déterminés, soit déterminables. La liste initiale de bénéficiaires doit être établie au moment de la constitution de la fiducie et l'ajout d'un bénéficiaire à la liste après le moment de son établissement aurait plusieurs conséquences négatives, comme engendrer la constitution d'une nouvelle fiducie. La capacité d'une personne de recevoir un bien d'une fiducie se détermine au moment où on attribue à cette personne le bien, ainsi les enfants non encore nés pourront faire partie de la liste de bénéficiaires. De ce fait, une personne n'ayant pas encore de progéniture au moment de la création de la fiducie pourra éventuellement avantager ses enfants lorsqu'ils seront nés si une définition du terme « enfant » est utilisée. Le conjoint pourrait également être défini plutôt que nommé. Ainsi, à la suite d'une séparation, d'un divorce ou d'un décès, le nouveau conjoint pourrait devenir bénéficiaire de la fiducie et les fiduciaires ne pourraient plus attribuer de capital ni de revenu à l'ancien conjoint, et ce, dès qu'il ne se qualifierait plus à titre de conjoint selon la définition de l'acte constitutif de fiducie.

La plupart des clients désirent que la discrétion des fiduciaires prenne fin par l'arrivée de certains événements : leur décès, leur inaptitude, leur démission, ou toute autre situation faisant en sorte que le client ne puisse plus agir à titre de fiduciaire de la fiducie de gel, comme la faillite ou la perte de résidence canadienne. La rédaction de la fiducie devra permettre une certaine flexibilité et ainsi prévoir que, advenant que le client ne puisse plus agir à titre de fiduciaire de la fiducie, les fiduciaires en fonction (incluant celui devant le remplacer), devront suivre des instructions précises mentionnées à l'acte de fiducie. Plus particulièrement, permettre à un document externe comme un testament ou un mandat en cas d'inaptitude

---

[78] Un bénéficiaire d'une fiducie peut avoir droit au capital seulement, au revenu seulement ou au deux.

d'avoir préséance sur certaines règles de la fiducie réconcilie les clients avec cette rigidité dont la fiducie fait preuve.

4.5.3. Importance du choix des fiduciaires

Le ou les fiduciaires sont les personnes administrant les biens détenus par la fiducie, au profit des bénéficiaires. Une personne majeure ou une compagnie autorisée par la loi peut agir à titre de fiduciaire d'une fiducie[79]. Les fiduciaires sont régis par les règles édictées par l'acte de fiducie et à défaut, les règles du *Code civil du Québec* sur l'administration du bien d'autrui seront applicables. Le nombre de fiduciaire en fonction peut varier d'une fiducie à l'autre. Par exemple, si un client désire contrôler la fiducie, il pourrait agir seul à titre de fiduciaire s'il n'est ni constituant ni bénéficiaire. Cette situation est parfois rencontrée dans des cas où l'entrepreneur a atteint un certain âge et qu'il considère que les sommes accumulées personnellement sont suffisantes pour lui permettre de conserver son niveau de vie. Habituellement, les entrepreneurs désirent s'assurer de la possibilité de renverser la situation et ainsi pouvoir réattribuer les actions participantes en leur faveur, sans impact fiscal. Il est souvent recommandé de choisir trois fiduciaires, ce qui permet de prendre des décisions à la majorité des voix exprimées plutôt qu'à l'unanimité, et ainsi éviter toute situation d'impasse. Également, la présence de trois fiduciaires permet d'éviter que l'entrepreneur détienne le contrôle sur les décisions de la fiducie et dans un contexte de protection d'actifs, c'est justement l'objectif visé. Leurs responsabilités s'apparentent aux responsabilités des administrateurs d'une compagnie (RAS, TPS, TVQ, responsabilités environnementales). Ils doivent notamment respecter les directives établies à l'acte de fiducie et gérer les biens détenus par la fiducie pour **l'unique bénéfice** des bénéficiaires et **dans leur intérêt**. C'est pourquoi il est recommandé de rédiger l'acte de fiducie de façon à permettre une administration flexible par les fiduciaires.

La décision la plus difficile à prendre par les dirigeants d'entreprise est souvent la détermination des fiduciaires de la fiducie et surtout leur propre remplaçant en cas de décès ou d'inaptitude. Ces personnes doivent être des individus de confiance aux yeux de l'entrepreneur. En effet, ce dernier se départit de la plus-value future de son entreprise en faveur d'une entité juridique dont il connaît mal les tenants et aboutissants. Il appréciera d'être rassuré quand à la forme du mandat de ses cofiduciaires. Par exemple, il est permis d'édicter dans l'acte constitutif que les cofiduciaires auront un mandat annuel, renouvelable automatiquement. Toutefois, le client (nommé

[79] Art. 1274 C.c.Q.

premier fiduciaire) aura la possibilité de ne pas renouveler leur mandat annuel, selon des instructions bien précises que le constituant aura pris le soin d'indiquer à l'acte de fiducie.

4.5.4. Choix du constituant

Le choix du constituant est primordial à des fins fiscales. En effet, afin d'éviter toutes les règles d'attribution, il est important que le fiduciaire ne soit ni fiduciaire ni bénéficiaire de la fiducie de gel. Il faut éviter à tout prix que cette personne possède quelque contrôle que ce soit dans la prise de décision de l'administration des biens de la fiducie. Idéalement, un ascendant du client sera choisi afin de faciliter le choix du bénéficiaire privilégié (dans la situation où un enfant du client serait handicapé).

4.5.5. Choix des bénéficiaires

À la liste de bénéficiaires énoncés à la section 4.5.2. du présent texte, une compagnie peut aussi être bénéficiaire d'une fiducie. Ce mécanisme permet d'ajouter une grande souplesse à la fiducie. Ainsi, un dividende déclaré sur des actions détenues par une fiducie pourrait être attribué à une compagnie bénéficiaire et, puisque certains revenus conservent leurs caractéristiques fiscales, le dividende attribué à la compagnie bénéficiaire de la fiducie pourrait être exempt d'impôt puisqu'il se qualifierait à titre de dividende intercorporatif. L'impôt sera payable par l'actionnaire de la compagnie (individu) lorsque ce dernier recevra le dividende.

4.5.6. Avantages du gel successoral et limites de protection du gel

Les avantages du gel successoral sont nombreux et non négligeables, pourvu que l'auteur du gel comprenne bien le principe de celui-ci et en accepte les conséquences.

En effet, en plus de diminuer la charge fiscale de M. Labolle à son décès, elle permet le report du paiement des impôts sur la tête de ses successeurs qui, eux, ne s'imposeront qu'à la revente des actions ou à leur décès (sous réserve de la règle de disposition réputée aux 21 ans de la création de la fiducie). Ainsi, M. Labolle connaîtra de façon assez juste l'impôt qui sera payable au moment de son décès sur les actions ayant fait l'objet du gel. Il est donc possible d'assurer le paiement de ces impôts soit par le biais d'une police d'assurance vie, soit par le biais d'autres liquidités. De cette façon, M. Labolle augmente les liquidités disponibles pour ses

héritiers, en plus de leur avoir permis de devenir propriétaire de biens ayant un fort potentiel de croissance future pour un investissement nominal.

Le gel accorde également à M. Labolle la possibilité de recevoir des revenus de retraite suffisants, soit par le versement de dividendes sur ses actions privilégiées de gel, soit par le rachat de ces mêmes actions.

D'un point de vue fiscal, elle permet également aux différents bénéficiaires du gel successoral de se positionner de façon à pouvoir profiter de la DGC sur les AAPE.

La plus-value future qui sera accumulée par la compagnie sera protégée contre les créanciers éventuels de M. Labolle puisque les actions ordinaires (participantes) sont détenues par une entité distincte (la fiducie). Par contre, le gel successoral ne change en rien le niveau de protection accordé aux actions privilégiées de gel détenues par M. Labolle. Par conséquent, les actions privilégiées de gel de M. Labolle seront incluses dans son patrimoine et donc soumises à tout recours de la part de ses créanciers, de son vivant, autant qu'à son décès. Nous verrons à l'étape 8 à mettre en place une stratégie pour protéger ces actions privilégiées de gel.

4.6. ÉTAPE 6 : CRÉATION D'UNE FIDUCIE FAMILIALE DISCRÉTIONNAIRE

La création d'une fiducie familiale discrétionnaire a, en comparaison avec la fiducie de gel expliquée précédemment, davantage un objectif de préservation de biens au sein d'une unité familiale. De cette façon, on veut s'assurer d'un contrôle permanent sur certains biens. En effet, au lieu d'être régies par le testament du défunt, les règles de la fiducie dicteront l'usage qui devra être fait de ces biens et pourra, par exemple dans le cas d'un chalet, assurer qu'il soit conservé pour les descendants du défunt et l'usage de la famille. Généralement, une telle fiducie sera discrétionnaire, c'est-à-dire que les fiduciaires auront la pleine liberté de remettre le revenu et/ou le capital de la fiducie en faveur du ou des bénéficiaires de leur choix. Ainsi, aucun des bénéficiaires ne peut exiger la remise du revenu et/ou du capital; ils n'ont pas de droit réel sur les biens. Le choix du constituant, des fiduciaires et des bénéficiaires sera généralement orienté en fonction des dispositions fiscales, c'est-à dire qu'on cherche en tout premier lieu à éviter, autant que possible, l'application du paragraphe 75(2) L.I.R. Dans le cas de M. Labolle, les bénéficiaires de la fiducie seront lui-même, sa nouvelle conjointe Cynthia Ladouce, son fils et sa fille, voire le fils de M^{me} Ladouce issu d'une première union, ainsi que l'ex-conjointe de M. Labolle, Jeanne Ledroit. Les frères et sœurs de M. Labolle, ou toute autre personne, pourront également être désignés bénéficiaires. Les fiduciaires seront M. Labolle et au moins un

autre fiduciaire qui n'est ni bénéficiaire ni constituant de la fiducie afin de respecter l'exigence de l'article 1275 C.c.Q. Le constituant, quant à lui, pourra être le père de M. Labolle; ce dernier n'est d'ailleurs pas pressenti pour être bénéficiaire. Le fait que M. Labolle transfère des biens personnels à une fiducie dont il est l'un des bénéficiaires et l'un des fiduciaires pourrait faire en sorte que le paragraphe 75(2) L.I.R. soit applicable.

4.6.1. Biens à transférer à la Fiducie familiale Labolle

Les biens à transférer à la fiducie familiale discrétionnaire de M. Labolle devront être déterminés en fonction de la règle suivante : il y aura disposition à la JVM des biens transférés à la fiducie de sorte qu'un impôt sera payable sur le gain en capital de ces biens. Ainsi, puisqu'il n'est pas possible de se prévaloir du roulement fiscal pour le transfert des biens à la fiducie familiale, ce sera généralement des biens ayant peu ou n'ayant pas de gain en capital latent qui seront transférés par M. Labolle à la Fiducie familiale Labolle : sommes d'argent, portefeuilles de placements, certificat de placement garanti, condo au Mont Tremblant (puisqu'il est sans plus-value en ce moment). Il est également possible d'y transférer des biens à usage personnel tels sa voiture BMW et sa résidence d'Outremont mais là, quelques questions supplémentaires méritent d'être analysées. En effet, lorsqu'une résidence est détenue en indivision par deux individus et que l'un d'eux désire transférer sa part en fiducie, il est prudent de prévoir une convention d'indivision entre la fiducie et l'autre conjoint (ou ex-conjoint) afin de prévoir ce qu'il adviendra de ce bien en cas de divorce, séparation ou décès : qui aura priorité pour acheter la part de l'autre (droit de préemption), à quel prix ou comment déterminer le prix de vente, etc. Quant à la voiture, le transfert de M. Labolle à la fiducie engendrera un impact fiscal du point de vue de la TVQ. Toutefois, il est préférable de suggérer à M. Labolle de conserver personnellement la voiture qu'il possède actuellement; lors de l'achat de sa prochaine voiture, il pourrait procéder à l'achat de celle-ci directement par la Fiducie familiale Labolle. On éviterait alors une double imposition en ce qui a trait à la TVQ.

4.6.2. Stipulations à l'acte de fiducie

Dans l'élaboration de ce type de fiducie à des fins de préservation d'actifs, on prévoit généralement, à l'acte constitutif, une clause restreignant le droit des bénéficiaires de transférer leur participation dans la fiducie à des tiers (stipulation d'inaliénabilité). De cette façon, on s'assurer que seuls les bénéficiaires initialement désignés conserveront ce droit qui leur est personnel, et donc que des créanciers éventuels ne pourraient bénéficier de tel droit. Cela garantit donc une transmission contrôlée des droits des

bénéficiaires pour réaliser l'affectation de la fiducie. De plus, afin d'accorder une protection additionnelle en faveur des bénéficiaires et ainsi respecter l'intention première du constituant de la fiducie, il est commun d'insérer une clause empêchant les fiduciaires de remettre ou d'attribuer les revenus et/ou le capital de la fiducie à un bénéficiaire qui serait dans un état d'insolvabilité ou qui est en voie de le devenir. L'ajout des clauses dites d'insaisissabilité et d'inaliénabilité peuvent également contribuer à augmenter le niveau de protection des actifs transférés en fiducie, en sus des éléments stipulés insaisissables en vertu des articles 553 et suivants du *Code de procédure civile*[80] du Québec. L'article 2649 C.c.Q. mentionne, quant à la stipulation d'insaisissabilité, qu'elle n'a d'effet que si elle est effectuée dans un acte à titre gratuit, que la stipulation est temporaire et justifiée par un intérêt sérieux et légitime. Et, pour être opposable aux tiers, cette stipulation doit être publiée au registre approprié, en l'espèce au Registre des droits personnels et réels mobiliers. La stipulation d'inaliénabilité, quant à elle, protège les biens qui sont remis au bénéficiaire jusqu'au moment où ce dernier décide d'en disposer. C'est l'article 1212 C.c.Q. qui spécifie qu'une telle stipulation peut être effectuée au sein d'un acte de donation ou d'un testament, qu'elle doit être consignée par écrit, stipulée temporairement et justifiée par un intérêt sérieux et légitime, et même qu'elle peut valoir pour toute la durée de la fiducie. Ainsi, une telle stipulation d'inaliénabilité entraîne l'insaisissabilité comme en fait foi l'article 1215 C.c.Q. Ici encore, la publication de cette stipulation, de même que la donation qui la sous-tend, requièrent d'être publiées afin d'être considérées comme opposables aux tiers. En pratique et dans le cas de M. Labolle, nous suggérons de publier la donation du lingot d'argent à la base de la constitution de la fiducie, de même que les stipulations d'insaisissabilité et d'inaliénabilité qui y sont liées lorsqu'il s'agit d'un contexte de protection d'actifs à l'encontre des créanciers, de sorte que l'opposabilité soit probante.

4.6.3. Droits de mutation

N'oublions pas de mentionner l'analyse nécessaire des droits de mutation applicables à un transfert d'immeuble. Heureusement, il sera possible pour M. Labolle de bénéficier d'une exonération du paiement des droits de mutations en vertu du paragraphe 20e) de la *Loi concernant les droits sur les mutations immobilières*[81]. En effet, on y prévoit que l'acte relatif au transfert d'un immeuble par une personne physique à un cessionnaire qui est une fiducie, alors que le cédant et la personne au

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

[81] L.R.Q., c. D-15.1 (ci-après « L.D.M.I. »).

bénéfice de laquelle la fiducie est établie sont la même personne ou des personnes liées entre elles au sens du paragraphe d) est exonéré. Lorsqu'on parle de personnes liées entre elles au sens du paragraphe d), on entend les personnes ayant un lien en ligne directe, ascendante ou descendante, entre conjoints ou un cessionnaire qui est le conjoint du fils, de la fille, du père ou de la mère du cédant ou qui est le fils, la fille, le père ou la mère du conjoint du cédant. Il en sera de même lorsque la fiducie attribuera l'immeuble à un bénéficiaire en règlement de sa participation au capital de la fiducie puisque le paragraphe 20e.1) L.D.M.I. exempte l'acte relatif au transfert d'un immeuble par une fiducie à la personne physique au bénéfice de laquelle la fiducie est établie, lorsque cette personne et celle qui a cédé l'immeuble à la fiducie sont la même personne ou des personnes liées entre elles tel qu'il a été établi précédemment.

4.6.4. Application du paragraphe 75(2) L.I.R.

Dans le cas où un contribuable est le constituant de la fiducie et qu'il est également bénéficiaire ou fiduciaire de la fiducie qu'il crée (c'est-à-dire qu'il a un droit de retour sur les biens ou de contrôle sur la dévolution des biens)[82], le paragraphe 75(2) L.I.R. aura pour effet de réputer tout revenu ou tout gain en capital imposable réalisé à la disposition du bien être un gain en capital imposable réalisé par ce constituant. Cette règle s'appliquera sa vie durant. Ainsi, il est fort possible que le paragraphe 75(2) L.I.R. s'applique dans la situation de M. Labolle, ce qui aurait pour effet de lui faire perdre le roulement à la sortie des biens de la fiducie. En effet, le paragraphe 108(1) L.I.R. stipule clairement que dès que le paragraphe 75(2) L.I.R. a trouvé application à une situation donnée, il ne sera pas possible de remettre les biens à un ou plusieurs bénéficiaires de la fiducie sans impact fiscal (c'est-à-dire sur le gain en capital latent) tant que le bénéficiaire à l'origine de l'application de ce paragraphe est vivant. Ainsi, au décès de M. Labolle, les biens pourraient être remis aux autres bénéficiaires de la fiducie pourvu que le paragraphe 75(2) L.I.R. ne soit pas appliqué à leur égard. Cependant, les biens n'ayant pas de plus-value accumulée ou encore une résidence faisant l'objet de l'exemption pour résidence principale pourront être distribués sans impact fiscal négatif.

L'impact de l'application du paragraphe 75(2) L.I.R. à la résidence principale détenue en fiducie est que, du vivant du constituant, seul ce dernier aurait avantage à réclamer l'exemption pour résidence principale

---

[82] Aux fins de l'article 1275 C.c.Q., il doit y avoir un fiduciaire qui n'est ni constituant ni bénéficiaire de la fiducie.

advenant la vente ultérieure de l'immeuble puisque les revenus et le gain en capital lui sont automatiquement attribués aux fins de l'imposition. L'application du paragraphe 75(2) L.I.R. a aussi pour effet d'entraîner un transfert avec incidence fiscale des biens de la fiducie aux autres bénéficiaires[83]. Ainsi, les biens ne pourraient être transférés sans incidence fiscale, durant la vie du constituant, qu'à celui-ci ou à sa conjointe. Toutefois, même si l'application du paragraphe 75(2) L.I.R. cesse à un moment, cela n'aura aucun impact sur l'application du paragraphe 107(4.1) L.I.R.[84]

4.6.5. Résidence principale détenue par la fiducie

Si la résidence principale est détenue par le biais d'une fiducie personnelle, cette dernière a la possibilité de réclamer l'exemption pour résidence principale. Pour ce faire, le logement doit être normalement habité par un « bénéficiaire déterminé » de la fiducie, son époux ou conjoint de fait ou par un enfant de celui-ci[85]. On entend par « bénéficiaire déterminé » tous les particuliers qui, au cours de l'année civile prenant fin dans l'année d'imposition concernée, ont détenu un droit de bénéficiaire dans la fiducie et ont normalement habité le logement ou ont eu un époux ou un conjoint de fait ou un enfant qui a normalement habité le logement. Ainsi, un particulier que la fiducie désigne comme l'une des personnes énumérées ci-dessus est un bénéficiaire déterminé de la fiducie pour l'année. Cependant, il faut noter que la fiducie ne devra pas compter parmi ses bénéficiaires une société de personnes ou une société par actions, car dans ce cas, la fiducie ne pourra jamais bénéficier de l'exemption pour résidence principale[86]. La clause de nomination des bénéficiaires d'une fiducie devrait donc être rédigée de façon à tenir compte de la possibilité pour la fiducie de pouvoir réclamer cette exemption.

Toutefois, pour chaque année d'imposition pour laquelle la fiducie désigne le bien comme sa résidence principale, aucun autre bien ne peut être

---

83 Par. 107(4.1) L.I.R.

84 C'est le paragraphe 107(2.1) L.I.R. qui s'applique et non le paragraphe 107(2) L.I.R. Voir le texte de Nancy BÉLANGER et Marie-Josée JALBERT, « Pot-pourri fiscal – Partie B, Fiducie et règle d'attribution du paragraphe 75(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* », dans *Congrès 2004*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2005, pp. 25:27-61, aux pages 25:42 et suivantes.

85 Art. 54 « résidence principale », al. a.1) L.I.R.

86 Art. 54 « résidence principale », s.-al. c.1)(iii) L.I.R.

désigné à ce titre par un « bénéficiaire déterminé » de la fiducie ou par toute personne qui, pendant toute l'année civile prenant fin dans l'année d'imposition, a été membre de l'« unité familiale » de ce bénéficiaire déterminé.

L'unité familiale d'un bénéficiaire déterminé comprend, en plus du bénéficiaire déterminé :

- l'époux ou le conjoint de fait du bénéficiaire déterminé pendant toute l'année civile prenant fin dans l'année d'imposition;

- les enfants du bénéficiaire déterminé sauf ceux qui étaient mariés ou vivaient en union de fait ou qui étaient âgés de 18 ans ou plus au cours de l'année civile; et

- lorsque le bénéficiaire déterminé n'était pas marié, ne vivait pas en union de fait ou n'était pas âgé de 18 ans ou plus au cours de l'année civile prenant fin dans l'année d'imposition, la mère et le père du bénéficiaire déterminé ainsi que les frères et sœurs du bénéficiaire déterminé qui n'étaient pas mariés, ne vivaient pas en union de fait ou n'étaient pas âgés de 18 ans ou plus au cours de l'année civile.

Il est essentiel de scruter attentivement les pouvoirs et droits qui sont énoncés à l'acte de fiducie afin d'évaluer les bénéficiaires potentiels de celle-ci. Dans une interprétation technique de novembre 2004[87], l'ARC a eu à se prononcer sur un cas où une fiducie avait été constituée au bénéfice de deux enfants majeurs. L'acte constitutif de la fiducie prévoyait que dans le cas où les deux enfants décédaient, les bénéficiaires seraient les héritiers légaux de ces enfants. La question était donc de savoir si les parents de ces enfants étaient des bénéficiaires de la fiducie au sens du sous-alinéa 54c.1)(ii) « résidence principale » L.I.R. L'ARC a conclu, en appliquant le paragraphe 248(25) L.I.R. qui définit l'expression « droit de bénéficiaire », que cette expression était assez large pour comprendre une situation où les parents n'ont qu'une infime possibilité de devenir bénéficiaires par l'effet d'une clause en cas d'impossibilité de distribuer à l'acte de fiducie. Donc, les parents seraient considérés comme des bénéficiaires de la fiducie et la désignation par la fiducie d'une propriété à titre de résidence principale aurait pour effet d'empêcher ceux-ci de se prévaloir de cette même exemption à l'égard d'une autre résidence qu'ils détiendraient par ailleurs,

---

87 *Tax Window Files*, *op. cit.* note 24, interprétation technique 2004-0063491E5, 2 novembre 2004.

pour les mêmes années. Cela a comme résultat de créer une situation injuste en comparaison du cas où un enfant majeur détient une résidence principale, que ses parents en détiennent une autre et où tous pourront utiliser l'exemption sur leur propre résidence, soit une pour l'enfant et une pour les parents. Le recours à la fiducie est donc un obstacle à un résultat équitable pour les contribuables. Une question a donc été posée lors du Congrès 2004 de l'Association de planification fiscale et financière[88] afin de savoir si cette problématique pouvait être évitée si, après la mise en place de la fiducie, cette dernière effectuait la remise de la résidence au particulier afin que ce dernier se prévale de l'exemption. La réponse a été que par l'application du paragraphe 40(7) L.I.R., le particulier sera réputé avoir été propriétaire de la résidence depuis le moment où la fiducie a acquis cette résidence. Toutes les années de détention de la fiducie sont donc réputées être celles du particulier et il pourra les utiliser aux fins du calcul de l'exemption pour résidence principale. Sans en faire mention expresse dans leur réponse, il semble que l'ARC considère que les parents pourront eux aussi utiliser l'exemption sur leur propre résidence pour les mêmes années, ce qui n'aurait pas été le cas si la fiducie avait vendu elle-même la résidence et demandé l'exemption pour résidence principale par la suite[89].

Ainsi, si une fiducie désigne un bien comme sa résidence principale pour une année d'imposition donnée, le bien est réputé avoir été désigné, pour l'année civile prenant fin dans l'année d'imposition, comme la résidence principale de chaque bénéficiaire déterminé de la fiducie[90]. Les bénéficiaires de la fiducie perdront alors le droit de réclamer l'exemption à l'égard de toute résidence qu'ils pourraient détenir par ailleurs pour les années à l'égard desquelles la fiducie a réclamé l'exemption pour résidence principale sur la résidence qu'elle détient. Néanmoins, si un ou des enfants majeurs sont seuls bénéficiaires d'une fiducie détenant une résidence qu'ils habitent normalement, cette fiducie pourra utiliser l'exemption pour résidence principale afin d'exonérer le gain sur cette résidence sans affecter l'exemption dont pourraient bénéficier leurs parents sur une autre résidence. Cela permet ainsi de multiplier, à l'intérieur de l'unité familiale, le nombre de résidences pouvant être admissibles à l'exemption. Également, si cela

---

88 « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2004*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2005, pp. 50:11-78., question 1.1., aux pages 50:11-13.

89 Nancy BÉLANGER, « La fiducie comme mode de détention d'une résidence principale », dans *Bulletin d'information – Collection fiscale*, Longueuil, Publications CCH, vol. 7, n° 7, juillet 2005, p. 1.

90 Art. 54 « résidence principale », al. f) L.I.R.

peut être avantageux, la fiducie pourra effectuer le choix du paragraphe 107(2.01) L.I.R. afin de disposer de la résidence à la JVM et réclamer elle-même l'exemption pour résidence principale.

S'il est possible de permettre la remise de la résidence sans impact fiscal aux bénéficiaires de la fiducie en vertu du paragraphe 107(2) L.I.R., le bénéficiaire qui recevra la résidence pourra considérer les années de détention par la fiducie comme des années où il en était propriétaire dans le cas d'une vente ultérieure à celle-ci. En effet, lorsqu'un bénéficiaire a acquis un bien d'une fiducie personnelle en règlement total ou partiel de sa participation au capital de la fiducie et où à la fois la disposition de roulement du paragraphe 107(2) L.I.R. s'est appliquée et le paragraphe 107(4) L.I.R. ne s'est pas appliqué, le paragraphe 40(7) L.I.R. prévoit une présomption qui s'applique au moment où le bénéficiaire disposera du bien. Aux fins de l'exemption pour résidence principale, le bénéficiaire est réputé avoir été le propriétaire du bien depuis que la fiducie l'a acquis. Il pourra alors réclamer l'exemption pour résidence principale si les conditions de l'article 54 L.I.R. sont respectées par ailleurs (notamment qu'il y ait eu habitation normale par un bénéficiaire déterminé). Toutefois, si aucun des bénéficiaires déterminés n'a normalement habité la propriété avant que la fiducie ne l'attribue à un des bénéficiaires, ce bénéficiaire ne pourra désigner la propriété comme sa résidence principale que pour les années pour lesquelles il y aura eu une habitation normale. Mentionnons également la présence de l'article 1283 C.c.Q. qui circonscrit l'exercice d'une faculté d'élire dont peuvent bénéficier les fiduciaires afin qu'elle ne puisse être exercée en faveur de celui qui l'exerce, ni même à son avantage. Par exemple, si un des trois fiduciaires d'une fiducie est également bénéficiaire de celle-ci et que les fiduciaires ont la faculté d'élire le ou les bénéficiaires du capital de la fiducie à même la liste de personnes énumérées à l'acte de fiducie, le fiduciaire-bénéficiaire ne pourrait s'attribuer le capital, la résidence par exemple. Toutefois, il semble qu'il pourrait être possible, pour que cette exigence légale soit satisfaite, de faire en sorte que ce fiduciaire-bénéficiaire ne prenne pas part à la décision qui le désigne bénéficiaire du capital de la fiducie, au même titre que s'il était dans l'impossibilité d'agir pour quelque raison que ce soit.

Par conséquent, il est possible de croire que l'attribution d'une résidence principale à un bénéficiaire de la fiducie n'a pas pour effet de faire perdre le droit à l'exemption pour résidence principale aux autres bénéficiaires (par exemple à un enfant majeur) de la fiducie si seul le bénéficiaire à qui a été

attribuée la résidence réclame l'exemption sur cette résidence pour les années où il y aura eu une habitation normale par celui-ci par ailleurs[91].

Notons également qu'il sera nécessaire pour cette fiducie de produire une déclaration de revenus T3 pour chaque année d'imposition, malgré le fait qu'elle puisse ne pas avoir de revenu taxable pour une année en raison du fait que l'alinéa 75(2) L.I.R. trouve application. En effet, une récente interprétation technique[92] confirme cette nécessité, de même que celle pour la fiducie d'émettre les feuillets fiscaux à cet égard.

4.6.6. Règle des 21 ans

Finalement, il importe de mentionner à M. Labolle l'application de la règle fiscale qui prévoit qu'au 21e anniversaire de la constitution de la fiducie, cette dernière sera réputée avoir disposé de tous ses biens à leur JVM d'alors et les acquérir de nouveau par la suite[93], faisant en sorte d'imposer toute augmentation de valeur sur ces biens depuis leur acquisition par la fiducie. Ainsi, il y a lieu de penser que la mise en place d'une telle structure aura une durée de vie approximative d'environ 21 ans afin d'éviter une telle imposition, malgré le fait que sa durée de vie légale puisse être de beaucoup supérieure. Il pourrait être prévu à l'acte constitutif, par exemple, de remettre les biens de la fiducie aux bénéficiaires immédiatement avant cette date[94] ou alors d'autres planifications devront être mises en place avant cette date. En effet, il ne sera généralement pas approprié de conserver la fiducie au-delà de cette date limite puisqu'il y a alors un risque de double imposition. Cet inconvénient fiscal devra donc être analysé à ce moment-là, eu égard à l'objectif premier de protection des éléments d'actifs.

---

91 Voir *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 24, interprétations techniques 2004-0086881C6, 8 octobre 2004; 9334535, 2 juin 1994; voir également AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-120R6, « Résidence principale », 17 juillet 2003, par. 35 et suiv.; S. P. WEISS, « Summer Tax Retreat », dans *The TaxLetter*, Toronto, MPL Communications Inc., vol. 23, no 7, juillet 2005.

92 *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 24, interprétation technique 2006-0185561, 11 septembre 2006.

93 Al. 104(4)b) et 104(4)c) L.I.R.

94 Par. 107(2) L.I.R.

4.6.7. Règles d'attribution

L'application des règles d'attribution doit être examinée de près lorsqu'il s'agit de mettre sur pied des stratégies simples ou complexes de protection d'actifs. Que ce soit des transactions plus simples qui impliquent des transferts de biens à un conjoint ou à des enfants ou des structures complexes avec des fiducies, il faut évaluer les implications fiscales pour celui qui transfère ses biens.

Tout plan qui comporte un transfert de bien du père ou de la mère à un enfant ou un transfert entre conjoints doit être structuré avec soin pour éviter l'application des règles d'attribution du revenu du paragraphe 74.1(2) et de l'article 75 L.I.R. Les règles visent à décourager les accords de fractionnement du revenu dans de nombreuses circonstances.

4.6.7.1. Transfert ou prêt au conjoint

Le paragraphe 74.1(1) L.I.R. s'applique lorsqu'un particulier transfère ou prête un bien directement au conjoint ou indirectement par le biais d'une fiducie ou par tout autre moyen au profit de son conjoint. La règle d'attribution ne s'appliquera pas si les personnes ne sont pas des conjoints lors du transfert, toutefois elle s'appliquera dès que le cessionnaire devient par la suite le conjoint du cédant. Tout revenu ou perte sur le bien transféré ou prêté est attribué au cédant et inclus dans son revenu pour l'année.

Voici certains éléments à considérer en ce qui a trait à l'application du paragraphe 74.1(1) L.I.R. :

- La disposition ne s'applique qu'au revenu de bien et non au revenu d'entreprise. Ainsi un prêt au conjoint pour l'exploitation d'une entreprise non constituée en société n'est pas visé par la mesure.

- Un transfert de bien avant le mariage ou une union de fait ne permet pas d'éviter l'application du paragraphe 74.1(1) L.I.R. lorsque les personnes deviennent subséquemment des conjoints.

- L'attribution du revenu ou d'une perte ne s'applique que pendant que les personnes sont des conjoints. L'application du paragraphe 74.1(1) L.I.R. cesse avec le décès du cédant ou du cessionnaire[95].

- L'attribution d'un montant de revenu ou de perte ne s'applique que pendant les périodes où le cédant réside au Canada.

- Une règle prévoit que le revenu ne sera attribué au cédant que si le revenu provient d'un bien qui a remplacé le bien transféré à l'origine.

- Les règles d'attribution ne s'appliquent qu'au revenu « de la première génération »[96]. Le revenu gagné sur le revenu déjà attribué au cédant est imposé dans les mains du cessionnaire.

4.6.7.2. Transfert ou prêt à un mineur

Le paragraphe 74.1(2) L.I.R. s'applique lorsqu'un particulier transfère ou prête un bien directement ou indirectement par le biais d'une fiducie ou par tout autre moyen au profit d'une personne de moins de 18 ans qui a un lien de dépendance avec le particulier ou qui est le neveu ou la nièce.

Tant que le particulier sera résident du Canada, le revenu ou la perte provenant du bien ou d'un bien substitué sera attribué au particulier. La règle d'attribution cesse de s'appliquer durant l'année au cours de laquelle le mineur atteint 18 ans avant la fin de l'année.

4.6.7.3. Gain ou perte en capital

Le paragraphe 74.2(1) L.I.R. s'applique lorsqu'un particulier a transféré ou prêté un bien soit directement au conjoint, soit indirectement, par le biais d'une fiducie ou par tout autre moyen, au profit du conjoint. L'excédent, s'il y a, du total des gains en capital imposables du bénéficiaire pour l'année provenant du bien transféré ou prêté (ou d'un bien y substitué) sur les pertes en capital déductibles provenant de tels biens est attribué au cédant et imposé entre ses mains à titre de gain en capital. Dans la situation contraire, l'excédent du total des pertes en capital déductibles subies par le bénéficiaire

---

95 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-511R, « Transferts et prêts de biens entre conjoints et dans certains autres cas », 21 février 1994, par. 18.

96 *Id*., par. 6.

sur le bien transféré ou prêté sur le total des gains en capital réalisés sur ce bien est réputé être une perte en capital déductible du cédant, pour l'année[97].

Les constatations applicables au paragraphe 74.1(1) L.I.R. valent également pour le paragraphe 74.2(1) L.I.R.

- La disposition s'appliquera lorsque le bien a été transféré à une personne avant qu'elle devienne le conjoint du contribuable. Il n'est donc pas possible d'éviter l'application du paragraphe 74.2(1) L.I.R. en transférant le bien avant le mariage (ou l'union de fait).

- L'attribution des gains ou pertes en capital cesse de s'appliquer dès que le cédant et le cessionnaire ne sont plus conjoints.

- Le paragraphe 74.2(1) L.I.R. ne s'applique plus pour la période postérieure au décès du cédant ou du cessionnaire[98].

- L'attribution de gains ou pertes en capital ne s'appliquent que pendant les périodes où le cédant réside au Canada.

- Le paragraphe 74.2(1) L.I.R. ne s'appliquera pas à la disposition réputée découlant de la cessation de résidence au Canada, sauf si les contribuables font conjointement le choix contraire dans leurs déclarations de revenu pour l'année de la vente du bien[99].

- Le cédant pourra utiliser sa DGC pour réduire le gain en capital attribué[100] lors d'une disposition d'AAPE.

---

97 Les alinéas 74.2(1)a) et b) L.I.R. excluent les biens meubles déterminés du calcul du gain ou de la perte en capital qui sont plutôt traités aux alinéas 74.2(1)c) et d) L.I.R. Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 95, par. 3.

98 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 95, par. 18.

99 Par. 74.2(3) L.I.R.

100 En vertu du paragraphe 74.2(2) L.I.R., le cédant est réputé avoir disposé du bien le jour où le cessionnaire en a disposé aux fins de l'article 110.6 L.I.R. La définition d'AAPE à l'article 110.6 L.I.R. prévoit que les actions doivent être détenues durant une période de 24 mois uniquement par la personne qui en dispose ou par une personne liée. Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 95, par. 4.

4.6.7.4. Transfert avec contrepartie à la JVM

Il est possible d'éviter que les paragraphes 74.1(1) et 74.1(2) ainsi que l'article 74.2 L.I.R. ne s'appliquent à un revenu, un gain ou une perte d'un bien transféré ou d'un bien y substitué lorsqu'un bien est transféré à la JVM. Selon le paragraphe 74.5(1) L.I.R., les conditions suivantes doivent être réunies :

- Au moment du transfert, la JVM du bien transféré ne dépasse pas la JVM du bien reçu en contrepartie du bien transféré.

- Si la contrepartie reçue comprend une créance, le taux d'intérêt est au moins égal au taux prescrit aux fins de l'impôt sur le revenu en vigueur au moment de l'établissement de la créance, ou au taux d'intérêt dont des parties sans lien de dépendance auraient convenu à ce moment.

- L'intérêt sur la créance payable pour l'année est payé dans les 30 jours après la fin de l'année d'imposition donnée.

- Dans l'année du transfert, le cédant choisit de ne pas se prévaloir de la disposition de roulement du paragraphe 73(1) L.I.R.

En ce qui a trait au dernier critère, il convient de noter qu'il est possible de faire le choix prévu au paragraphe 74.5(1) L.I.R. pour chaque bien. Ainsi, si le mari transfère 100 actions (qui sont des biens identiques aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*) à son épouse, il peut choisir de faire un choix pour 50 actions et se prévaloir des dispositions de roulement pour les 50 autres[101]. Dans cet exemple, l'attribution serait effectuée au prorata de sorte que la moitié du revenu ou des gains en capital imposables (pertes en capital déductibles) gagnés par le conjoint cessionnaire serait attribuée au conjoint cédant.

4.6.7.5. Prêts à la JVM

Le paragraphe 74.5(2) L.I.R. prévoit que les règles d'attribution ne s'appliqueront pas aux prêts à la JVM. Le paragraphe 74.5(2) L.I.R. s'applique au bien qui est prêté plutôt que transféré de sorte que le prêteur

---

[101] Le paragraphe 74.5(1) L.I.R. s'appliquera pourvu que le mari fasse le choix en vertu du paragraphe 73(1) L.I.R. de transférer les actions à la JVM. Le choix peut être fait pour certaines actions.

n'est pas tenu de faire un choix pour éviter l'application du roulement du paragraphe 73(1) L.I.R.

Les critères prévus pour l'application du paragraphe 74.5(2) L.I.R. s'établissent comme suit :

- Les intérêts sont comptés sur le prêt à un taux au moins égal au taux prescrit aux fins de l'impôt en vigueur au moment où le prêt est consenti ou au taux dont des parties sans lien de dépendance auraient convenu à ce moment.

- Les intérêts payables sur le prêt pour l'année sont payés dans les 30 jours de la fin de l'année donnée. De plus, les intérêts doivent avoir été payés à temps pour chacune des années antérieures où le prêt était impayé.

Dès que l'emprunteur peut obtenir un rendement plus élevé que le taux prescrit, ce type de planification peut être avantageux.

Plusieurs autres dispositions limitent la marge de manœuvre du contribuable :

- Le paragraphe 74.5(6) L.I.R. porte sur les prêts multiples où un particulier transfère ou prête un bien à un tiers à la condition que ce dernier transfère ou prête le bien ou un bien y substitué au profit du conjoint du particulier;

- Le paragraphe 74.5(7) L.I.R. vise les obligations découlant des garanties offertes par un particulier à un tiers au titre d'un prêt à être consenti par le tiers au conjoint du particulier[102]; et

- Le paragraphe 74.1(3) L.I.R. porte sur les prêts de « remplacement » par un conjoint[103].

---

[102] Les garanties comprennent celles qui sont offertes au titre des paiements du principal et des intérêts; voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 95, par. 9. Si le paragraphe 74.5(7) L.I.R. s'applique, le bien prêté par le tiers est réputé avoir été prêté par le particulier à son conjoint, les intérêts sur le prêt versés par le particulier ne sont pas pris en compte pour l'application des alinéas 74.5(2)b) et c) L.I.R.

[103] Dans AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 95, par. 7, l'ARC donne un exemple d'un prêt de remplacement où un prêteur qui n'a aucun lien de dépendance avec une personne prête de l'argent à celle-ci et le conjoint de cette personne lui fait un don pour acquitter la dette.

Lorsque ces dispositions s'appliquent, le revenu provenant du bien sera attribué au conjoint qui a facilité l'obtention du prêt, a garanti le prêt ou a consenti le prêt de remplacement[104], selon le cas.

4.6.7.6. Transfert ou prêt à une fiducie

Le paragraphe 74.3(1) L.I.R. contient des règles d'attribution lors des situations où un particulier prête ou transfère un bien, directement ou indirectement, à une fiducie dans laquelle une « personne désignée »[105], soit le conjoint du particulier ou une personne de moins de 18 ans qui a un lien de dépendance avec le particulier ou qui est le neveu ou la nièce du particulier, a un droit de bénéficiaire[106] et relativement à un revenu ou un gain en capital payé ou payable par la fiducie à une telle « personne désignée ».

Dans le cas d'un revenu ou d'une perte tirée d'un bien, l'inclusion pour le particulier correspond au moindre du :

- revenu tiré de la fiducie inclus en vertu de l'alinéa 12(1)m) L.I.R. par la personne désignée;

- revenu provenant du bien ou d'un bien substitué tiré par la fiducie $\times$ $\dfrac{\text{revenu inclus en vertu de l'alinéa 12(1)m) L.I.R. ci-dessus}}{\text{total des revenus inclus en vertu de l'alinéa 12(1)m) L.I.R. pour toutes les personnes désignées}}$

Pour les gains ou pertes en capital, l'inclusion pour le particulier est le moindre :

- du gain en capital imposable attribué à la personne désignée en vertu du paragraphe 104(21) L.I.R.;

- du total des gains en capital imposables tirés des biens transférés ou substitués qui excède le total des pertes en capital déductibles tirés de la disposition des biens transférés ou substitués.

---

104 L'alinéa 74.5(7)b) L.I.R. ne s'applique que si le garant paie l'intérêt sur l'emprunt pour le compte de l'emprunteur qui est la personne désignée par rapport au garant.

105 Par. 74.3(2) et 74.5(5) L.I.R.

106 Voir par. 248(25) L.I.R.

Dans ce cas, il faut éviter d'attribuer des revenus de biens ou des gains en capital à des personnes désignées.

4.6.7.7. Paragraphe 74.4(2) L.I.R. : transfert ou prêt à une société

L'article 85 L.I.R., qui permet le transfert en franchise d'impôt de biens admissibles[107] à une société canadienne imposable, laisse une grande marge de manœuvre au contribuable en matière de planification fiscale et successorale. L'article 85 L.I.R. est un outil de planification couramment utilisé; toutefois, il faut tenir compte des « règles d'imputation » de l'article 74.4 L.I.R.

L'article 74.4 L.I.R. vise à décourager le fractionnement du revenu et la réduction de l'impôt payable par ailleurs par le biais du transfert ou du prêt d'un bien à une société. En vertu du paragraphe 74.4(2) L.I.R., un intérêt réputé au titre du transfert ou du prêt sera inclus dans le revenu du cédant si les conditions suivantes sont réunies :

- Le particulier qui réside au Canada a transféré ou prêté un bien, directement ou indirectement, au moyen d'une fiducie ou autrement, à une société qui n'est pas une « société exploitant une petite entreprise », telle qu'elle est définie au paragraphe 248(1) L.I.R.

- Il est raisonnable de considérer que l'un des principaux objets du transfert ou du prêt est de réduire le revenu du cédant et à avantager directement ou indirectement, au moyen d'une fiducie ou autrement, une personne qui est une « personne désignée » relativement au cédant.

- La « personne désignée » est également un « actionnaire déterminé » de la société, selon la définition du paragraphe 248(1) L.I.R., à savoir que, généralement, la personne détient au moins 10 % des actions d'une catégorie émises par la société ou une société qui lui est liée. Les actions d'une « société exploitant une petite entreprise » sont exclues de ce critère du 10 %.

Le terme « personne désignée », défini au paragraphe 74.5(5) L.I.R., s'entend d'une personne qui est l'époux ou le conjoint de fait du particulier qui a transféré ou prêté le bien à la société. Une personne ne sera pas une « personne désignée » en cas de rupture du mariage ou de l'union de fait. Il ne fait aucun doute que cette définition a une incidence sur les transferts de

---

[107] Le terme « bien admissible » est défini au paragraphe 85(1.1) L.I.R.

biens entre conjoints par le biais d'une société, en particulier à la lumière des conséquences punitives du paragraphe 74.4(2) L.I.R. Plus précisément, l'application de ce paragraphe entraîne les conséquences suivantes :

- Le cédant est réputé avoir reçu, et est tenu d'inclure dans son revenu, l'intérêt sur la « valeur impayée »[108] du bien transféré ou prêté à la société, calculé au taux d'intérêt prescrit en vigueur pour la période au cours de laquelle le paragraphe 74.4(2) L.I.R. s'applique. Cet avantage réputé au titre de l'intérêt est diminué de l'intérêt reçu par le cédant sur le transfert ou le prêt et de 5/4 des dividendes reçus par le cédant de la société cessionnaire sur les actions reçues de la société en contrepartie.

- Le revenu de dividendes réel reçu par la « personne désignée » n'est pas attribué au cédant et est imposé aux mains de la « personne désignée ».

- La société cessionnaire ne peut déduire les intérêts sur l'avantage réputé au titre des intérêts.

- Cette disposition s'appliquera même si la société cessionnaire ne tire aucun revenu du bien transféré ou prêté et même si la « personne désignée » ne reçoit en réalité aucun montant de la société.

Il y a principalement deux exceptions à l'application du paragraphe 74.4(2) L.I.R.

D'abord, tant que la société cessionnaire est une « société exploitant une petite entreprise », le paragraphe 74.4(2) L.I.R. ne s'applique pas. Nombre de gels successoraux portent sur des AAPE, donc des sociétés qui exploitent une petite entreprise.

Ensuite, le paragraphe 74.4(2) L.I.R. ne s'applique pas si la « personne désignée » n'est pas un « actionnaire déterminé » de la société; toutefois en pratique, cette exception ne s'applique pas dans la plupart des gels successoraux familiaux puisque l'intention n'est pas de limiter la participation des personnes désignées à moins de 10 %.

---

[108] Le terme « valeur impayée » est défini au paragraphe 74.4(3) L.I.R. et s'entend généralement de la JVM du bien transféré ou du prêt, moins toute contrepartie (qui n'est pas la « contrepartie exclue ») telle qu'elle est définie au paragraphe 74.4(1) L.I.R. que le cédant reçoit de la société pour le bien. La contrepartie exclue comprend un titre de créance, une action ou un droit de recevoir une créance ou une action.

Que peut-on faire lorsqu'un gel successoral implique par exemple une société de portefeuille pour éviter l'application du paragraphe 74.4(2) L.I.R.?

Il faut alors se tourner vers le paragraphe 74.4(4) L.I.R. L'acte de fiducie doit prévoir que nulle personne ne peut recevoir aucune distribution du revenu ou du capital de la fiducie tant qu'elle est une « personne désignée » relativement au cédant[109]. Lorsque le conjoint du cédant est une « personne désignée », une telle clause dans l'acte de fiducie l'empêche de recevoir une distribution de la fiducie avant que le cédant décède ou que les conjoints divorcent ou mettent un terme à l'union de fait. Dans le cas d'une personne de moins de 18 ans, l'acte de fiducie indique que la personne n'aura pas droit à des revenus tant qu'elle n'aura pas atteint 18 ans durant l'année.

4.6.7.8. Paragraphe 75(2) L.I.R. : fiducie au profit du conjoint avec droit de retour

Nous reviendrons de façon plus générale sur l'application du paragraphe 75(2) L.I.R. abordée à la section 4.6.4. Il y a très peu d'interprétations techniques de l'ARC et de cas de jurisprudence qui portent sur le paragraphe 75(2) L.I.R.

Le paragraphe 75(2) L.I.R. s'appliquera si l'un des critères suivants est respecté :

1) le bien est détenu par la fiducie à condition que ce dernier ou un bien qui lui est substitué puisse revenir à la personne dont il a été reçu directement ou indirectement;

2) le bien ou un bien qui lui est substitué peut être transporté à des personnes qui seront déterminées par le cédant après la création de la fiducie;

3) durant la vie du cédant, le bien détenu par la fiducie ne peut faire l'objet d'une disposition qu'avec le consentement du cédant ou suivant ses instructions.

---

[109] Il est important de noter que la définition de « personne désignée » s'entend également d'une personne de moins de 18 ans qui a un lien de dépendance avec le particulier (à savoir, le cédant) ou qui est le neveu ou la nièce du particulier.

Le transfert de bien à une fiducie, à la JVM, n'empêchera pas l'application du paragraphe 75(2) L.I.R., si au moins une des conditions mentionnées ci-dessus est respectée[110]. De plus, le paragraphe 75(2) L.I.R. s'appliquera à toute personne qui transfère un bien à une fiducie, même si cette personne n'est pas techniquement l'auteur de la fiducie[111].

Le paragraphe 75(2) L.I.R. s'appliquera même si la possibilité que le bien revienne au cédant est éloignée (par exemple, le cédant est le bénéficiaire conditionnel ultime du capital d'une fiducie en vertu d'une clause de « sauvegarde »)[112].

Cette disposition pourrait également entrer en jeu lorsqu'une personne consent à une fiducie un prêt qui n'est pas un prêt « authentique »[113]. Cependant, un prêt authentique, garanti ou non (généralement considéré comme un prêt consenti à des conditions commerciales), ne devrait pas causer de tels problèmes[114]. L'affaire *Howson* c. *MRN*[115] est récemment venue confirmer que le paragraphe 75(2) L.I.R. ne s'applique pas à un prêt de bonne foi.

Pour éviter l'application du paragraphe 75(2) L.I.R., un cédant ne peut être un bénéficiaire du capital de la fiducie (conditionnel ou autrement), puisque cela signifierait que le bien pourrait lui revenir de sorte que le premier critère ci-dessus serait respecté; le cédant peut toutefois être un bénéficiaire du revenu de la fiducie (même si, dans le cas d'une fiducie au profit du conjoint, il devrait être un bénéficiaire conditionnel du revenu).

---

110 *Tax Window Files*, *op. cit*., note 24, interprétations techniques 2002-0118255, 10 juin 2002; 2000-0012557, 17 juillet 2000; 9601665, 20 août 1996; 9332575, 27 janvier 1994.

111 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-369R, « Attribution du revenu provenant d'une fiducie à un auteur ou disposant », 12 mars 1990, par. 11.

112 *Tax Window Files*, *op. cit*., note 24, interprétations techniques 2001-0096435, 8 novembre 2001; 9304585, 17 mai 1993.

113 *Id*., interprétations techniques 2006-0185571C6, 11 septembre 2006; 2000-0042505, 30 avril 2001; 9304585, 17 mai 1993; 2005-0127351E5, 2 février 2006; 2000-0042505, 30 avril 2001.

114 *Id*., interprétations techniques 2005-0127351E5, 2 février 2006; 2000-0042505, 30 avril 2001.

115 2006 D.T.C. 644 (C.C.I.).

Analysons le troisième critère décrit ci-dessus. Il est clair qu'il faut accorder une attention particulière à la question du cédant qui agit comme fiduciaire de la fiducie. Si le cédant n'est pas le seul fiduciaire de la fiducie et que les décisions sont prises au vote à la majorité simple des fiduciaires, le paragraphe 75(2) L.I.R. ne devrait pas s'appliquer. Toutefois, si la décision doit être prise au vote majoritaire et que le cédant doit faire partie de la majorité, ou si l'unanimité des fiduciaires est requise, l'ARC estime que le paragraphe 75(2) L.I.R. s'appliquera[116]. Il est important de noter que si les modalités et conditions de la fiducie ne disent rien sur la façon dont les décisions doivent être prises, on présumera qu'elles doivent l'être à la majorité.

Il faut donc passer en revue toutes les règles d'attribution et porter une attention toute particulière au paragraphe 75(2) L.I.R. qui a une portée très large.

Le paragraphe 75(2) L.I.R. est également pertinent quant aux attributions de biens de la fiducie aux bénéficiaires du capital. En vertu du paragraphe 107(4.1) L.I.R., lorsque la fiducie est une fiducie avec droit de retour en vertu du paragraphe 75(2) L.I.R. et que les autres critères sont respectés, les actifs ne peuvent être transférés à certains bénéficiaires sur une base d'impôt reporté[117] alors qu'ils pourraient autrement être admissibles au roulement en vertu du paragraphe 107(2) L.I.R.

Nous attirons votre attention sur une question de la Table ronde sur la fiscalité fédérale du Congrès 2005[118] qui fut ramenée au Congrès 2006[119] de l'Association de planification fiscale et financière. La situation est la suivante :

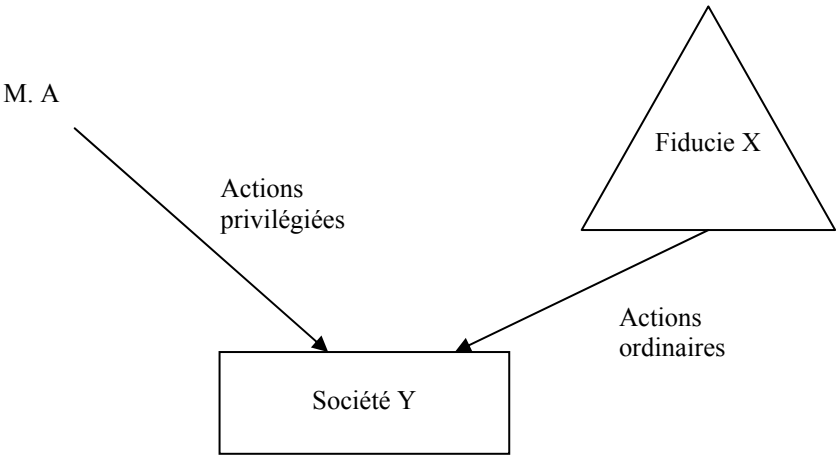
---

116 *Tax Window Files*, *op. cit*., note 24, interprétations techniques 9717815, 19 novembre 1997; 9514275, 21 août 1995.

117 Les bénéficiaires qui ne seront pas admissibles au roulement selon le paragraphe 107(4.1) L.I.R. sont les personnes autres que i) l'auteur ou une personne qui a contribué un bien à la fiducie ou ii) le conjoint, ou l'ex-conjoint, une fiducie pour le conjoint ou un bénéficiaire auquel le paragraphe 73(1) L.I.R. s'applique lors du transfert d'une immobilisation d'une personne visée à l'élément i).

118 « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2005*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2006, pp. 59:1-72, question 1.1., aux pages 59:5-6.

119 « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2006*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2007, pp. 53:1-72, question 14., aux pages 53:31-34.



La Fiducie X est seule détentrice des actions ordinaires de la Société Y obtenue à la suite d'un gel successoral de la Société Y. L'acte constitutif de la Fiducie X désigne divers bénéficiaires. L'acte constitutif de la Fiducie X contient notamment une clause prévoyant la désignation de bénéficiaire suivante (ci-après « clause ») : « [...] toute société par actions, constituée ou à être constituée et dont les seuls actionnaires seront l'un ou l'autre ou plusieurs des personnes ou patrimoine fiduciaires désignés aux termes du présent paragraphe incluant la fiducie ».

En vertu de la clause de désignation des bénéficiaires, la Société Y se retrouve bénéficiaire de la Fiducie X à l'égard d'actions de son propre capital-actions qui sont la propriété de la Fiducie X.

Les fiduciaires de la Fiducie X sont :

- M. A; et
- ami de M. A.

De plus, les bénéficiaires de la Fiducie X sont :

- M. A;
- conjointe de M. A;
- enfants de M. A;

- petits-enfants de M. A; et

- toute société en vertu de la clause.

Selon l'ARC, le paragraphe 75(2) L.I.R. trouvera application de sorte que tout revenu ou toute perte résultant de ces actions ou de biens y substitués, ou tout gain en capital imposable ou toute perte en capital déductible provenant de la disposition de ces actions ou de biens y substitués, sera réputé être un revenu ou une perte, selon le cas, ou un gain en capital imposable ou une perte en capital déductible, selon le cas, de la Société Y.

L'ARC considère que les montants attribués à une personne en vertu du paragraphe 75(2) L.I.R. doivent normalement être exclus soit du revenu du bénéficiaire de la fiducie à qui ils ont été payés ou en faveur de qui ils sont devenus payables au cours de l'année, soit du revenu de la fiducie lorsqu'ils n'ont pas été payés ou qu'ils ne sont pas devenus payables à un bénéficiaire de la fiducie au cours de l'année.

La structure proposée peut être explosive puisque selon l'ARC l'utilisation d'une disposition antiévitement telle que le paragraphe 75(2) L.I.R. dans le but d'obtenir un avantage fiscal (l'utilisation du paragraphe 75(2) L.I.R. combinée à celle du paragraphe 112(1) L.I.R. permet d'éviter le paiement de tout impôt à l'égard des dividendes reçus par la Fiducie X et distribués à ses bénéficiaires) entraînerait l'application du paragraphe 245(2) L.I.R.

Il faut donc considérer toutes ces règles lors de la mise en place d'une structure de protection d'actifs pour M. Labolle.

4.7. ÉTAPE 7 : CRÉATION D'UNE SOCIÉTÉ EN COMMANDITE

4.7.1. La société de personnes

La création d'une société de personnes est une solution de rechange à la société à but unique pour acquérir et détenir un immeuble à usage personnel aux États-Unis afin de limiter l'application des droits successoraux américains et donc de poursuivre l'objectif de M. Labolle de voir à la protection et à la conservation de ses actifs. À titre d'exemple, les membres de la famille de M. Labolle, de même qu'une société par actions, pourraient contribuer une part chacun au capital de la société de personnes (à responsabilité limitée ou illimitée) afin de procéder à l'acquisition de la résidence principale par la société de personnes.

De façon générale, le recours à la société de personnes vise à permettre le partage des profits et des dépenses d'un commerce, d'une entreprise, d'une activité commerciale. Un doute subsiste à savoir s'il est possible de constituer une société de personnes dans le seul but de détenir un bien à usage personnel sans objectif commercial, sans désir de partager les profits, comme dans le cas d'une résidence personnelle secondaire. Ainsi, afin d'éviter toute ambigüité à ce sujet, il peut être recommandé de détenir, en plus de la résidence personnelle, d'autres éléments d'actif générateurs de revenus, tels des portefeuilles de placement, afin de consolider la prétention de l'existence légale d'une telle entité.

Aussi, dans le cas où seuls des conjoints sont associés de la société de personnes, il pourrait être important qu'une personne autre que les conjoints soit un associé de la société de personnes ou encore soit le commandité dans la perspective d'une société en commandite. De cette façon, le décès d'un des conjoints n'aurait pas pour effet de ne laisser qu'un seul associé, risquant ainsi d'entraîner la dissolution de la société de personnes. Néanmoins, l'article 2232 C.c.Q. accorde une certaine souplesse en prévoyant que la réunion de toutes les parts sociales entre les mains d'un seul associé n'emporte la dissolution de la société de personnes que si dans les 120 jours suivant le décès d'un associé, aucun autre associé ne s'est joint à la société de personnes.

4.7.1.1. Imposition de la société en commandite

D'abord, la société de personnes est considérée comme une personne distincte aux fins du calcul de son revenu. Ainsi, on calcule le revenu au niveau de la société de personnes et ensuite chacun des associés inclut dans ses propres revenus sa part du revenu tiré de la société de personnes, le calcul étant effectué séparément pour chacun des associés. Ainsi, les crédits d'impôt étrangers se réclament au niveau de chacun des associés personnellement.

Afin de mieux connaître la pertinence de cette méthode, voyons quelques questions que soulève l'utilisation de cette stratégie pour détenir la résidence personnelle de M. Labolle située à San Francisco.

4.7.1.2. Y a-t-il calcul d'un avantage imposable pour les associés?

L'un des avantages de recourir à la société de personnes, plutôt qu'à une société canadienne, dans le cadre d'une planification visant à réduire l'application des droits successoraux américains est qu'aucun article de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne prévoit le calcul d'un avantage imposable à

l'associé pour l'utilisation personnelle par lui d'un bien de la société de personnes. En effet, sur le plan fiscal, la société n'est pas une entité reconnue malgré le fait qu'elle le soit sur le plan légal; elle ne sert que comme mécanisme de répartition des revenus et des pertes générés par une activité économique commerciale entre les associés. La question de l'avantage imposable dans le cadre de cette structure n'a pas, à notre connaissance, été appliquée à un cas semblable à celui en l'espèce. Aucun article de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne semble pouvoir s'appliquer pour imposer un avantage imposable à un associé et donc aucun loyer ne devrait être exigé pour l'utilisation d'un tel bien par un associé.

4.7.1.3. La société en commandite peut-elle se prévaloir de l'exemption pour résidence principale?

Une société de personnes n'étant pas une entité fiscale en soi, elle ne peut se prévaloir de l'exemption pour résidence principale. Toutefois, un associé de la société de personnes peut utiliser l'exemption pour résidence principale pour réduire ou éliminer la partie du gain tiré de la disposition du bien qui lui est attribué en vertu du contrat de société, pourvu qu'il satisfasse aux autres exigences de la définition de « résidence principale » de l'article 54 L.I.R.[120] S'il ne se prévaut pas de l'exemption pour résidence principale, l'associé s'imposera alors sur le gain en capital imposable à un taux marginal d'environ 52,04 % pour l'année 2006 si l'associé est une société et à 24,1 % s'il s'agit d'un particulier.

4.7.1.4. Quels sont les impacts du décès d'un associé de la société en commandite?

Au décès d'un des associés, le revenu de la société de personnes est calculé et la part de l'associé décédé doit être incluse dans sa déclaration de revenu de l'année du décès[121]. Le droit au partage des bénéfices de la société de personnes entre la fin du dernier exercice financier et la date du décès de l'associé représente un droit ou bien qui peut faire l'objet d'une déclaration de revenus distincte et ainsi augmenter le prix de base rajusté (ci-après « PBR ») de la participation dans la société de personnes. Cependant, comme la résidence secondaire de San Francisco détenue par la société de personnes ne génère en principe aucun revenu, on ne pourrait bénéficier d'une telle

---

120 AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-120R6, « Résidence principale », 17 juillet 2003, par. 39. Voir les conditions énoncées précédemment pour réclamer l'exemption pour résidence principale.

121 Al. 12(1)l) et 96(1)b) L.I.R.

augmentation de PBR. Comme la participation dans une société de personnes représente une immobilisation, les règles habituelles de disposition réputée à la JVM au décès vont s'appliquer pour déterminer le coût d'acquisition réputé du bénéficiaire[122]. Il y aura toutefois un roulement si cette participation est léguée au conjoint du défunt[123].

4.7.1.5. Est-il possible pour un contribuable canadien qui détient personnellement un immeuble résidentiel situé à San Francisco de le transférer à une société en commandite?

Comme pour les sociétés, il est permis pour un associé de transférer des biens (notamment des immobilisations) à une société de personnes par voie de roulement fiscal en vertu du paragraphe 97(2) L.I.R. Il est toutefois essentiel que la personne qui effectue un tel transfert devienne membre de la société de personnes immédiatement après le transfert. Par conséquent, il est possible pour M. Labolle qui détient déjà un immeuble, de le transférer sans impact fiscal immédiat à une société de personnes, ce que le transfert à une fiducie personnelle ne permettrait pas de faire par exemple. De plus, il est possible de mettre fin à la société de personnes en transférant sans impact fiscal tous ses biens aux associés, en indivision[124]. Il est primordial que les biens de la société de personnes ne soient pas répartis entre les associés mais bien que chacun d'eux détienne un droit indivis sur l'ensemble des biens dans une proportion identique à celle de leur intérêt respectif dans la société de personnes. Par la suite, les associés pourront se vendre, entre eux, leurs droits indivis dans les biens autrefois détenus par la société de personnes générant ainsi les conséquences fiscales inhérentes à de telles ventes. De cette façon, un associé pourrait se retrouver pleinement propriétaire de l'immeuble mais à un coût correspondant à la proportion de parts des autres associés sur la JVM de l'immeuble.

4.7.1.6. Quels sont les principales incertitudes exprimées par les autorités fiscales américaines à l'égard de la reconnaissance d'une société de personnes canadienne?

Plusieurs d'incertitudes touchent la question du *situs* de la société de personnes aux fins fiscales américaines. En effet, plusieurs avenues sont suggérées pour déterminer le pays de rattachement de cette entité mais

---

122 Par. 70(5) L.I.R.

123 Par. 70(6) L.I.R.

124 Par. 98(3) L.I.R.

aucune n'est, à notre connaissance, officiellement adoptée par l'Internal Revenue Service (ci-après « IRS ») : lieu de l'exploitation de l'activité commerciale de la société de personnes, lieu du domicile des associés, lieu où se trouvent les actifs de la société de personnes, lieu qui régit légalement la société de personnes (soit le lieu de la constitution et de l'organisation de la société de personnes)[125]. De façon générale, les autorités fiscales américaines se réfèrent au lieu de constitution de la société de personnes étrangère afin de déterminer la validité de sa constitution. Or, en se référant aux lois du Québec dans l'hypothèse d'une société de personnes y constituée, il semble que des doutes subsistent quant à la possibilité pour une société de personnes de ne détenir qu'un bien à usage personnel. En effet, l'article 2186 C.c.Q. prévoit ce qui suit :

> « 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. »

Ainsi, malgré le fait que la loi ne soit pas tout à fait claire à cet effet, il est généralement reconnu que le *situs* d'une société de personnes se trouvera à l'endroit où la société exerce son entreprise, son commerce. Sur le plan fiscal américain, un doute subsiste selon lequel une société de personnes utilisée pour détenir de façon passive un immeuble puisse répondre à ce critère d'exercer un commerce, une entreprise[126]. Cela nous porte donc à penser qu'il serait souhaitable qu'une société de personnes détienne, au minimum, des actifs avec l'intention que ceux-ci génèrent des revenus afin de pouvoir se qualifier de « société de personnes » aux fins du *Code civil du Québec* et aux fins fiscales étrangères; par exemple, le fait de détenir une partie du portefeuille de placements[127] en plus de l'immeuble pourrait avoir

---

125 Nadja IBRAHIM, Paula IDEIAS et Beth WEBEL, « Ownership of US Residential Property by Canadian Residents », dans *2005 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2006, pp. 7:1-29, à la page 7:19.

126 *Revenue Ruling* 70-59, 1970-1 C.B. 280; 55-701, 1955-2 C.B. 836; *Sanchez* v. *Bowers*, 70 F.2d 715 (2d Circ. 1934); Susan F. KLEIN, « Real Estate Investments in the USA: U.S. Estate and Gift Tax Issues for Canadians and Canadian Investment in U.S. Real Estate », dans *Colloque – L'international*, 56, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1992, pp. 9:1-16, aux pages 9:11 et suiv. (section III).

127 François GIROUX et Richard E. HALPERIN, « Détention d'un immeuble aux États-Unis : aspects fiscaux américains et canadiens », dans *Congrès 2004*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2005, pp. 14:1-78, aux pages 14:8-15.

pour effet de confirmer que les parties entendent partager les bénéfices pécuniaires de la société. Fort de ces incertitudes, il est permis de craindre que l'IRS tentera de passer outre cette entité légale étrangère pour assujettir les biens de l'associé décédé à l'impôt successoral américain.

Lorsque les actifs sont détenus par une société de personnes étrangère qui ne s'éteint pas par le décès d'un associé, seule la part de l'associé décédé dans la société de personnes serait incluse dans sa succession et non l'ensemble des biens composant la société de personnes. Si la société de personnes étrangère s'éteint par le décès d'un associé, les biens de la société seront généralement traités comme appartenant directement au défunt selon le pourcentage de sa part dans la société de personnes. L'importance de prévoir un associé corporatif prend ici tout son sens afin que les autorités fiscales américaines ne puissent prétendre à l'extinction de la société en vertu de nos lois civiles.

4.7.1.7. Quels sont les impacts d'effectuer le choix de *check-the-box* aux fins fiscales américaines?

Afin de favoriser la thèse d'une entité fiscale distincte de ses associés et de renforcer la position afin de soustraire cette part de la société de personnes aux droits successoraux américains, une société de personnes canadienne pourra vraisemblablement effectuer le choix de *check-the-box* afin d'être traitée, aux fins fiscales américaines, comme une société étrangère[128]. Pour pouvoir effectuer un tel choix, la loi fiscale fédérale américaine exige que la société de personnes puisse être considérée comme une entité distincte de ses associés; cette qualification ne dépend toutefois pas du fait que les lois du lieu de constitution de la société de personnes reconnaissent cette distinction ou non[129]. L'impact de cette désignation est que l'entité continuera d'être traitée comme une société de personnes aux fins fiscales canadiennes alors qu'elle sera une société aux fins fiscales américaines. L'avantage d'une telle désignation est donc de réduire le degré d'incertitude entourant la détermination du *situs* de la société de personnes étrangère aux fins américaines puisque, alors, elle sera considérée comme une société canadienne. Par conséquent, l'impôt successoral ne devrait pas

---

[128] Les règles de *check-the-box* ont été introduites le 1er janvier 1997. Voir Treas. Reg. 301.7701-1 à 301-7701-3. Le formulaire INTERNAL REVENUE SERVICE, Department of the Treasury, « Entity Classification Election », *Form 8832*, septembre 2002, devra être produit à cette fin.

[129] N. IBRAHIM, P. IDEIAS et B. WEBEL, *loc. cit*., note 125, 7:19. Voir également Treas. Reg. 301.7701-2(a).

s'appliquer au décès d'un des associés puisque, à des fins américaines, l'immeuble résidentiel serait réputé être détenu par une corporation (en vertu du choix de *check-the-box*). Or, cette corporation n'étant pas américaine mais bien une société constituée au Québec, les parts (ou les « actions » aux fins américaines) ne seraient pas un bien situé aux États-Unis aux fins de l'impôt successoral américain mais plutôt des actions de société canadienne. Si la société de personnes ne fait pas le choix d'être traitée comme une société aux fins de l'impôt américain (c'est-à-dire si la société de personnes ne fait pas le choix de *check-the-box* comme nous le verrons dans les paragraphes suivants), le risque de ne pas être reconnue à ce titre persiste si elle n'exerce pas d'activités commerciales telles qu'il a été énoncé précédemment. Il serait cependant possible de bénéficier du faible taux d'imposition américain du gain en capital sur la vente d'un immeuble résidentiel.

Par conséquent, si l'immeuble venait à être vendu une fois qu'un tel choix aurait été effectué, il y aurait imposition au taux corporatif le plus élevé sur le gain en capital réalisé, en comparaison du taux applicable aux individus qui n'est que d'environ 15 % pour l'an 2006[130]. Un problème se pose si l'exemption pour résidence principale a été réclamée au Canada par un associé de la société de personnes. Alors, aucun crédit d'impôt étranger ne serait disponible à l'encontre de l'impôt sur le gain en capital américain payé par la « société ». Si l'exemption pour résidence principale n'a pas été réclamée, le crédit d'impôt serait disponible mais de façon très limitée. Il s'agit d'un facteur important à considérer lors de la mise en place d'une telle structure si la vente de l'immeuble est envisageable avant le décès.

Afin d'être considérée comme une société aux fins fiscales américaines, le choix de *check-the-box* est effectif à la date indiquée sur le formulaire « Form 8832 » ou, à défaut d'une telle indication, à la date de production de ce formulaire. La date de prise d'effet de cette désignation ne peut cependant être antérieure à plus de 75 jours de la date de production du formulaire ni ne peut être de plus de 12 mois après la date de production dudit formulaire. Par conséquent, une planification *post mortem* serait possible en raison de la rétroactivité permise lors de la production du formulaire afin de rendre effectif un tel choix. On pourrait donc prétendre qu'au décès d'un associé d'une société de personnes canadienne qui n'a toujours pas fait le choix de

---

130 Le taux d'imposition américain sur le *long-term capital gains* pour un individu dont les revenus sont imposés au taux marginal d'imposition est de 15 % pour l'an 2006. Ainsi, l'impôt américain applicable aux individus est inférieur d'environ 9 % du taux d'imposition du gain en capital canadien qui se chiffre à 24 %.

check-the-box aux fins américaines, il serait possible d'effectuer un tel choix dans un délai de 75 jours suivant le décès afin que le choix prenne effet au moment du décès de l'associé et ainsi soustraire la part de l'associé défunt de l'impôt successoral américain[131]. L'avantage de retarder la production d'un tel choix jusqu'au moment du décès de l'associé est qu'advenant la vente de la propriété du vivant de l'associé, il serait possible de bénéficier du taux d'imposition américain réduit car le gain en capital serait alors imposé dans les mains des associés en plus de pouvoir réclamer le crédit d'impôt étranger canadien. Néanmoins, une telle planification *post mortem* est complexe, exige un suivi minutieux et soulève des interrogations : est-ce que le défunt sera réputé avoir disposé de sa part dans la société de personnes aux fins fiscales canadiennes? Et alors, pourrait-il réclamer le crédit d'impôt étranger pour l'impôt américain payé par le choix de *check-the-box*? Devrait-on faire le choix de ne pas profiter du roulement au conjoint aux fins canadiennes afin de pouvoir réclamer le crédit d'impôt étranger sur l'impôt payé par le choix de *check-the-box*? La société de personnes devrait-t-elle être liquidée par la suite pour éviter la double imposition? Et quelle serait la procédure mise en place afin de s'assurer du respect du délai de 75 jours pour la production du formulaire? C'est sans compter que certains fiscalistes sont d'avis que l'IRS pourrait attaquer une telle planification *post mortem* en vertu de la disposition 2035 I.R.C. pour invalider cette désignation aux fins de l'impôt successoral américain[132].

4.7.1.8. Quelles sont les principales contraintes de recourir à une société de personnes pour la détention d'une résidence secondaire à San Francisco?

La principale contrainte de recourir à la société de personnes est que ce véhicule ne soit pas reconnu autant aux fins légales québécoise qu'aux fins fiscales américaines puisqu'elle n'exploite pas une entreprise dans le but de partager des profits.

La seconde contrainte de recourir à un tel véhicule juridique, et qui découle en quelque sorte de la première contrainte, est sur le plan des droits qui pourraient être reconnus à l'auteur d'une telle société de personnes en regard de l'impôt successoral américain. En effet, l'IRS des États-Unis soutient depuis longtemps qu'elle ignore les sociétés de portefeuille étrangères détenues en propriété quasi exclusive par un défunt. Ainsi, une

---

131 N. IBRAHIM, P. IDEIAS et B. WEBEL, *loc. cit.*, note 125, 7:20.

132 *Id*.

société de personnes québécoise qui fait le choix de *check-the-box* aux fins fiscales américaines pourrait être visée. Des causes récentes[133] des tribunaux américains en matière de planification successorale aux États-Unis semblent donner raison à l'IRS afin d'inclure dans les calculs des droits successoraux américains la valeur de biens cédés par un particulier à une société de personnes. Bien qu'il s'agisse de cas isolés qui, selon nous, ne sont pas assimilables au cas de Jean, nous jugeons important de reprendre l'essentiel de ces causes.

Dans l'affaire *Strangi*, une société en commandite a été constituée environ deux mois avant le décès d'un individu, dont le commandité était une société par actions principalement détenue par les enfants du défunt et celui-ci, et dont le commanditaire était le défunt lui-même. La société par actions, soit le commandité, avait apporté 1 % du capital à la société de personnes; le défunt, soit le commanditaire, avait apporté les autres 99 %. Dans chaque cas, le tribunal n'a pas tenu compte de la société de personnes et a inclus les biens cédés dans la valeur brute de la succession en vertu de la disposition 2036(a) I.R.C. L'objet principal de la disposition 2036 I.R.C. est d'empêcher les particuliers d'éviter les droits successoraux américains qui sont généralement de nature testamentaire, compte tenu du fait qu'un cédant conserve sa vie durant, après le transfert du bien à une entité, un intérêt important dans le bien ou son contrôle, c'est-à-dire « [TRADUCTION] la possession ou la jouissance du bien, ou le droit au revenu qui en résulte, ou le droit, seul ou de concert avec une autre personne, de désigner les personnes qui auront la possession ou la jouissance du bien ou le droit au revenu qui en résulte ». Les règlements de l'I.R.C. exigent, au moment du transfert, qu'il y ait une entente explicite ou implicite selon laquelle le cédant conservera la possession ou la jouissance du bien.

Notons que l'affaire *Strangi* a été confirmée en appel le 15 juillet 2005[134]; il s'agit donc de la plus récente cause étayant la position d'appliquer la disposition 2036 I.R.C. à une société de personnes. Voyons un bref résumé de cette affaire ainsi que les principaux arguments invoqués par les parties afin de dresser un portrait des limites de cette structure. En août 1994, M. Strangi, un résident des États-Unis (non-résident du Canada), constitue

---

133 *Kimbell* v. *Commissioner*, 244 F. Supp. 2d 700 (N.D. Tex. 2003) (ci-après « *Kimbell* »); *Estate of Albert Strangi* v. *Commissioner of Internal Revenue*, T.C. 2003-145, 20 mai 2003 (U.S.T.C.); *Albert Strangi et al.* v. *Commissioner*, n° 03-60992, 15 juillet 2005 (5th Cir. U.S.C.A.) (ci-après « *Strangi* »).

134 *Strangi*, précité, note 133.

une société de personnes du Texas[135]. M. Strangi est alors très malade et c'est donc son représentant légal, M. Gulig, le mari d'une des filles de M. Strangi, qui agit pour lui et orchestre le tout. Le commanditaire de la société de personnes était M. Strangi (ou son représentant) pour 99 % des parts et le commandité, une société par actions dont les actionnaires sont les enfants de M. Strangi à 53 % et M. Strangi à 47 %, pour 1 % des parts. Par une série de transactions, M. Strangi transfère près de 98 % de la totalité de sa fortune estimée à environ 10 M$ à la société de personnes, en contrepartie de 99 % des parts de celle-ci. À ce moment-là, on estime les impôts successoraux américains payables à 3 M$. Les associés de la société de personnes ont désigné le commandité pour gérer les actifs, et la distribution des revenus et du capital devait s'effectuer à son entière discrétion. Les actionnaires du commandité ont, quant à eux, embauché M. Gulig comme administrateur quotidien de cette société et de la société de personnes. M. Gulig agissait déjà à titre de représentant légal de M. Strangi. Ainsi, selon la Cour, les documents constitutifs ne contenaient aucune restriction qui préservait M. Strangi, agissant par son représentant légal, de se désigner lui-même bénéficiaire du revenu et du capital de la société de personnes. Également, dans cette affaire, la Cour a noté que le particulier avait transféré la presque totalité de ses actifs personnels à cette entité légale en contrepartie de 99 % des parts de la société, qu'advenant la liquidation de la société de personnes, M. Strangi retrouverait 99 % de la propriété des biens qu'il y avait transféré, qu'il y avait eu plusieurs sorties de fonds en faveur de M. Strangi afin de subvenir à ses dépenses personnelles, qu'il utilisait, occupait et avait la pleine jouissance et possession des éléments d'actif détenus par la société de personnes et, qu'en conséquence, cette structure ressemblait davantage à des dispositions testamentaires. En conséquence de cela, la Cour conclut à l'application de la disposition 2036(a)1) I.R.C. pour inclure la valeur des actifs de la société de personnes dans le calcul des biens soumis aux droits successoraux. Cependant, le seul droit d'exercer l'administration quotidienne des biens transférés n'est pas en lui-même suffisant pour conclure à l'application de la disposition 2036 I.R.C. En l'espèce, la Cour insista sur le fait que M. Strangi avait transféré la presque totalité de ses actifs à la société de personnes, qu'ainsi il n'avait pas suffisamment d'actifs personnels pour subvenir à ses propres besoins et qu'alors, la société de personnes devait lui distribuer des sommes. Bien que la Cour ait tranché dans cette affaire selon la disposition 2036(a)1) I.R.C., elle crut bon de porter certains commentaires en vertu de la disposition 2036(a)2) I.R.C. et sur l'arrêt *United States* v. *Byrum*[136]. Ainsi, autant dans la

[135] Strangi Limited Partnership.

[136] 408 U.S. 125 (1972) (U.S.S.C.) (ci-après « *Byrum* »).

cause *Kimbell* que dans l'affaire *Strangi*, la Cour a déterminé que les documents qui régissaient la société en commandite donnaient effectivement au défunt le droit de décider que lui et/ou d'autres personnes pourraient bénéficier du revenu de la société en commandite. Chaque succession a fait valoir, sans succès, que l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Byrum*[137] s'appliquait : même si le défunt avait un tel droit, plusieurs faits en limitaient l'exercice réel et, en conséquence, la Cour devait tenir compte de la forme des opérations et ne devait pas inclure les biens cédés dans la valeur brute de la succession[138].

Dans l'arrêt *Byrum*, le défunt avait constitué une fiducie dans laquelle il avait versé les actions de trois sociétés fermées dont chacune exploitait activement une entreprise et avait un nombre important d'actionnaires minoritaires qui ne lui étaient pas liés. Byrum avait conservé son droit de vote à l'égard des actions et son droit d'opposer son veto à leur vente ou à leur cession. Le fiduciaire indépendant, nommé par Byrum, avait entière discrétion pour ce qui était des distributions aux bénéficiaires. Le commissaire a fait valoir sans succès que Byrum pouvait choisir les membres du conseil d'administration et ainsi décider de la politique de dividende de la société en exerçant ses droits de vote. La Cour a conclu que Byrum n'avait pas le droit de se donner à lui-même ou de donner à quelqu'un d'autre le droit de jouir du revenu des biens de la fiducie, comme il est précisé à la disposition 2036 I.R.C., parce que trois contraintes économiques et légales fondamentales faisaient obstacle au pouvoir de Byrum d'élire la majorité des administrateurs et, par conséquent, de contrôler la politique de dividende de la société : 1) le fiduciaire indépendant avait l'entière discrétion de distribuer le revenu de la fiducie; même si Byrum avait le pouvoir d'élire une majorité des administrateurs, il n'avait pas un droit légalement exécutoire de leur ordonner de verser ou non des dividendes; 2) Byrum, en sa qualité d'actionnaire majoritaire, avait l'obligation fiduciaire de ne pas abuser de son pouvoir pour tirer un gain personnel au détriment de la société et les administrateurs avaient l'obligation fiduciaire de promouvoir les intérêts de la société. Si Byrum avait incité les administrateurs à verser un dividende au détriment de la société, un nombre important d'actionnaires minoritaires non liés à Byrum aurait eu un motif d'action contre Byrum et les administrateurs de la société; 3) chaque société faisait face aux mêmes défis économiques et commerciaux

---

137 *Id.*, 136.

138 Edward NORTHWOOD et Gayle SERED, « Les sociétés à but unique et la transparence », dans *Faits saillants en fiscalité canadienne*, vol. 11, n° 11, Association canadienne d'études fiscales, novembre 2003.

que les autres petites entreprises (mauvaises années, désuétude des produits, nouvelle concurrence et réglementation sectorielle, etc.). La société devait prendre des mesures de conservation de ses ressources pour assurer sa viabilité financière, notamment maintenir un fonds de roulement adéquat, réduire sa dette, remplacer et moderniser ses installations et son matériel, et assurer sa croissance et son expansion. Par conséquent, même si Byrum avait le droit de désigner les personnes qui jouiraient du revenu de la fiducie, rien ne garantissait que la société aurait des flux de bénéfices nets ou des fonds suffisants pour payer des dividendes[139].

En résumé, la Cour distingua l'arrêt *Byrum* de la cause *Strangi* en insistant sur les faits suivants : dans l'arrêt *Byrum*, il y avait des tiers impliqués qui avaient des obligations d'administrateurs du bien d'autrui et Byrum avait un pouvoir différent, soit celui d'élire et de voter pour les administrateurs qui, eux, avaient la responsabilité et la discrétion de voter le paiement de dividendes ou non. Voici ce qu'elle mentionne à cet effet :

> « Here, the rights held by decedent are of a different nature and were not accompanied by comparable constraints. In our view, the constraints alleged by the estate are illusory. One circumstance highlighted by the Supreme Court was the existence of an independent trustee with the sole authority ultimately to pay or withhold income from the trust. Here, in contrast, no similar layer of independence was interposed. […] Another element stressed by the Supreme Court was the manner in which the flow of funds allegedly under Mr. Byrum's control would be subject to economic and business realities consequent upon the status of the relevant corporations as typical small operating enterprises[140]. »

Bref, aucune des contraintes énoncées dans le cas de l'arrêt *Byrum* ne s'appliquait dans la cause *Kimbell* ni dans l'affaire *Strangi* : 1) le défunt avait, en vertu du contrat de société, un droit légalement exécutoire de définir la politique de distribution de la société; 2) l'obligation fiduciaire du défunt envers la société de personnes était éclipsée par le fait que les intérêts minoritaires ne représentaient que 1 % des parts d'associés et qu'ils étaient détenus par des personnes qui étaient liées au défunt; 3) la société en commandite n'exploitait pas une petite entreprise soumise aux aléas économiques et commerciaux habituels[141]. La Cour sembla donc accorder une importance particulière à la présence de tiers, à une indépendance relative interposée entre Byrum et le bénéficiaire des revenus; selon la Cour, les pouvoirs accordés à Byrum étaient d'influence seulement et non de

---

139 *Id*.

140 *Strangi*, précité, note 133, 38.

141 E. NORTHWOOD et G. SERED, *loc. cit*., note 138.

décision. Cette cause se distingue de l'affaire *Strangi* qui se situe dans un cadre familial exclusivement, car il n'y avait pas présence de tiers. En conséquence, les tribunaux n'ont pas tenu compte de la société en commandite et ont inclus les biens cédés dans la valeur brute de la succession.

Par conséquent, la mise en place d'une société de personnes pour la détention d'un immeuble à usage personnel sans qu'aucun loyer ne soit perçu peut s'avérer risqué à présent étant donné la jurisprudence récente traitant de structures ayant recours à la société de personnes pour réduire les droits successoraux américains[142]. La détermination de l'identité des associés, de leur part respective et les diverses ententes et convention qui peuvent les régir sont autant d'éléments à analyser scrupuleusement avant de recourir à cette stratégie. En général, bien que le résident canadien ne transfère pas la totalité de ses actifs dans la société de personnes, il faut tout de même s'assurer qu'il en transfère suffisamment pour pouvoir prétendre que la société de personnes a comme objectif de partager les profits résultant des actifs qu'elle détient. Somme toute, un suivi rapide et serré devra être effectué autant avant le décès du particulier qu'après afin d'effectuer les choix fiscaux requis et éviter la dissolution de la société de personnes.

Notons également que l'aliénation par un non-résident des États-Unis d'un immeuble situé aux États-Unis engendre une retenue d'impôt à la source américaine de l'ordre de 10 % du produit de vente de cet immeuble[143]. L'obligation d'effectuer une telle retenue d'impôt incombe à l'acquéreur. À défaut, il engage sa responsabilité personnelle pour cet impôt de retenue, en sus des intérêts et pénalités y relatives. Elle vise tout étranger des États-Unis, soit un particulier, une société, une société de personnes, une fiducie, une succession qui vend, échange, donne ou transfère de toute autre façon un bien immobilier situé sur le territoire américain[144]. Le montant de la retenue d'impôt doit être remis aux autorités fiscales américaines dans un délai de 20 jours du transfert de l'immeuble. Ainsi, puisque le montant de la

---

142 Gayle O. ROBERTS, « Droits successoraux aux É.-U. : l'arrêt Strangi », dans *Faits saillants en fiscalité canadienne*, vol. 13, n° 8, Association canadienne d'études fiscales, août 2005, p. 1.

143 Des règles particulières visant l'imposition d'un étranger qui dispose d'un intérêt dans un bien immobilier des États-Unis ont été introduites à l'*Internal Revenue Code* en 1980; on fait ainsi référence au *Foreign Investment in Real Property Tax Act of 1980* (« F.I.R.P.T.A. »). Ces mesures sont maintenant contenues aux dispositions 1445, 6039C et 6652(f) I.R.C.

144 I.R.C. § 1445(a).

retenue d'impôt est fonction du produit de disposition et non du gain réalisé, il est possible que la retenue soit plus élevée que le montant réel d'impôt payable aux États-Unis. L'impôt ainsi retenu ne sera crédité à l'encontre de l'impôt américain payable que lors de la production de la déclaration de revenus américaine pour l'année de la vente[145]. Il est toutefois possible de demander un certificat de retenue afin d'éviter une telle situation si une demande est effectuée avant le transfert de l'immeuble et en respectant certaines conditions[146]. Notons toutefois qu'il n'y a pas de RAS si le prix de vente de la résidence est inférieur à 300 000 $ US et que l'acheteur entend utiliser cet immeuble à titre de résidence principale[147]. Pour ce faire, l'acheteur doit être un particulier et la résidence devra être occupée et utilisée à titre de résidence personnelle par l'acheteur ou sa famille immédiate au moins la moitié du temps d'occupation à ce titre, et ce, pendant les 24 mois qui suivront l'achat, ce qui ne risque pas d'être le cas de M. Labolle. Une déclaration solennelle de l'acheteur selon laquelle il a l'intention d'utiliser la résidence selon ces conditions justifie de ne pas retenir l'impôt à la source lors de la vente. Par contre, si les conditions ne sont pas respectées, le défaut d'effectuer une telle retenue d'impôt par l'acheteur engagera sa responsabilité. Notons finalement qu'un *settlement agent* qui agit généralement au dossier de la vente d'une résidence personnelle vérifiera que ces procédures soient respectées.

En bref, malgré les limitations pouvant exister quant au recours à cette stratégie de détention d'éléments d'actif, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'une excellente façon de protéger cet actif des créanciers de Jean, de même que des impôts successoraux américains pouvant être dus à son décès, en réitérant toutefois que compte tenu de l'incertitude qui existe quant à l'abolition de l'impôt successoral américain, il pourrait être opportun de réviser cette stratégie dans les années à venir.

4.7.2. Transfert de la propriété de San Francisco

Dans un premier temps, Labolle société en commandite (ci-après « Labolle s.e.c. ») est créée. Gestion Labolle est le commandité et M. Labolle, le commanditaire. M. Labolle transfère la maison de San

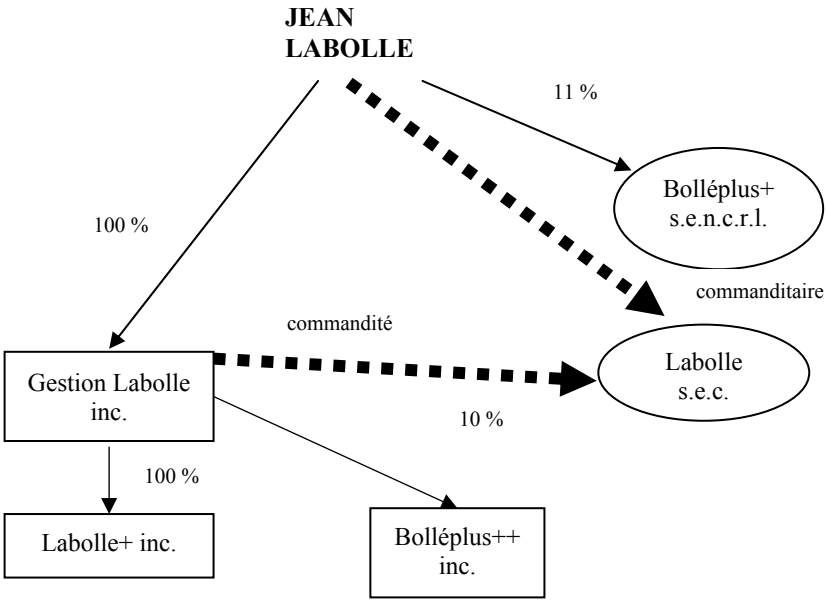
---

145 I.R.C. § 1462.

146 I.R.C. § 1445(b)(4); voir également INTERNAL REVENUE SERVICE, *Publication* 515, « Withholding of Tax on Non-Resident Aliens and Foreign Entities », janvier 2005.

147 I.R.C. § 1445(b)(5).

Francisco à Labolle s.e.c. en vertu du paragraphe 97(2) L.I.R.[148] et de l'article 614 L.I. Labolle s.e.c. assume la dette de 175 000 $ pour la propriété de San Francisco.



4.8. ÉTAPE 8 : CRÉATION D'UNE FIDUCIE DE PROTECTION D'ACTIFS POUR SOI

La fiducie dite de « protection d'actifs » est généralement celle où le constituant est le seul et unique bénéficiaire de la fiducie et qui permet de bénéficier du roulement fiscal des biens lors du transfert de ceux-ci du patrimoine du particulier-constituant au patrimoine fiduciaire. On retrouve généralement quatre types de fiducies de protection d'actifs : la fiducie pour soi (sans limite d'âge), la fiducie en faveur de soi-même (65 ans et plus), la fiducie au profit du conjoint ou encore la fiducie mixte au profit du conjoint. Pour ces quatre types de fiducies de protection d'actifs, des conditions communes d'application existent afin de profiter du roulement fiscal : les biens à transférer à ce patrimoine fiduciaire doivent être des immobilisations,

[148] Les Formulaires T2059 et TP-614 seront produits dans les délais prévus au paragraphe 96(4) L.I.R. et à l'article 620.1 L.I.

la particulier doit être un résident du Canada, la fiducie doit également être résidente du Canada (c'est-à-dire que la majorité des fiduciaires doivent être résidents canadiens), le transfert de biens doit se qualifier de « transfert admissible » au sens du paragraphe 73(1.01) L.I.R. et aucun choix en sens contraire, c'est-à-dire exprimant la volonté d'effectuer le transfert de biens sur une base imposable, ne doit être exercé.

En l'espèce, dans le cas de M. Labolle, la fiducie qui nous intéresse est celle créée par un particulier âgé de moins de 65 ans. Ainsi, nous limiterons notre analyse à ce type de fiducie de protection d'actifs. En plus des conditions communes d'applications vues au paragraphe précédent, les critères suivants se doivent d'être rigoureusement respectés afin de bénéficier du transfert sans impact fiscal en faveur de cette fiducie de protection d'actifs[149] :

- il doit s'agir d'une fiducie entre vifs constituée après 1999;
- le particulier doit avoir le droit de recevoir, sa vie durant, tous les revenus de la fiducie;
- nulle autre personne que le particulier ne peut recevoir une partie du capital de la fiducie ou autrement en obtenir usage, tant que ce particulier est vivant;
- le transfert n'a pas pour effet de changer la « propriété effective » des biens; et
- nulle autre personne que le constituant n'a de droit absolu ou conditionnel à titre de bénéficiaire de la fiducie au sens du paragraphe 104(1.1) L.I.R.

À l'égard de ces critères, quelques précisions s'imposent. Tout d'abord, la position de l'ARC à l'égard de la condition qu'il n'y ait pas de changement de propriété effective des biens est que la fiducie ne doit pas compter de bénéficiaires du capital après le décès du constituant. Toutefois, selon leur position, le pouvoir général de désignation exercé par le testament ne semble pas conférer de droit à titre de bénéficiaire de la fiducie[150]. C'est ainsi que cette position administrative pose problème, au Québec, lorsqu'il

---

149 S.-al. 73(1.01)c)(ii) et 73(1.02)b)(ii) L.I.R.

150 *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 24, interprétation technique 2000-0048735, 24 mai 2001.

est question de l'exercice d'une faculté d'élire. En effet, le *Code civil du Québec* ne permet que l'exercice d'une faculté d'élire limitée, c'est-à-dire que la faculté ne peut être exercée que si la catégorie de personnes parmi lesquelles le ou les bénéficiaires doivent être choisis est clairement déterminée dans l'acte constitutif[151]. Ainsi, il y a opposition entre le respect du critère légal au Québec et le critère fiscal prévu. Sans aborder en détail toute cette problématique, résumons brièvement les éléments de solution qui se présentent aux praticiens qui optent pour cette stratégie de protection d'éléments d'actif[152]. Généralement, les auteurs s'entendent pour dire qu'il ne faut rien prévoir, à l'acte de fiducie, de ce qui adviendra des biens au décès du constituant-bénéficiaire, donc à qui sera remis le capital de la fiducie. Si rien n'est prévu à l'acte de fiducie, l'article 1297 C.c.Q. prendra effet et les biens de la fiducie pour soi retourneront dans le patrimoine du défunt afin d'être remis selon les volontés de ce dernier exprimées à même son testament, ou encore à ses héritiers légaux. Une autre option envisagée par les praticiens est de prévoir une clause à l'acte de fiducie qui stipule que les biens seront remis selon les dispositions testamentaires du bénéficiaire décédé. Or, le danger de prévoir une telle clause est que l'ARC prétende qu'un droit de bénéficiaire à une personne autre que le constituant est prévu à l'acte de fiducie faisant ainsi perdre le roulement fiscal des biens en fiducie. Ou encore, même si une telle clause pouvait passer le test en raison du paragraphe 104(1.1) L.I.R., alors du point de vue légal, on pourrait prétendre qu'une telle clause ne respecte pas les critères d'une faculté d'élire limitée, rendant ainsi nulle de nullité absolue la donation fiduciaire[153]. Ainsi, le risque peut être élevé, d'un côté comme de l'autre, de prévoir une telle clause, sans compter que le fait de prévoir une clause ou non n'aura aucun impact sur le fait que la protection des éléments d'actif cessera au décès du constituant-bénéficiaire. Pour contrer cette limite de taille, certains praticiens ont prévu que la fiducie serait liquidée immédiatement avant le décès du constituant, de sorte que la disposition réputée immédiatement avant le

---

151 Art. 1282, al. 2 C.c.Q.

152 Pour une analyse détaillée sur le sujet, on se référera aux textes suivants : Marc JOLIN, « Gestion du patrimoine », dans *Cours de mise à jour*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 6 juin 2006, pp. 25-39, 66-70; Fanny BRODEUR, « Problématique liée à la faculté d'élire en matière de fiducie pour soi pour les moins de 65 ans », dans *Congrès 2005*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2006, pp. 35:1-16.

153 Position exprimée par Liliane FORTIER et Jean-François PELLAND, « Pot-pourri sur la fiducie pour soi-même et la fiducie mixte au profit de l'époux ou du conjoint de fait », dans *Colloque – Les fiducies*, 147, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2005, pp. 9:1-17.

décès[154] du bénéficiaire ne trouverait pas application. L'arrêt *Nussey Estate* c. *La Reine*[155], en 2001, a toutefois invalidé un tel type de clause en établissant qu'une convention entre actionnaires prévoyant le rachat des actions du père à la veille de son décès ne pouvait prendre effet qu'au moment du décès du contribuable et que, par conséquent, le paragraphe 70(5) L.I.R. a alors déjà trouvé application à ce moment-là. De plus, la Cour énonce le principe que l'erreur sur les conséquences fiscales d'une transaction n'a pas pour effet d'invalider la transaction, le transfert initial d'actions dans ce cas-là, de même que la convention de rachat. L'auteur M^e^ Jolin a toutefois une autre opinion quant à la validité d'un tel type de clause, notamment lorsqu'elle est rédigée comme comprenant une condition à terme. En résumé, bien que l'incertitude persiste à l'égard de la possibilité d'exercer une faculté d'élire au sein d'une fiducie pour soi constituée au Québec, cet élément ne devrait pas en soi limiter le recours à cette stratégie. Il importe toutefois que le client, en l'espèce M. Labolle, soit clairement avisé que la protection des éléments d'actif cessera fort probablement à son décès.

En second lieu, quant à savoir si personne d'autre que le particulier n'a le droit de recevoir une partie du capital de la fiducie ou en obtenir l'usage, il importe de préciser qu'il s'agit non seulement d'une question de droit, c'est-à-dire selon les termes et modalités expliqués à l'acte constitutif de la fiducie, mais également d'une question de fait. À cet égard, un récent jugement de la Cour canadienne de l'impôt, l'affaire *Williams* c. *La Reine*[156], a apporté un éclairage nouveau sur ce critère. Résumons brièvement cette affaire afin d'en circonscrire les aspects importants eu égard au cas de M. Labolle. En avril 1991, M. Williams constitue une fiducie de protection d'actifs à son seul bénéfice et y transfère 62 500 actions de catégorie « A » de Golders Green Holdings Ltd. sur la base d'un roulement fiscal. Le PBR de ces actions est faible, soit 6 250 $, et la JVM est de 2,5 M$. Il y a trois fiduciaires de la fiducie, M. Williams étant l'un d'eux. L'acte constitutif de la fiducie prévoit que le capital doit être remis au plus tard 21 ans après la constitution de la fiducie. L'ARC conteste le transfert de biens de M. Williams à la fiducie sur la base du roulement fiscal et prétend que le transfert a été fait à la JVM puisqu'il y a eu changement dans la propriété effective des biens. Pour ce faire, l'ARC appuie sa position sur l'ancien alinéa e) de la définition de « disposition de biens » de l'article 54 L.I.R. Cet

---

154 Par. 70(5) L.I.R.

155 2001 D.T.C. 5240 (C.A.F.).

156 C.C.I. n^o^ 2001-4511 (IT) G, 19 août 2005, j. Woods.

article a été abrogé en 2001 mais l'essence de cet alinéa a été reprise à l'actuel article 248 L.I.R. Ainsi, le litige qui oppose les autorités fiscales fédérales et M. Williams tourne autour de la notion de « sans changement dans la propriété effective » anciennement prévue à l'article 54 L.I.R. et l'expression « le transfert n'a pas pour effet de changer la propriété effective du bien » qui se trouve, depuis le 16 mars 2001, au sous-alinéa 73(1.02)b)(ii) L.I.R.

La première question que le juge Woods doit analyser est de savoir si M. Williams est le seul bénéficiaire de la fiducie. Les autorités fiscales prétendent que les dispositions accessoires de l'acte de fiducie pourraient permettre aux enfants de M. Williams de recevoir les biens de la fiducie, notamment par la clause définissant les bénéficiaires de la fiducie qui est rédigée au pluriel, la clause permettant de choisir les bénéficiaires privilégiés de la fiducie, la clause de non-attribution des biens au constituant, la clause permettant aux fiduciaires d'amender l'acte de fiducie et la clause de non-retour des biens au constituant. En réponse à cette première interrogation, la Cour détermine que M. Williams est le seul à pouvoir recevoir du revenu et du capital de la fiducie à la lecture de l'ensemble de l'acte constitutif de la fiducie, malgré les erreurs de forme quant aux définitions inscrites au pluriel. Aussi, selon la Cour, l'effet de la clause de non-retour sera limité, voire annulé, puisque ce pouvoir accordé aux fiduciaires ne peut contrer leur obligation de remettre le capital de la fiducie au constituant avant l'expiration du délai de 21 ans de la date de création de la fiducie. La Cour mentionne également que la clause de non-attribution n'est pas appropriée dans ce cas puisque aucun autre bénéficiaire n'a de participation contingente dans cette fiducie. Quant à la clause d'amendement, la Cour décide que malgré le fait que les fiduciaires puissent modifier l'acte constitutif de la fiducie avec le consentement du constituant, si ce dernier est apte, comme ce processus n'est pas enclenché au moment de l'instance, cela n'a pas pour effet de faire perdre la qualification en regard des critères permettant de bénéficier du roulement fiscal des biens à la fiducie. La Cour établit de plus, contrairement à l'opinion de l'ARC, que les documents accessoires à l'acte de création de la fiducie, tels les actes de transfert de biens, n'ont pas pour effet d'étendre les droits des acteurs de la fiducie tels qu'ils sont prévus à l'acte constitutif.

Une fois qu'il est déterminé que M. Williams est le seul bénéficiaire de la fiducie, la seconde question soulevée par ce litige est celle de savoir s'il a ainsi la propriété effective des biens transférés en fiducie. La position de l'ARC à cet égard est que puisque M. Williams n'a pas conservé la possession, l'usage, le risque des biens transférés en fiducie selon le concept de « propriété », il ne peut donc être considéré avoir la « propriété effective »

des biens. À cet égard, la Cour remarque qu'il s'agit plutôt d'un débat sans portée pratique concernant la théorie selon laquelle le seul droit du bénéficiaire de la fiducie est celui d'obliger les fiduciaires à respecter l'acte de fiducie et que les motifs invoqués par l'ARC se basent sur le concept de « propriété » et non sur celui de « propriété effective ». Le juge Woods ne trouve aucune raison de retenir l'interprétation restrictive du concept de « propriété effective » préconisée par les autorités fiscales et décide donc de lui donner le sens général qui lui revient. Troisièmement, la Cour fait référence à l'alinéa 248(3)f) L.I.R. qui prévoit, pour le Québec, que le bénéficiaire d'une fiducie est présumé avoir la propriété effective des biens de la fiducie. Le juge constate que cet alinéa a été introduit à la *Loi de l'impôt sur le revenu* afin d'harmoniser les lois du Québec à celles du reste du Canada et qu'alors on ne peut conclure à une interprétation restrictive du concept de « propriété effective ». Finalement, le juge est très réticent à accorder une interprétation restrictive à cette expression en raison de la position administrative beaucoup plus souple adoptée et publiée par l'ARC dans le bulletin *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 7[157].

Quant au dernier critère d'application de la fiducie pour soi, le paragraphe 104(1.1) L.I.R. précise qu'une personne n'a pas de droit à titre de bénéficiaire de la fiducie si son droit est subordonné à un droit pouvant découler des dispositions du testament du particulier bénéficiaire de la fiducie à ce moment-là ou de la loi régissant les successions *ab intestat*, soit le Code civil au Québec. Par conséquent, on retient que ce jugement a privilégié une interprétation d'un acte de fiducie selon l'ensemble des dispositions qui y sont prévues ainsi qu'une interprétation du concept de « propriété effective » selon le sens général des termes.

En l'espèce, la Fiducie Jean que nous suggérons de créer est structurée ainsi : M. Labolle est le constituant de la fiducie, un des fiduciaires et le seul et unique bénéficiaire. Les biens susceptibles d'y être transférés sont ceux ayant une plus-value latente importante, soit les biens suivants : les actions privilégiées de gel de Gestion Labolle inc., les actions canadiennes qu'il détient dans son portefeuille de placements, le condominium situé à Vancouver, son violon Stradivarius, sa participation dans Bolléplus+ s.e.n.c.r.l. pourvu que la convention entre les sociétaires le permette, ainsi que sa part dans Labolle s.e.c. Quant à la maison habitée par sa mère, bien qu'il y ait une plus-value importante, la problématique de transférer ce bien dans la Fiducie Jean vient du fait que le bien serait utilisé pour l'usage d'une

---

[157] AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 7, 21 février 1996.

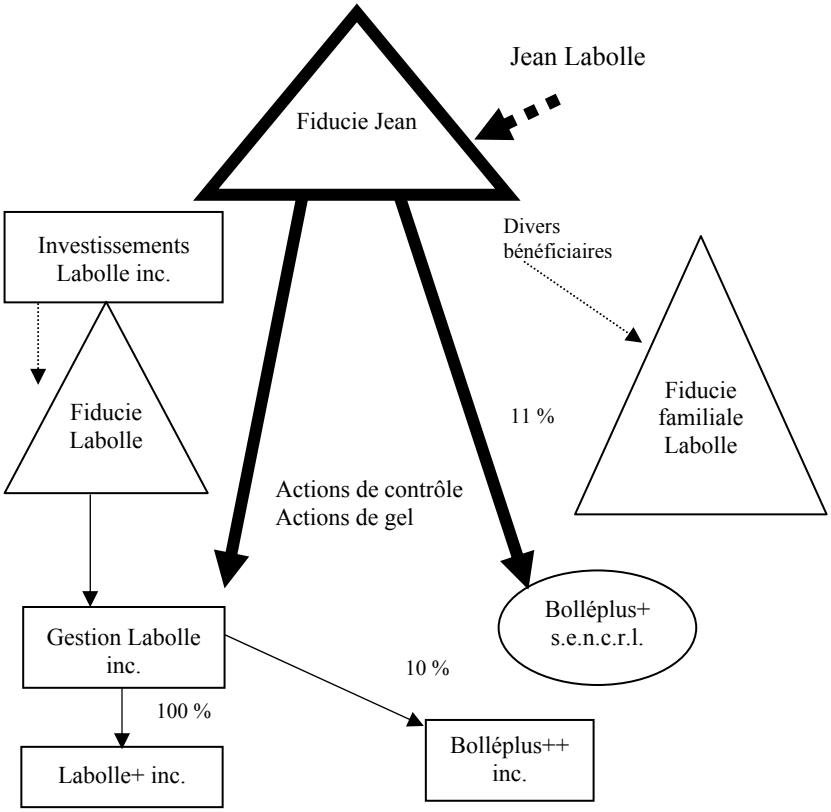
personne autre que le seul bénéficiaire de la Fiducie Jean. Ainsi, si un tel bien est transféré à la fiducie, il est nécessaire qu'un loyer équivalent à la JVM soit payé par la mère de M. Labolle à la fiducie, à défaut de quoi la Fiducie Jean sera contaminée du point de vue fiscal (c'est-à-dire que les critères de l'article 73 L.I.R. ne seraient pas respectés). Cela pourrait avoir pour effet de faire perdre le roulement fiscal des biens à l'entrée en fiducie, et ce, pour tous les biens. Alors, si un loyer est exigé de la mère de M. Labolle, le problème des liquidités pour payer ces loyers reste à résoudre. Finalement, quant à la cave à vin, bien qu'il y ait également une plus-value importante sur ces biens, il n'est généralement pas souhaitable de les transférer en fiducie mais plutôt de les conserver pour un usage personnel!

En conclusion, la fiducie pour soi est une solution visant la protection des éléments d'actif du vivant de M. Labolle. Toutefois, cette protection cesse au décès de ce dernier selon l'option la plus prudente expliquée précédemment quant au non-exercice d'une faculté d'élire. Alors, une solution à envisager pourrait être d'attribuer les biens faisant partie du patrimoine de la Fiducie Jean lorsque M. Labolle aura atteint l'âge de 65 ans et ensuite transférer à nouveau ces biens au profit d'une fiducie en faveur de soi-même (65 ans et plus) ou encore d'une fiducie mixte au profit du conjoint. Cependant, il importe de préciser que si les risques financiers de M. Labolle sont encore présents à ce moment-là, cette solution risque de ne pas atteindre l'objectif premier de protection d'actifs, d'autant plus que les délais de révision de ces transferts de biens à cette nouvelle fiducie, en matière de faillite et d'insolvabilité, recommenceront alors à zéro. Cette stratégie de transfert en faveur d'une fiducie pour 65 ans et plus pourrait cependant assurer une gestion de patrimoine advenant une incapacité en raison de l'âge, en plus de permettre la désignation d'autres bénéficiaires de la fiducie à la suite du décès de M. Labolle et ainsi accorder une plus longue protection à ces biens. Cependant, au décès de M. Labolle, les biens ne pourront être transférés libres d'impôt en faveur de sa conjointe et la DGC ne pourra être réclamée sur les actions se qualifiant à cet égard. Si l'on opte pour la fiducie mixte au profit du conjoint, il faut être conscient que cela implique que le conjoint de M. Labolle doit être désigné nommément, contrairement à une fiducie familiale par exemple où le conjoint désigné comme bénéficiaire peut faire l'objet d'une définition et donc accorder toute la souplesse souhaitée afin que la définition puisse fluctuer dans le temps selon la situation personnelle de M. Labolle. Bref, une toute nouvelle analyse devra être effectuée à ce moment-là afin de valider la stratégie de protection d'éléments d'actif à adopter, le cas échéant.

4.8.1. Mise en place de la fiducie pour soi

Voici les étapes qui mènent à la création de la Fiducie Jean :

- la création de la Fiducie Jean;
- M. Labolle est le constituant avec une pièce d'argent;
- les fiduciaires sont M. Labolle, Hubert Brillant, le beau-frère de M. Labolle, et Philippe Douey, un bon ami de M. Labolle;
- le seul et unique bénéficiaire est M. Labolle.



4.8.2. Polices d'assurance vie avec valeur de rachat

Nous avions initialement pensé transférer les polices d'assurance vie avec valeur de rachat à la Fiducie Jean. Toutefois, les primes pour les deux polices sont élevées, donc la fiducie se retrouverait avec des déboursés annuels importants à financer.

Il n'y a pas de disposition dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui permet le transfert libre d'impôt des polices d'assurance vie avec valeur de rachat à la Fiducie Jean. Il y aurait une imposition pour la portion de la valeur de rachat qui est plus élevée que le coût de base rajusté des polices d'assurance vie[158].

5. SITUATION FINALE DE M. LABOLLE

Finalement, les biens qui ont été transférés à la Fiducie Jean sont :

- les placements à court terme;
- les actions de Gestion;
- le portefeuille d'actions canadiennes;
- la participation dans Labolle+;
- la participation dans Bolléplus+;
- le condominium de Vancouver;
- la maison habitée par la mère de Jean;
- la maison de San Francisco;
- le violon Stradivarius;
- la cave à vins;
- le voilier.

La Fiducie Jean assumera la dette de 180 000 $ pour le condominium de Vancouver, la dette de 50 000 $ pour la maison habitée par la mère de Jean

158 Par. 148(7) L.I.R.

et la dette de 175 000 $ pour la maison de San Francisco ainsi que la dette de 150 000 $ pour le voilier.

5.1. ASPECTS PRATIQUES

Les aspects pratiques des stratégies de protection des actifs doivent être considérés également. Dans bien des cas, tout l'accent est mis sur les étapes de la planification et de la réalisation des transactions pour mettre la nouvelle structure en place, incluant la documentation de celles-ci, par la suite le suivi des transactions laisse à désirer.

La formation du client, de son comptable et des autres intervenants aux dossiers doit être une priorité pour les conseillers que nous sommes. Le client va se retrouver avec une nouvelle structure avec laquelle nous devons le familiariser. Il ne pourra plus faire les transactions de la même façon qu'avant la réorganisation.

Pensons à l'entrepreneur habitué à tout contrôler qui fonctionne avec seulement une société opérante. Nous implantons une structure de protection d'actifs et après, l'entrepreneur se retrouve avec une fiducie familiale, une fiducie de protection d'actifs et des sociétés de gestion.

Il faut encadrer l'entrepreneur et l'aider à évoluer avec cette nouvelle structure. Beaucoup de questions se posent. Qu'est-ce que l'entrepreneur doit faire avec les biens qui s'accumulent personnellement après la réorganisation? Quelles seront les conséquences fiscales et autres s'il transfère d'autres biens à sa fiducie de protection d'actifs? Qui doit payer les taxes municipales et autres dépenses des propriétés maintenant détenues par la fiducie familiale?

Même avec la plupart de ses biens transférés à une fiducie, l'entrepreneur doit continuer à recevoir sa rémunération directement. Ainsi, il est hors de question que la fiducie de protection d'actifs reçoive la rémunération de l'entrepreneur. L'entrepreneur pourra toujours faire une contribution à la fiducie de protection d'actifs par la suite à condition d'en connaître les implications.

Les cartes de crédit de l'entrepreneur doivent continuer d'être utilisées par celui-ci. Il n'est pas question que le titulaire des cartes de crédit soit la fiducie de protection d'actifs pour assumer les dépenses personnelles de l'entrepreneur.

Tout l'aspect gestion des fiducies avec la documentation qui s'y rapporte doit être expliqué à l'entrepreneur. Les décisions doivent être

documentées; par exemple, l'entrepreneur a une responsabilité s'il agit en tant que fiduciaire, il faut laisser des traces des décisions qui sont prises. Il faut des procès-verbaux des réunions des fiduciaires. Tout un code de conduite doit être expliqué : fini le « one man show » lorsqu'il s'agit d'être fiduciaire.

Les institutions financières doivent être avisées qu'une nouvelle structure est en place. Les comptes bancaires des diverses entités ne doivent pas être fermés sous prétexte qu'ils sont à découvert ou qu'il est possible d'économiser des frais bancaires. Les économies seront minces comparativement aux implications qu'entraînera une contribution à la mauvaise entité.

En résumé, le meilleur conseil pour notre client est de ne pas hésiter à communiquer avec nous lorsqu'une question se pose, mais surtout pensons en termes de formation.

5.2. BILAN DE M. LABOLLE

Un bilan projet doit être dressé avant de finaliser les transferts d'actifs de façon à s'assurer que M. Labolle ne sera pas insolvable. Il ne faut pas ignorer les garanties personnelles qui ne sont pas toujours indiquées dans les bilans personnels.

Le bilan de M. Labolle est dressé après les différents transferts pour s'assurer que celui-ci est toujours solvable et qu'il est en mesure de respecter ses garanties. Le bilan de M. Labolle après transferts est essentiel en ce sens qu'il permettra de prouver que les transferts n'ont pas eu pour effet de le rendre insolvable et d'isoler ses biens au préjudice de ses créanciers.

Selon l'annexe G, M. Labolle a une équité de 1 442 400 $ après le transfert de ses actifs, compte tenu du fait que ses régimes de retraite et les polices d'assurance vie avec valeur de rachat n'ont pas été transférés.

Suivent quelques conseils en matière d'insolvabilité : ce qu'il faut savoir lorsqu'on envisage la création et la gestion d'une fiducie.

6. FAIRE AFFAIRE AVEC UN SYNDIC

6.1. QU'EST-CE QU'UN SYNDIC?

Il s'agit tout d'abord de se rappeler qu'un syndic est un professionnel qui a obtenu une licence émise par le bureau du Surintendant des faillites afin d'agir à ce titre. Celui-ci est parfois comptable agréé, avocat, mais il ne

s'agit pas d'une exigence spécifique. Principalement, un syndic agit normalement dans le cadre de l'application de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*[159] ou encore lors de l'application des dispositions de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*[160]. Qu'il s'agisse d'une proposition ou d'une faillite pure et simple, le syndic agit à titre d'officier de la Cour.

6.1.1. Conseiller financier

À titre de conseiller financier, le syndic a d'abord l'obligation d'évaluer et de conseiller les débiteurs afin que ceux-ci puissent choisir et exercer une restructuration financière dans un cadre à la fois équitable pour l'ensemble des créanciers, mais également viable en raison de la nature et des particularités de la situation financière du débiteur. À cet égard, à titre de conseiller financier, le syndic se doit d'évaluer non seulement les paramètres financiers, mais également juridiques qui entourent la situation du débiteur.

6.1.2. Officier de la Cour

Le syndic est également un officier de la Cour et à ce titre, il doit agir dans l'intérêt primordial du client de même que dans celui des créanciers de ce dernier. Il a un rôle qui l'oblige à agir un peu comme un médiateur ou un arbitre afin de mettre en équilibre les droits et obligations de chacun. Il est important de rappeler que le syndic ne bénéficie pas du secret professionnel comme les avocats bien qu'il ait l'obligation de conserver confidentielles les informations qui lui sont remises.

6.2. LE SYNDIC DANS UN CONTEXTE DE PROPOSITION

Lorsqu'un débiteur cherche à déposer une proposition pour ses créanciers, qu'il le fasse par l'intermédiaire de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ou encore de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, le syndic a l'obligation d'assister le débiteur dans l'élaboration de sa proposition et d'assurer la communication avec les différents créanciers, mais également avec le tribunal. Il est important de rappeler que les biens ne sont pas dévolus au syndic, c'est-à-dire que l'ensemble des biens du débiteur demeure sous le contrôle de ce dernier à moins qu'une disposition particulière d'une ordonnance de la Cour le

---

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

160 L.R.C. (1985), c. C-36.

prévoie différemment. L'obligation principale du syndic est de surveiller les affaires du débiteur et s'assurer que le débiteur ne commet pas de gestes inappropriés et illégaux à l'égard de ses actifs. Le syndic doit également s'assurer que lors de la mise en œuvre de la proposition, les fonds seront distribués de façon équitable et selon les termes prévus par la proposition.

6.3. LE RÔLE DU SYNDIC DANS UN CONTEXTE DE FAILLITE

Lorsqu'il s'agit d'une situation de faillite, le syndic agit bien sûr dans l'intérêt des créanciers à qui les fonds résultant de la liquidation des actifs seront distribués. Il ne faut pas oublier que le syndic n'est pas le mandataire du débiteur bien que parfois il soit considéré comme le successeur de ce dernier si, par exemple, il choisit ou pas de respecter les termes d'une entente.

Fait important à la suite de sa nomination, le syndic se voit dévolu l'ensemble des actifs du débiteur à l'exception bien sûr de ceux qui sont exemptés de saisie et qui peuvent demeurer entre les mains du débiteur pour des raisons particulières. À titre d'exemple, les biens personnels comme les vêtements du débiteur ne seront jamais dévolus au syndic.

Le syndic a donc l'obligation de procéder de façon ordonnée à la liquidation au meilleur prix possible de l'ensemble des actifs du débiteur et de procéder par la suite à la distribution des fonds qui en résultent selon l'ordre de collocation et le rang des différents créanciers. Afin d'accomplir cette tâche, le syndic a également des pouvoirs d'enquête importants qui lui permettent de s'assurer que, préalablement à la faillite, des gestes préjudiciables aux créanciers ne restent pas impunis. À cet égard, le syndic est en mesure de pouvoir intenter, le cas échéant, des procédures au nom du débiteur de l'actif ou pour le compte des créanciers. De façon intérimaire ou uniquement à la fin, le syndic procédera à la distribution des fonds recueillis tel que le prévoit la loi.

Lorsqu'il établit la meilleure façon de procéder pour liquider les actifs du débiteur, le syndic a l'obligation de prendre en considération de nombreux facteurs. Parmi les actifs qui font partie du patrimoine de la faillite, ceux-ci incluent :

- l'ensemble des actifs à la date de la nomination du syndic (date de la faillite) exception faite bien sûr de tous les biens qui sont exempts de saisie dans la province ou le débiteur est situé;

- les biens qui sont essentiels au travail du débiteur. Il convient de noter à cet égard que les cas de biens qui sont nécessaires et essentiels à l'exercice du travail du débiteur sont relativement restreints;

- les biens personnels du débiteur (par exemple les vêtements de ce dernier);

- le cas de certains REÉR dont nous discuterons plus loin;

- le véhicule du débiteur, bien sûr si cela est nécessaire pour son travail ou autrement, mais encore une fois les cas où cela est possible sont relativement restreints.

Fait également partie du patrimoine le revenu excédentaire du débiteur durant la période de sa faillite. Le calcul de ce revenu excédentaire est déterminé selon des formules très précises et doit prendre plusieurs facteurs en considération dont notamment le nombre d'enfants, l'emploi du débiteur, etc.

Il ne faut pas perdre de vue que tout ce qui pourra être dévoilé au débiteur avant la libération de sa faillite fera également partie du patrimoine de la faillite.

7. LES CHOIX AFFÉRENTS AU CONSOMMATEUR

Lorsque le consommateur se retrouve dans une situation financière difficile, plusieurs choix s'offrent à lui. Nous verrons ici les causes fréquentes d'insolvabilité personnelle et quelles sont les deux options principales pour le consommateur, soit la proposition de consommateur ou la faillite de consommateur.

7.1. LES CAUSES FRÉQUENTES D'INSOLVABILITÉ PERSONNELLE

De nombreuses causes peuvent être à l'origine d'une situation financière difficile d'un consommateur. Cela dit, l'expérience nous enseigne que certaines causes sont beaucoup plus fréquentes dont notamment les suivantes :

- l'insolvabilité liée aux dettes d'affaires. Bien sûr, lorsque l'entreprise d'un consommateur pour laquelle il a cautionné de nombreuses dettes se trouve en difficulté, cela peut entraîner des difficultés financières personnelles;

- la perte d'emploi;

- les problèmes matrimoniaux;

- la maladie et plus particulièrement la dépression;

- l'abus du crédit. À cet égard, il est navrant de voir à quel point de nombreuses personnes sont incapables de planifier de façon coordonnée un budget et d'utiliser leur crédit à bon escient;

- la dépendance (jeu, alcool, drogue, médicaments).

Bien sûr, cette liste n'est pas exhaustive et bien d'autres raisons peuvent causer une situation financière difficile.

7.2. LA PROPOSITION DE CONSOMMATEUR

La *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* permet à un consommateur de faire une proposition à ses créanciers. Cette méthode pour régler des difficultés financières n'est accessible qu'à des personnes physiques identifiées comme des consommateurs et pourvu qu'ils respectent certains critères particuliers. Les avantages d'une telle méthode sont néanmoins très intéressants.

Les critères sont les suivants :

- les dettes du consommateur doivent être inférieures à 75 000 $, exclusion faite de l'hypothèque sur la propriété, résidence familiale du consommateur;

Les avantages d'une telle méthode sont nombreux, mais les principaux sont les suivants :

- il est possible, dans le cadre d'une proposition de consommateur, de payer des dettes selon une formule qui prévoira un paiement inférieur au montant réel de la dette et d'amortir le paiement de la totalité ou d'une partie de cet endettement sur une période maximale de cinq ans;

- un autre avantage de cette méthode est que le refus par les créanciers d'accepter une telle proposition n'entraîne pas automatiquement la faillite du consommateur comme c'est le cas normalement dans le dépôt d'une proposition standard. Également, tous les intérêts et pénalités qui peuvent être imposés au consommateur pour quelque raison que ce soit, qu'ils soient contractuels ou légaux, cessent d'être exigibles après le dépôt de la proposition. Non négligeable également, le tarif du syndic est imposé de façon précise par la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*.

7.3. LA FAILLITE DE CONSOMMATEUR

Pour qu'il puisse y avoir faillite d'un consommateur, celui-ci doit avoir commis l'un des actes de faillite prévus par la loi. Cette liste est variée, mais les plus fréquents sont les suivants :

- lorsqu'un débiteur produit un bilan démontrant qu'il est insolvable;
- lorsqu'un débiteur cède, enlève, cache ou aliène des biens dans l'intention de frauder ou retarder ses créanciers;
- lorsque le débiteur fait défaut à toute proposition concordataire (il ne s'agit pas ici d'une proposition de consommateur);
- lorsqu'un débiteur cesse de faire honneur à ses obligations, c'est-à-dire qu'il ne voit plus au paiement, de façon régulière, de ses dettes;
- si le débiteur a une dette minimale de 1 000 $.

Il y a bien sûr deux catégories de faillite, soit une sommaire ou une faillite ordinaire. Pour qu'une faillite soit considérée comme sommaire, la valeur les actifs réalisables doit être inférieure à 10 000 $. Dès lors, la publication des avis de faillite dans un journal local n'est pas requise et il n'y a pas automatiquement d'assemblée des créanciers sauf dans l'éventualité où un certain nombre de créanciers prévu par la loi demande qu'une telle assemblée des créanciers ait lieu dans les 30 jours de la faillite. Également, le tarif des honoraires du syndic est imposé de façon spécifique par la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*. Il y a libération automatique du débiteur après neuf mois lorsqu'il s'agit d'une première faillite et à condition qu'il n'y ait pas de contestation pour une telle libération par un créancier.

Il s'agit d'une faillite ordinaire bien sûr lorsque les actifs réalisables ont une valeur de plus de 10 000 $. Dans un tel cas, une assemblée des créanciers a lieu nécessairement dans les 21 jours suivant la date de la faillite et la loi exige qu'un avis de faillite soit publié dans un journal local. Toutefois, comme c'est le cas dans une faillite sommaire, la libération du débiteur est automatique après neuf mois lorsqu'il s'agit d'une première faillite.

8. CHANGEMENTS PROPOSÉS SOUS PEU AUX DIVERSES LOIS SUR L'INSOLVABILITÉ

Nous ne voudrions pas ici faire la liste de tous les changements qui s'en viennent étant donné qu'au moment d'aller sous presse, de nombreuses

modifications étaient encore une fois effectuées au Projet de loi C-55 (devenu la loi C-47)[161], et il n'y a toujours pas de date prévue pour l'entrée en vigueur de celui-ci. Nous vous invitons bien sûr à vérifier ces changements lorsqu'ils surviendront.

9. L'INSAISISSABILITÉ DES BIENS AU QUÉBEC

Évidemment, nous voulons également rappeler sommairement l'existence des différentes règles qui rendent certains biens insaisissables au Québec. Mis à part tout ce qui concerne l'insaisissabilité des REÉR dont nous discuterons ci-après, il faut se rappeler que le *Code de procédure civile* du Québec détermine certains principes de base qu'on retrouvera aux articles 553, 553.1 et 553.2 C.p.c. De façon sommaire, les biens saisissables sont les suivants :

- les objets du culte;
- les papiers, portraits de famille, etc.;
- les biens donnés ou légués sous condition d'insaisissabilité (sauf exception telle que les créanciers existants après la donation);
- les aliments accordés en justice ou ceux légués de cette nature;
- les titres de créance et livres de comptes (sauf exception);
- les revenus des ministres du culte;
- les prestations accordées à titre de régime complémentaire de retraite;
- les prestations d'invalidité relatives à une maladie ou un accident;
- les remboursements de frais engagés à titre d'un contrat contre la maladie ou les accidents;
- les coûts nécessaires pour palier un handicap;
- une partie des salaires;

---

[161] *Loi édictant la* Loi sur le Programme de protection des salariés *et modifiant la* Loi sur la faillite et l'insolvabilité, *la* Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies *et d'autres lois en conséquence*, Projet de loi C-55, sanctionné le 25 novembre 2005 (2005, c. 47).

- la moitié des sommes payables en vertu de la *Loi d'aide à l'exécution des ordonnances et des ententes familiales*[162];

- toutes choses déclarées par une disposition de la loi;

- certaines œuvres d'art ou historiques;

- une résidence principale si la créance est inférieure à 10 000 $ (il y a quelques exceptions).

Nous vous invitons bien sûr à consulter les différents articles concernés si l'une de ces catégories semble s'appliquer à votre situation.

10. DISPOSITIONS ET TRAITEMENTS PRÉFÉRENTIELS

Il est toujours pertinent de bien connaître les règles relatives aux transactions révisables et particulièrement celles qui concernent les dispositions et traitements préférentiels qui peuvent être déclarés inopposables. À cet égard, il faut commencer par se rappeler les articles 1631 et suivants C.c.Q. qui permettent de rendre inopposable une transaction transférant un actif à un tiers lorsque les conditions suivantes sont remplies, soit :

- en faveur d'un créancier;

- un préjudice ainsi causé;

- le débiteur a posé un acte juridique;

- le débiteur est devenu insolvable à la suite de cette transaction ou cherchait par cette transaction à se rendre insolvable;

- que par cette transaction le débiteur cherchait à accorder une préférence à un de ses créanciers.

De toute évidence, pour faciliter l'exercice de tels recours, le Code civil prévoit, lorsque le contrat est à titre onéreux ou qu'il y a eu un paiement, l'existence d'une présomption selon laquelle le créancier connaissait l'insolvabilité et que le débiteur était insolvable ou cherchait à se rendre insolvable. De plus, si le contrat était à titre gratuit, la transaction est présumée faite avec l'intention de frauder, et ce, même sans la connaissance

---

[162] 1985, 2e supp., c. 4.

du créancier, il est également présumé que le débiteur est insolvable ou cherchait à se rendre insolvable.

La *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* possède également des dispositions dans le même sens, notamment les articles 91 et suivants L.F.I. En effet, toute transaction effectuée dans l'année précédant la faillite peut être déclarée inopposable au syndic. La présomption qui découle de l'article 91 L.F.I. peut être renversée, mais le fardeau de cette preuve repose sur les épaules du bénéficiaire du transfert. Dans l'éventualité où une transaction est survenue en faveur d'une personne liée au débiteur, la présomption sera valide pour une période de cinq ans avant la date de faillite. Le bénéficiaire de la transaction pourra renverser la présomption à son égard s'il est en mesure de faire la preuve que la transaction s'est faite de bonne foi et que la contrepartie qui a été accordée était valable dans les circonstances.

Les articles 95 et suivants L.F.I. concernent également les traitements préférentiels. Ces dispositions prévoient aussi une présomption de fraude et permettent de rendre inopposable la transaction. En effet, une telle disposition existe dans l'éventualité où un paiement, un transfert ou un avantage a été conféré par un débiteur à un créancier dans les trois mois précédant la faillite ou lorsqu'il s'agit de personnes liées dans l'année précédant la faillite. Encore une fois, il s'agit d'une présomption que le bénéficiaire du paiement, du transfert ou de l'avantage pourra renverser s'il est en mesure de démontrer qu'il n'y a pas eu de préférence, qu'il y avait des motifs raisonnables ou qu'il y a eu contrepartie valable. Il est important de mentionner que dans ce cas-ci, l'intention du créancier n'a aucune influence sur la détermination du caractère de la transaction.

Finalement, il faut aussi mentionner les articles 100 et 101 L.F.I. qui accordent un grand pouvoir d'enquête pour tout événement survenu un an avant la faillite ou dans l'éventualité où le syndic soupçonne que la contrepartie obtenue n'est pas équivalente à la juste valeur du marché. Le syndic pourra même obtenir une ordonnance contre le bénéficiaire pour la différence entre la JVM du bien transféré et le prix ou la contrepartie reçu par le débiteur.

11. L'INSAISISSABILITÉ DES REÉR

À cet égard, nous vous référons à l'annexe H qui contient un texte exhaustif sur le sujet.

ÉTATS FINANCIERS A

MONSIEUR JEAN LABOLLE
BILAN AU

	30-juin 2006 Coût	30-juin 2006 Juste valeur marchande
ACTIFS		
Court terme		
Encaisse	125 000 $	125 000 $
Débiteurs	-	-
Placements	115 000	115 000
	240 000	240 000
Placements - note 1	6 736 100	14 830 600
Régimes de retraite - note 4	500 000	1 550 000
Autres actifs - note 3	895 000	1 471 100
Immobilisations - note 2	1 212 500	2 450 000
	9 583 600 $	20 541 700 $
PASSIF		
Court terme		
Comptes à payer	12 600 $	12 600 $
Dette à long terme	710 000	710 000
AVOIR DE L'ACTIONNAIRE		
Capital	8 861 000	19 819 100
	9 583 600 $	20 541 700 $

Annexe A (suite)

Note 1

	Coût	Juste valeur marchande
Actions de Gestion Labolle inc.	1 000 $	5 000 600 $
Actions de Labolle+ inc.	100	600 000
Actions de Bolléplus++ inc.	5 000	300 000
Portefeuille - actions canadiennes	2 100 000	2 900 000
- actions américaines	3 400 000	4 600 000
Police d'assurance-vie GA9524 - valeur de rachat (*)	425 000	425 000
Police d'assurance-vie GA9522 - valeur de rachat (*)	405 000	405 000
Participation dans Bolléplus+ s.e.n.c.r.l.	400 000	600 000
	6 736 100 $	14 830 600 $

(*) Ce sont deux polices d'assurance-vie universelle avec un produit de 1 500 000 $ chacune en cas de décès.
Madame Ledroit est bénéficiaire des deux polices d'assurance-vie universelle.
M. Labolle détient des polices d'assurance-vie temporaires pour un produit de 2 000 000 $.
La succession de M. Labolle est bénéficiaire des polices d'assurance-vie temporaires.

Note 2

			Dette à long terme
Résidence d'Outremont - 50 %	100 000 $	500 000 $	- $
Condominium Mont-Tremblant - 100 %	250 000	240 000	125 000
Condominium Vancouver - 100 %	300 000	700 000	180 000
Maison habitée par la mère	212 500	290 000	50 000
Maison de San Francisco - 100 %	350 000	720 000	175 000
	1 212 500 $	2 450 000 $	530 000 $

Note 3

Violon Stradivarius	95 000 $	300 000 $	- $
Cave à vins	320 000	580 000	-
Voilier	375 000	525 000	150 000
BMW 2005	90 000	60 000	30 000
Honda Civic 2003	15 000	6 100	-
	895 000 $	1 471 100 $	180 000 $

Note 4

Régime de retraite individuel	200 000 $	600 000 $
REÉR	300 000	950 000
	500 000 $	1 550 000 $

Note 5
M. Labolle a donné des garanties personnelles pour la société Bolléplus++ inc. et Bolléplus+ s.e.n.c.r.l.

ÉTATS FINANCIERS B

MADAME JEANNE LEDROIT
BILAN AU

	30-juin 2006 Coût	30-juin 2006 Juste valeur marchande
ACTIFS		
Court terme		
Encaisse	39 400 $	39 400 $
Débiteurs	-	-
Placements	26 950	26 950
	66 350	66 350
Placements - note 1	3 747 600	5 605 990
Régimes de retraite - note 4	490 000	1 350 000
Autres actifs - note 3	243 000	455 000
Immobilisations - note 2	800 900	1 900 000
	5 347 850 $	9 377 340 $
PASSIF		
Court terme		
Comptes à payer	12 600 $	12 600 $
Dette à long terme	24 000	24 000
AVOIR DE L'ACTIONNAIRE		
Capital	5 311 250	9 340 740
	5 347 850 $	9 377 340 $

Annexe B (suite)

Note 1

	Coût	Juste valeur marchande
Portefeuille - actions canadiennes	1 680 000 $	3 360 000 $
- actions américaines	1 430 000	2 245 990
Police d'assurance-vie XL8469 - valeur de rachat (*)	358 000	-
Police d'assurance-vie ZJ - valeur de rachat (*)	279 600	-
	3 747 600 $	5 605 990 $

(*) Ce sont deux polices d'assurance-vie universelle avec un produit de 1 000 000 $ chacune en cas de décès.
Monsieur Labolle est bénéficiaire des deux polices d'assurance-vie universelle.
Mme Ledroit détient des polices d'assurance-vie temporaires pour un produit de 1 000 000 $.

Note 2

Résidence d'Outremont - 50 %	100 000 $	500 000 $
Chalet Lac Memphrémagog - 100 % (*)	700 900	1 400 000
	800 900 $	1 900 000 $

(*) Chalet reçu en héritage

Note 3

Piano Steinway	198 000 $	425 000 $
Toyota Sienna 2004	45 000	30 000
	243 000 $	455 000 $

Note 4

Régime de retraite individuel	- $	- $
REÉR	490 000	1 350 000
	490 000 $	1 350 000 $

ANNEXE C

ÉTATS FINANCIERS C

GESTION LABOLLE INC.
BILAN AU

	30 sept. 2006
ACTIFS	
Court terme	
Encaisse	12 000 $
Débiteurs	42 000
Placements	326 000
Frais payés d'avance	3 200
	383 200
Placements - note 1	3 906 990
Immobilisations - note 2	6 960
	4 297 150 $
PASSIF	
Court terme	
Créditeurs	25 000 $
Portion court terme de la dette à long terme	230 000
Avances d'un administrateur	42 000
	297 000
Avances d'un actionnaire	-
Prêt	-
Prêt convertible	-
Dette à long terme	992 560
	1 289 560

Annexe C (suite)

AVOIR DE L'ACTIONNAIRE

Capital-actions

Actions ordinaires catégorie A	1 000
Bénéfices non répartis	3 006 590
	3 007 590
	4 297 150 $

Note 1

	Coût	Juste valeur marchande
Portefeuille - actions canadiennes	1 000 900 $	1 820 000 $
- actions américaines	2 000 000	2 880 000
- autres titres	906 090	1 430 000
	3 906 990 $	6 130 000 $

Note 2

	Coût	Amortissement cumulé	Valeur nette comptable
Équipements informatiques	6 000 $	3 200 $	2 800 $
Logiciels	12 820	8 660	4 160
	18 820 $	11 860 $	6 960 $

ÉTATS FINANCIERS D

LABOLLE+ INC.
BILAN AU

	30 sept. 2006
ACTIFS	
Court terme	
Encaisse	15 000 $
Débiteurs	93 000
Placements	-
Frais payés d'avance	4 200
	112 200
Immobilisations - note 1	3 100
	115 300 $
PASSIF	
Court terme	
Créditeurs	7 400 $
Portion court terme de la dette à long terme	-
Avances d'un administrateur	-
	7 400
Avances d'un actionnaire	22 000
Prêt	-
	-
Dette à long terme	-
	29 400

Annexe D (suite)

AVOIR DE L'ACTIONNAIRE

Capital-actions	
Actions ordinaires catégorie A	100
Bénéfices non répartis	85 800
	85 900
	115 300 $

Note 1

	Coût	Amortissement cumulé	Valeur nette comptable
Équipements informatiques	3 300 $	1 600 $	1 700 $
Logiciels	5 600	4 200	1 400
	8 900 $	5 800 $	3 100 $

ANNEXE E

ÉTATS FINANCIERS E

BOLLÉPLUS++ INC.
BILAN AU

	30 sept. 2006
ACTIFS	
Court terme	
Encaisse	57 000 $
Débiteurs	2 046 000
Inventaire de fourniture	246 400
Frais payés d'avance	421 900
	2 771 300
Immobilisations - note 1	2 849 100
	5 620 400 $
PASSIF	
Court terme	
Créditeurs	685 000 $
Portion court terme de la dette à long terme	336 000
Avances d'un administrateur	-
	1 021 000
Avances des actionnaires	540 000
Prêt	110 000
	-
Dette à long terme	424 000
	2 095 000

Annexe E (suite)

AVOIR DE L'ACTIONNAIRE

Capital-actions	
Actions ordinaires catégorie A	50 000
Bénéfices non répartis	3 475 400
	3 525 400
	5 620 400 $

Note 1

	Coût	Amortissement cumulé	Valeur nette comptable
Équipements informatiques	510 000 $	295 000 $	215 000 $
Logiciels d'application	1 245 000	642 000	603 000
Améliorations locatives	3 500 000	2 090 000	1 410 000
Équipements de bureau	786 000	304 900	481 100
Logiciels de système	310 000	170 000	140 000
	6 351 000 $	3 501 900 $	2 849 100 $

ÉTATS FINANCIERS F

BOLLÉPLUS+ S.E.N.C.R.L.
BILAN AU

	30 sept. 2006
ACTIFS	
Court terme	
Encaisse	149 000 $
Débiteurs	10 096 000
Inventaire de fourniture	159 400
Frais payés d'avance	256 000
	10 660 400
Immobilisations - note 1	302 200
	10 962 600 $
PASSIF	
Court terme	
Créditeurs	3 200 845 $
Portion court terme de la dette à long terme	179 000
Avances d'un administrateur	-
	3 379 845
Avances des actionnaires	-
Prêt	790 000
	-
Dette à long terme	1 290 000
	5 459 845

Annexe F (suite)

AVOIR DE L'ACTIONNAIRE

Capital-actions	
Actions ordinaires catégorie A	50 000
Bénéfices non répartis	5 452 755
	5 502 755
	10 962 600 $

Note 1

	Coût	Amortissement cumulé	Valeur nette comptable
Équipements informatiques	259 000 $	198 000 $	61 000 $
Logiciels d'application	77 000	37 800	39 200
Améliorations locatives	400 000	250 000	150 000
Équipements de bureau	120 000	75 000	45 000
Logiciels de système	15 000	8 000	7 000
	871 000 $	568 800 $	302 200 $

ÉTATS FINANCIERS
MONSIEUR JEAN LABOLLE
BILAN AU

	Avant		Après			
	30-juin 2006 Coût	30-juin 2006 JVM	M. Labolle	Fiducie de gel	Fiducie familiale	Fiducie pour soi
ACTIFS						
Court terme						
Encaisse	125 000 $	125 000 $	125 000 $	- $	- $	- $
Débiteurs	-	-				
Placements	115 000	115 000	-	-	-	115 000
	240 000	240 000	125 000	-	-	115 000
Placements - note 1	6 736 100	14 830 600	830 000	100	-	5 906 200
Régimes de retraite - note 4	500 000	1 550 000	500 000			
Autres actifs - note 3	895 000	1 471 100		-	105 000	790 000
Immobilisations - note 2	1 212 500	2 450 000	-	-	350 000	862 500
	9 583 600 $	20 541 700 $	1 455 000 $	100 $	455 000 $	7 673 700 $
PASSIF						
Court terme						
Comptes à payer	12 600 $	12 600 $	12 600 $			
Dette à long terme	710 000	710 000			155 000	555 000
AVOIR DE L'ACTIONNAIRE						
Capital	8 861 000	19 819 100	1 442 400	100	300 000	7 118 700
	9 583 600 $	20 541 700 $	1 455 000 $	100 $	455 000 $	7 673 700 $

Note 1

	Coût	Juste valeur marchande				
Actions de Gestion Labolle inc.	1 000 $	5 000 600 $	-	100 $	- $	3 406 100 $
Actions de Labolle+ inc.	100	600 000				(**)
Actions de Bolléplus++ inc.	5 000	300 000				(**)
Portefeuille - actions canadiennes	2 100 000	2 900 000				2 100 000
- actions américaines	3 400 000	4 600 000				(**)
Police d'assurance-vie GA9524 - valeur de rachat (*)	425 000	425 000	425 000			-
Police d'assurance-vie GA9522 - valeur de rachat (*)	405 000	405 000	405 000			-
Participation dans Labolle+ s.e.c.						100
Participation dans Bolléplus+ s.e.n.c.r.l.	400 000	600 000	-	-	-	400 000
	6 736 100 $	14 830 600 $	830 000 $	100 $	- $	5 906 200 $

(*) Ce sont deux polices d'assurance-vie universelle avec un produit de 1 500 000 $ chacune en cas de décès.
Madame Ledroit est bénéficiaire des deux polices d'assurance-vie universelle.
M. Labolle détient des polices d'assurance-vie temporaires pour un produit de 2 000 000 $.
La succession de M. Labolle est bénéficiaire des polices d'assurance-vie temporaires.

Annexe G (suite)

			Dette à long terme			
Note 2			- $			- $
Résidence d'Outremont - 50 %	100 000 $	500 000 $		- $	100 000 $	
Condominium Mont-Tremblant - 100 %	250 000	240 000	125 000		250 000	
Condominium Vancouver - 100 %	300 000	700 000	180 000			300 000
Maison habitée par la mère	212 500	290 000	50 000			212 500
Maison de San Francisco - 100 %	350 000	720 000	175 000	-	-	350 000
	1 212 500 $	2 450 000 $	530 000 $	- $	350 000 $	862 500 $
Note 3						
Violon Stradivarius	95 000 $	300 000 $	- $	- $	- $	95 000 $
Cave à vins	320 000	580 000	-			320 000
Voilier	375 000	525 000	150 000			375 000
BMW 2005	90 000	60 000	30 000		90 000	
Honda Civic 2003	15 000	6 100	-	-	15 000	-
	895 000 $	1 471 100 $	180 000 $	- $	105 000 $	790 000 $
Note 4						
Régime de retraite individuel	200 000 $	600 000 $	200 000 $			
REER	300 000	950 000	300 000			
	500 000 $	1 550 000 $	500 000 $			

Note 5
M. Labolle a donné des garanties personnelles pour la société Bolléplus++ inc. et Bolléplus+ s.e.n.c.r.l.

ANNEXE H

L'insaisissabilité des REÉR*

Par **Hubert Sibre**, avocat

INTRODUCTION

Avril 2006

A. LA NATURE JURIDIQUE D'UN CONTRAT DE REÉR

1. DÉFINITION DU CONCEPT DE REÉR

DÉFINITION DU REÉR DANS LA *LOI DE L'IMPÔT SUR LE REVENU*[1]

- L'article 146 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* définit le régime d'épargne retraite comme suit :

> « "Régime d'épargne-retraite"
>
> *a*) Contrat conclu entre un particulier et une personne titulaire d'une licence ou par ailleurs autorisée par la législation fédérale ou provinciale à exploiter au Canada un commerce de rentes aux termes duquel, contre le paiement par le particulier ou son conjoint d'une somme périodique ou autre au titre du contrat, un revenu de retraite est prévu pour le particulier à compter de l'échéance;
>
> *b*) arrangement selon lequel un particulier ou son conjoint verse, selon le cas:
>
> (i) en fiducie à une société titulaire d'une licence ou par ailleurs autorisée par la législation fédérale ou provinciale à exploiter au Canada une entreprise consistant à offrir ses services au public en tant que fiduciaire, un montant périodique ou autre, à titre d'apport en vertu de la fiducie,
>
> (ii) à une société agréée par le gouverneur en conseil pour l'application du présent article et titulaire d'une licence ou par ailleurs autorisée par la législation fédérale ou provinciale à établir des contrats de placement prévoyant le paiement au détenteur d'un tel contrat, ou l'inscription au

---

* Ce texte a initialement été publié dans *Développements récents*, volume 244 du Barreau du Québec, Éditions Yvon Blais; toutefois, l'APFF a revu le texte pour le rendre conforme à ses normes de présentation.

1 L.R.C. (1985), 5e supp., c. 1 et mod.

> crédit de son compte, d'une somme fixe ou susceptible de l'être, à l'échéance, une somme périodique ou autre versée à titre de contribution aux termes d'un tel contrat entre le particulier et cette société,
>
> (iii) un montant à titre de dépôt auprès d'une succursale ou d'un bureau au Canada:
>
> (A) soit d'une personne qui est membre de l'Association canadienne des paiements ou qui est admissible à le devenir,
>
> (B) soit d'une caisse de crédit qui est actionnaire ou membre d'une personne morale désignée sous le nom de "centrale" pour l'application de la *Loi sur l'Association canadienne des paiements*,
>
> devant être utilisé, placé ou autrement employé par cette société ou ce dépositaire, selon le cas, en vue d'assurer au particulier, commençant à l'échéance, un revenu de retraite. »

- Le régime enregistré d'épargne-retraite est défini comme suit :

> « "**Régime enregistré d'épargne-retraite**"
>
> Régime d'épargne-retraite accepté par le ministre aux fins d'enregistrement pour l'application de la présente loi comme conforme au présent article. »

DÉFINITION DE REÉR DONNÉE PAR LA JURISPRUDENCE ET LA DOCTRINE

- Dans *Poulin*[2], la Cour suprême du Canada caractérise la nature d'un REÉR comme suit :

> « [**24**] Il existe une multiplicité de REÉR au Canada. Ils sont offerts par différentes institutions, notamment des compagnies d'assurance-vie, des compagnies de fiducie, des banques, des caisses populaires, des compagnies de prêt et des courtiers en valeurs mobilières. Le REÉR est une création fiscale (M.-B. Paré, L. Quesnel et G. Carrière, «Les régimes d'épargne-retraite», [1986] 1 C.P. du N. 151, à la p. 169). La Cour d'appel du Québec s'est déjà penchée sur la question de la qualification d'un REÉR en droit civil québécois et a conclu qu'un REÉR n'était qu'une relation créancier-débiteur régie par les clauses mêmes du contrat liant les deux parties: voir Cie Trust Royal c. Caisse populaire Laurier, [1989] R.J.Q. 550. Des auteurs ont écrit que "le régime d'épargne-retraite n'est pas un bien mais plutôt une convention dont découlent des droits et obligations, ou si vous préférez une enveloppe fiscale qui permet d'acquérir certains biens" : voir Paré, Quesnel et Carrière, loc. cit., à la p. 171.

---

2 [1999] 3 R.C.S. 351.

> [**25**] Les sommes investies dans un REÉR sont donc utilisées pour acquérir d'autres biens. Par conséquent, leur nature change, de même que les droits de la personne qui les investit. En effet, ceux-ci sont dorénavant déterminés par la convention liant les parties. »

- Le juge Clément Trudel[3] explique comme suit la façon dont un régime de retraite peut servir de véhicule juridique afin d'accumuler un capital qui sera converti en rente le moment venu :

> « [**130**] […] les fonds de retraite et les régimes enregistrés d'épargne-retraite sont des véhicules servant à accumuler un capital qui sera converti en une rente le moment venu. Avec le temps, les contrats ont évolué principalement au niveau de la flexibilité offerte au crédirentier d'effectuer à tout moment des versements complémentaires en fonction de ses disponibilités et d'accumuler ainsi à son propre rythme le capital de la rente avant de bénéficier des arrérages une fois l'âge de la retraite arrivé. Le processus fondamental est toujours le même: la constitution d'un capital dans le but de se procurer un revenu de retraite. »

- Dans un texte intitulé « Mise à jour sur l'insaisissabilité »[4], M^e^ Roger P. Simard donne une définition générale des REÉR :

> « Une définition générale et concise, souvent citée par les tribunaux ainsi que par le juge Clément Trudel de la Cour supérieure dans une de ses nombreuses décisions rendues dans le cadre de la liquidation de Les Coopérants, société mutuelle d'assurance-vie, *Raymond, Chabot, Fafard, Gagnon inc.* c. *Firtscliff Development inc.* provient de la thèse de maîtrise de M^e^ Sylvie Lambert :
>
> > "Le REÉR est un contrat ou un arrangement intervenu entre un individu et une institution financière en vertu duquel cet individu (ou son conjoint) verse à cette institution financière des contributions dans le but d'accumuler, à l'abri de l'impôt, un revenu de retraite."
>
> Ces institutions financières sont les banques, les caisses populaires et d'épargne, les compagnies d'assurances, les sociétés de fiducies, les fonds communs de placement et les courtiers en valeurs mobilières qui agissent parfois à titre de mandataire nommé dans le contrat de REÉR pour l'émetteur autorisé au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu.*
>
> Le contrat de REÉR implique au moins deux personnes, à savoir l'épargnant (ou son conjoint), qui sera bénéficiaire du revenu de retraite accumulé, et

---

[3] *In re Coopérants, société mutuelle d'assurance-vie/Coopérants Mutual Life Insurance Society*, [1993] R.J.Q. 548 (C.S.).

[4] Roger P. SIMARD, « Mise à jour sur l'insaisissabilité des REÉR », (2002), vol. 23, n^o^ 2 *Revue de planification fiscale et successorale* 325-360, p. 329.

> l'institution financière qui reçoit et, selon le cas, gère les fonds jusqu'à leur paiement ou transfert en vue de la retraite.
>
> Parfois, une troisième personne s'ajoutera au contrat: le fiduciaire du régime. Dans ce dernier cas, il arrive que l'institution financière reçoive un mandat du fiduciaire pour gérer les fonds. Ces deux types de REÉR, avec ou sans fiduciaire, découlent des lois fiscales.
>
> On ajoutera aussi une quatrième personne dans certains cas: le bénéficiaire désigné dans l'éventualité du décès de l'épargnant. À défaut de désignation valide, le REÉR fera partie de la succession de l'épargnant. »

- Pour sa part, dans son mémoire de maîtrise intitulé « *Les régimes enregistrés d'épargne-retraite dans le contexte du droit civil* »[5], M^e^ Sylvie Lambert définit les REÉR comme suit :

> « Le REÉR est un contrat ou un arrangement intervenu entre un individu et une institution financière en vertu duquel cet individu (ou son conjoint) verse à cette institution financière des contributions dans le but d'accumuler, à l'abri de l'impôt, un revenu de retraite.
>
> Le REÉR peut être un régime assuré, c'est-à-dire qu'un contrat intervient entre un particulier et une compagnie d'assurances dans le but d'acheter une rente qui sera payable à maturité du REÉR. On peut aussi avoir un arrangement avec une société de fiducie, une corporation autorisée à établir des contrats de placement, une banque ou une caisse de crédit. Lorsque le REÉR est en dépôt auprès, d'une banque ou d'une caisse, on considère ce REÉR comme un arrangement avec un dépositaire.
>
> Ce contrat ou arrangement doit être enregistré, c'est-à-dire que les fonds accumulés dans un régime d'épargne retraite dûment enregistré pourront bénéficier d'un report d'impôt accordé par Revenu Canada pour encourager les particuliers à assurer la planification de leur retraite. »

2. LES DIFFÉRENTS TYPES DE REÉR

- Il existe différents types de REÉR et ceux-ci peuvent prendre diverses formes : fonds à intérêt quotidien, dépôts à terme, obligations, valeurs mobilières, contrats de rente pratiqués par des assureurs ou des sociétés de fiducie, assurance-vie, fonds communs de placement, etc.

---

5 Sylvie LAMBERT, *Les régimes enregistrés d'épargne-retraite dans le contexte du droit civil*, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1991.

- Certains sont offerts par les banques, les caisses populaires, les sociétés de fiducie et les maisons de courtage; d'autres peuvent aussi être offerts par les compagnies d'assurance-vie. Ces institutions financières jouent le rôle d'émetteur et offrent différents véhicules de placement pour répondre aux besoins distincts des contribuables.

- M[e] Roger P. Simard[6] mentionne que les contrats de REÉR se distinguent en fonction de leurs clauses contractuelles :

> « Outre les distinctions reliées aux lois fiscales et aux qualifications en droit civil émanant de la jurisprudence, les contrats de REÉR se distinguent aussi en fonction de leurs clauses particulières qui diffèrent à l'intérieur d'une même catégorie aux fins fiscales ou civiles.
>
> Tout comme les contrats de rente et d'assurance vie pratiqués par les compagnies d'assurances, il existe, dans les REÉR, une grande variété de clauses contractuelles qui peuvent être convenues entre les parties (ou imposées par les institutions dans le cadre d'un contrat d'adhésion). »

- Dans une situation particulière, c'est donc l'examen de la convention entre les parties qui permettra de déterminer, à la lumière du droit applicable, si un REÉR est insaisissable.

- Dans l'affaire *Thibault*[7], la Cour mentionne que chaque contrat de REÉR est un cas d'espèce qui devra être qualifié en fonction des règles qui lui sont applicables :

> « [**58**] La nature des REÉR fait qu'il n'est pas possible de leur apposer une étiquette unique. Ils peuvent établir des règles qui permettent d'acheter une police d'assurance-vie ou une rente insaisissable ou même de constituer une fiducie. Pour ce faire, ils doivent cependant respecter les règles applicables à ces contrats. Dans le cas du REÉR Scotia, une règle élémentaire, celle de l'aliénation, n'est pas respectée et empêche la qualification comme rente ou comme fiducie. Même si l'on tient pour acquis que des retraits partiels ou totaux ne font pas obstacle à cette qualification, l'actif demeure, ici, entre les mains de celui qui reste propriétaire jusqu'à l'échéance du Régime. En l'occurrence, ce propriétaire est M. Thibault. »

- En 1986, la Cour d'appel du Québec[8], sous la plume du juge LeBel, s'exprimait comme suit :

---

6 R. P. SIMARD, *loc. cit*., note 4, 336-337.

7 [2004] 1 R.C.S. 758.

8 *Jobin (Syndic de) c. Monarch Life Assurance Co*., REJB 1986-62450 (C.A.).

> « [**5**] La solution de ce litige suppose au préalable l'analyse de la nature juridique de ce régime d'épargne-enregistré (REÉR) et de la portée des engagements des parties. En effet, qualifier un contrat de régime d'épargne-retraite enregistré ne règle rien. En vertu des lois fiscales, cette notion de régime d'épargne-retraite enregistré recouvre des instruments et des mécanismes juridiques très diversifiés. […] »

B. LES CRITÈRES D'INSAISISSABILITÉ D'UN REÉR

- Mentionnons d'abord le principe bien connu que la saisissabilité d'un bien est la règle et son insaisissabilité est l'exception. En effet, comme le professeur Deslauriers le mentionne dans son ouvrage intitulé *La faillite et l'insolvabilité au Québec*[9] :

> « En règle générale, un REÉR est saisissable[10], à moins que le contribuable ne respecte certaines dispositions législatives permettant l'insaisissabilité, comme nous le verrons ci-après. »

- À moins que le Projet de loi C-55 n'entre en vigueur tel qu'il a été présenté, il n'existe présentement aucune exemption générale d'insaisissabilité des REÉR :

> « [**21**] Par ailleurs, il n'existe pas en vertu du droit québécois une exemption générale d'insaisissabilité du simple fait que des fonds sont versés dans un REÉR (*BNE* c. *Thibault*).
>
> [**22**] Les REÉR, même s'ils sont assujettis aux lois fiscales, demeurent régis par les règles du droit des contrats applicables au véhicule utilisé (*BNE* c. *Thibault*). Pour déterminer la saisissabilité du montant confié à Investors en 1998, il faut donc se rapporter à la nature juridique du véhicule dans lequel ce montant a été investi[11]. »

- La *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* laisse aux provinces le soin de déclarer ce qui est insaisissable :

> « [**19**] La *Loi de l'impôt sur le revenu* et la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* sont muettes quant au sort qui devrait être réservé à un REÉR dans le cadre de

---

9 Jacques DESLAURIERS, *La faillite et l'insolvabilité au Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004.

10 *In re Jobin : Blais, Fortier, Touch, Ross c. Monarch Life Assurance co*., [1986] R.J.Q. 1755 (C.A.).

11 *Pierre Roy & Associés inc. c*. *Bagnoud*, [2005] R.J.Q. 1378 (C.A.).

> la faillite de son constituant. Le fait que les fonds soient accumulés à l'abri de l'impôt n'en fait pas nécessairement des fonds insaisissables.
>
> [**20**] En 1986, la Cour d'appel du Québec, sous la plume du juge LeBel (alors à la Cour d'appel), s'exprimait comme suit : "La solution de ce litige suppose au préalable l'analyse de la nature juridique de ce régime d'épargne-enregistré (REÉR) et de la portée des engagements des parties. En effet, qualifier un contrat de régime d'épargne-retraite enregistré ne règle rien. En vertu des lois fiscales, cette notion de régime d'épargne-retraite enregistré recouvre des instruments et des mécanismes juridiques très diversifiés. […]" [12] »

- En droit québécois, il existe quatre situations dans lesquels un REÉR peut être insaisissable : (1) les contrats de rente pratiqués par les assureurs, (2) les contrats de rente pratiqués par des sociétés de fiducie, (3) l'insaisissabilité résultant de la constitution d'une fiducie et d'un patrimoine d'affectation et (4) l'insaisissabilité découlant de la provenance des fonds. Afin de déterminer si un REÉR est insaisissable il est donc primordial d'examiner les dispositions contractuelles qui gouvernent le REÉR à la lumière des critères qui seront présentés dans les prochaines sections.

- Tel que mentionné par le juge Pronovost dans *Rivard (Syndic de)*[13], il y a des restrictions et la perte de certains privilèges pour que des REÉR soient insaisissables et c'est pourquoi un certain nombre de critères doivent être rencontrés :

> « [**48**] Les mises en cause ont voulu fournir à l'intimé un véhicule de placement qui garantissait l'avantage des deux régimes, soit les REÉR saisissables et ceux insaisissables. Ce n'est pas ce que le Législateur a prévu. Il y a certaines restrictions. Il y a certains privilèges, avec les REÉR insaisissables, que les gens perdent. Comme il est dit souvent, il n'est pas possible d'avoir le meilleur de deux mondes, et c'est ce que les mises en cause ont essayé de fournir à leur client. Les contrats R-4B et R-4C ne rencontrent pas les exigences, du moins en partie, prévues par la loi.
>
> [**49**] Le procureur des mises en cause plaide qu'une pratique quant à l'administration des sommes accumulées n'est pas déterminante, mais ce sont les dispositions contractuelles qui prévalent.
>
> [**50**] Respectueusement pour l'opinion contraire, le Tribunal ne partage pas cette opinion. Rien n'interdisait à l'intimé de donner son opinion et de décider. La pratique courante dans les établissements des mises en cause était que l'intimé

---

12 *Bagnoud (Syndic de)*, [2002] R.J.Q. 2055 (C.S.).

13 J.E. 2005-1158 (C.S.).

ou les rentiers gardaient un certain droit de gérance sur leurs actifs, ce que la loi ne permet pas. Devant ces faits, le Tribunal n'a d'autres choix que de déclarer saisissables les REÉR prévus aux contrats R-4B et R-4C. »

- Dans l'affaire *Gagné c. Deschênes*[14], la Cour se demande si les critères énoncés dans l'affaire *Scotia* quant à l'insaisissabilité d'un REÉR s'appliquent dans le cas d'un FERR :

« [**83**] Ici, en suivant l'opinion majoritaire dans l'arrêt *Scotia McLeod*, *supra*, il est probable que le FERR proposé (P-12A) ne constitue pas un contrat constitutif de rente, tel que défini à l'art. 2367 C.C.Q.

[**84**] Il y a des similarités entre les REÉRs et FERRs autogérés : dans chaque cas le fiduciaire détient le capital pour le compte du client, qui détermine les placements à faire et qui peut retirer tout ou une partie du capital en tout temps, en payant les impôts sur les montants ainsi retirés. Il y a aussi les divergences entre les deux fonds, comme, par exemple, l'obligation imposée au fiduciaire de faire un paiement annuel du fonds au client.

[**85**] Si le FERR à être établi par Mme Gagné (P-12) est saisissable par ses créanciers, cette possibilité ira à l'encontre de l'intention du Testateur, qui voulait bénéficier ses quatre enfants de façon irrévocable au cas où une partie de l'actif du FERR y resterait après le décès de Mme Gagné, et qui voulait aussi, d'après l'art. 8 du Testament, que les legs ne soient pas saisissables pour le paiement des dettes des légataires.

[**86**] Il est difficile de déterminer jusqu'à quel point, le transfert d'actif par un client à un fiduciaire pour un REÉR est comparable à un tel transfert pour un FERR, sans une analyse approfondie des articles pertinents des lois fiscales applicables et des contrats pertinents de REÉR et de FERR, ce que les procureurs des parties n'ont pas jugé bon de faire. De plus, le jugement de la Cour suprême du Canada dans *Scotia McLeod* ne sera pas rendu avant trois mois environ.

[**87**] Aucune réponse à la question de la saisissabilité de l'actif du FERR par les créanciers de Mme Gagné, expliquée sous VII ci-haut, n'a été donnée par le Jugement Hallée.

[**88**] Dans ces circonstances, et vu les conclusions sous V et VI ci-haut, il n'est ni nécessaire ni utile pour la Cour de décider, à ce moment, la question de la saisissabilité de l'actif du projet de FERR (P-12A) proposé par Mme Gagné. »

---

[14] REJB 2004-52612 (C.S.).

1. INSAISISSABILITÉ DES CONTRATS DE RENTE PRATIQUÉS PAR DES ASSUREURS

- Les notions d'insaisissabilité des contrats de rentes ont beaucoup évolué depuis ces dernières années. En effet, la jurisprudence n'a pas toujours été claire par rapport à ce sujet. Depuis l'arrêt *Croft*, qui a ensuite été suivi par les décisions *Poulin* et *Thibault* de la Cour suprême du Canada, le courant jurisprudentiel est maintenant mieux établi.

- Dans l'affaire *Fortier (Syndic de)*, un syndic, voyant ce changement dans la jurisprudence, a même modifié une position adoptée à l'égard d'un bien du failli plus de trois ans après la date de ladite faillite :

> « [**17**] L'intimé soutient que, tant verbalement que par écrit, le Syndic a reconnu le statut d'exemption du REÉR litigieux. Par sa conduite postérieure à la cession, le Syndic aurait démontré qu'il considérait le bien insaisissable et qu'il n'entendait pas exercer sa saisine sur ses biens. Le syndic ne pourrait pas changer sa position postérieurement, à la faveur d'un changement de l'état du droit, parce que, nous suggère l'intimé, il, à titre de failli, bénéficie, en quelque sorte, d'un droit acquis à l'interprétation jurisprudentielle prévalant en date de la faillite.
>
> [**18**] Les éléments de contestation de la requête en recouvrement du syndic, tel que soumis à ce stade des procédures, nous semblent d'un intérêt trompeur. En effet, en pointant les projecteurs sur la conduite du Syndic, les prétentions des opposants à la requête nous éloignent de l'élément central du litige, à savoir la qualification juridique du bien quant à son caractère saisissable ou non.
>
> [**19**] Or, cette qualité relève d'abord et avant tout d'un élément de droit substantif, à savoir l'article 67 (1) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* qui prévoit, notamment à son sous-paragraphe b), l'exclusion de la faillite des biens exempts d'exécution ou de saisie sous le régime des lois applicables dans la province. Au Québec, l'article 2393 C.c.Q. assimile les rentes pratiquées par les assureurs à l'assurance-vie et leur accorde un statut d'insaisissabilité. En outre, le paragraphe (12) de l'article 553 C.p.c. confirme que de tels biens sont exempts d'exécution.
>
> [**20**] Cet état du droit existant en date de la faillite n'a subi aucune modification depuis. Toutefois, la jurisprudence qui interprète et applique le droit à des cas particuliers, semble avoir évolué et, dans l'esprit de l'intimé, modifié l'état du droit. Il en est pourtant rien, puisque bien que les perceptions jurisprudentielles puissent changées, elles n'ont pas pour effet d'amender la loi elle-même. C'est pourquoi, dans l'esprit du Tribunal, le débiteur ne peut prétendre à un droit acquis à une interprétation jurisprudentielle favorable. »

LES SOURCES DE L'INSAISISSABILITÉ DES CONTRATS DE RENTES ÉTABLIS PAR LES ASSUREURS

- L'article 67 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* est le point de départ quant à savoir si un bien fera partie du patrimoine qui sera attribué aux créanciers du failli. Cette disposition énonce que les biens du failli constituant ledit patrimoine ne comprennent pas les biens exempts d'exécution ou de saisie sous le régime des lois applicables dans la province :

  « **67**. (**1**) Les biens d'un failli, constituant le patrimoine attribué à ses créanciers, ne comprennent pas les biens suivants :

  […]

  67. **b**) Les biens qui, à l'encontre du failli, sont exempts d'exécution ou de saisie sous le régime des lois applicables dans la province dans laquelle sont situés ces biens et où réside le failli. Par ces dispositions, c'est le rôle de chaque province d'établir des règles afin de déterminer quels sont les biens insaisissables. »

- Au Québec, le *Code de procédure civile* énonce aux articles 552 et suivants les choses qui ne peuvent être saisies. Le paragraphe 12 de l'article 553, qui se lit comme suit, nous intéresse plus particulièrement :

  « **553**. Sont insaisissables:

  […]

  12. Toutes choses déclarées telles par quelque disposition de la loi. »

- Ce sont donc les dispositions du *Code civil du Québec* qui établiront les critères quant à l'insaisissabilité des contrats de rentes pratiqués par des assureurs.

- D'abord, en vertu de l'article 2393 alinéa 2 *C.c.Q.* :

  « **2393**. L'assurance sur la vie garantit le paiement de la somme convenue, au décès de l'assuré; elle peut aussi garantir le paiement de cette somme du vivant de l'assuré, que celui-ci soit encore en vie à une époque déterminée ou qu'un événement touchant son existence arrive.

  Les rentes viagères ou à terme, pratiquées par les assureurs, sont assimilées à l'assurance sur la vie, mais elles demeurent aussi régies par les dispositions du

chapitre De la rente. Cependant, les règles du présent chapitre sur l'insaisissabilité s'appliquent en priorité. »

- En conséquence, les règles sur l'insaisissabilité de l'assurance-vie présentes aux articles 2445 à 2460 *C.c.Q.* s'appliquent lorsque le REÉR se trouve à l'intérieur d'une rente viagère ou à terme pratiquée par un assureur.

- Pour être qualifié de rente viagère ou à terme en vertu de l'article 2393 *C.c.Q.*, les critères énoncés à l'article 2367 *C.c.Q.* concernant la définition d'une rente doivent être respectés :

> « **2367**. Le contrat constitutif de rente est celui par lequel une personne, le débirentier, gratuitement ou moyennant l'aliénation à son profit d'un capital, s'oblige à servir périodiquement et pendant un certain temps des redevances à une autre personne, le crédirentier.
>
> Le capital peut être constitué d'un bien immeuble ou meuble; s'il s'agit d'une somme d'argent, il peut être payé au comptant ou par versements. »

- Parmi les articles dans le chapitre sur l'assurance-vie, ce sont les articles 2457 et 2458 *C.c.Q.* qui énoncent les conditions d'insaisissabilité :

> « **2457**. Lorsque le bénéficiaire désigné de l'assurance est l'époux ou le conjoint uni civilement, le descendant ou l'ascendant du titulaire ou de l'adhérent, les droits conférés par le contrat sont insaisissables, tant que le bénéficiaire n'a pas touché la somme assurée.
>
> **2458**. La stipulation d'irrévocabilité lie le titulaire de la police, même si le bénéficiaire désigné n'en a pas connaissance. Tant que la désignation à titre irrévocable subsiste, les droits conférés par le contrat au titulaire, à l'adhérent et au bénéficiaire sont insaisissables. »

- À la lecture de ces articles, il est possible de constater que l'insaisissabilité dépend du bénéficiaire du contrat de rente. Effectivement, s'il n'y a aucun bénéficiaire, le REÉR sera saisissable. Si le bénéficiaire est la succession ou ses ayants cause, ce sera également le cas.

- Lorsque le bénéficiaire est une personne particulière, il faudra alors poursuivre notre analyse en déterminant si ce bénéficiaire est révocable ou irrévocable.

- D'une part, en vertu de l'article 2458 *C.c.Q.*, lorsque le contrat de rente comporte une stipulation d'irrévocabilité, même si le bénéficiaire désigné

n'en a pas connaissance, les droits conférés par le contrat au titulaire, à l'adhérant et au bénéficiaire, sont insaisissables.

- D'autre part, si le bénéficiaire est révocable, l'article 2457 *C.c.Q.* s'appliquera. Cette disposition énonce que les droits conférés par le contrat seront insaisissables si le bénéficiaire désigné est l'époux ou le conjoint uni civilement, le descendant ou l'ascendant du titulaire ou de l'adhérant. Au contraire, si le contrat de rente désigne un bénéficiaire révocable qui ne fait pas partie de la liste de l'article 2457 *C.c.Q.*, alors le REÉR sera saisissable. Concernant le droit du syndic de révoquer lui-même le bénéficiaire d'une rente viagère ou à terme pratiquée par un assureur, nous traiterons de cette possibilité dans la section intitulée les droits du syndic.

- Dans l'affaire *Bagnoud (Syndic de)*[15], le juge de première instance note que l'intimée a désigné son conjoint de fait comme crédirentier révocable. À l'argument du syndic qui prétend que cette désignation est insuffisante pour rendre la rente insaisissable car la désignation aurait dû être irrévocable conformément à l'art. 2458 *C.c.Q.,* le juge répond que l'art. 2457 *C.c.Q.* peut s'appliquer car le mot « conjoint » qui y apparaît inclut, en vertu du droit à l'égalité garanti par la *Charte des droits et libertés de la personne*[16], le conjoint de fait. Le juge a alors conclu que les conjoints de fait forment un couple dont l'union est analogue au mariage. Voir les détails de l'argumentation aux paragraphes 31 à 41 du jugement de la Cour supérieure. Le juge de la Cour d'appel[17] ne s'est cependant pas prononcé sur cette question :

  > « [**28**] Par voie de conséquence, il n'est pas nécessaire de se prononcer sur le sens du mot "conjoint" de l'art. 2457 C.c.Q. Qu'il suffise de dire que la portée de cette disposition et, le cas échéant, sa compatibilité avec la *Charte* pourra faire l'objet d'un vrai débat dans un dossier approprié, après avis au Procureur général du Québec en vertu de l'art. 95 C.p.c., si besoin est. »

- En se basant sur l'affaire *Bagnoud (Syndic de)*[18], le professeur Jacques Deslauriers[19] conclut également que ce bénéficiaire pourrait être le conjoint de fait, cohabitant avec les enfants :

---

15 [2002] R.J.Q. 2055 (C.S.).

16 L.R.Q., c. C-12 et mod.

17 *Pierre Roy & Associés inc. c. Bagnoud*, [2005] R.J.Q. 1378 (C.A.).

18 [2002] R.J.Q. 2055 (C.S.).

19 J. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 9.

> « Le REÉR contracté sous la forme d'une assurance-vie sera insaisissable seulement si un bénéficiaire irrévocable a été désigné ou si le bénéficiaire désigné est le conjoint, l'ascendant ou le descendant du titulaire ou de l'adhérent (art. 2457 et 2458 C.c.Q.). Ce bénéficiaire pourrait être le conjoint de fait, cohabitant avec les enfants. »

- Le fait d'être le conjoint de l'assuré n'est d'aucun secours lorsque le bénéficiaire est le preneur et non le conjoint du preneur du contrat d'assurance. En effet, le juge Gonthier, pour une Cour suprême unanime, écrit[20] :

> « [**56**] Le législateur québécois continue de définir la catégorie des polices d'assurance-vie familiales insaisissables en fonction de la relation du bénéficiaire avec le preneur et non pas en fonction de sa relation avec l'assuré. Cette définition remonte à la *Loi de l'assurance des maris et des parents* qui définissait la catégorie des polices protégées en fonction de la famille du preneur, qui était aussi toujours l'assuré.
>
> [...]
>
> Notre Cour ne saurait mettre de côté les choix exprès du législateur québécois et adopter la politique des provinces de common law pour le seul motif qu'il convient de le faire dans un cas particulier. Il s'agit d'une question qui doit être laissée à l'appréciation du législateur lui-même. »

- Dans un texte intitulé « Mise à jour sur l'insaisissabilité »[21], M^e^ Roger P. Simard mentionne également que le lien de parenté avec l'assuré n'aura aucun effet sur la question de l'insaisissabilité :

> « Le titulaire est le preneur (celui qui souscrit un contrat) d'une police individuelle; l'adhérent est un membre du groupe du preneur dans le cadre d'un régime collectif. Contrairement à certaines autres provinces, le lien de parenté avec l'assuré n'aura aucun effet sur la question de l'insaisissabilité, comme l'a décidé la Cour suprême dans l'affaire *Perron-Malenfant.* »

- Concernant l'application de l'article 2367 *C.c.Q.*, M^e^ Jean-François Michaud[22] résume les arguments pertinents afin de déterminer la nature de la désignation du bénéficiaire :

---

20 *Perron-Malenfant c. Malenfant (Syndic de)*, [1999] 3 R.C.S. 375.

21 R. P. Simard, *loc. cit.*, note 4, 343.

22 Jean-François MICHAUD, « L'insaisissabilité de certains contrats émis par des assureurs : une mise à jour », dans *Développements récents en droit des assurances (2005)*, Cowansville, Yvon Blais, 2005.

« La Cour suprême dans l'affaire *Thibault* a soulevé, en *obiter*, que M. Thibault n'est pas l'une des personnes visées à l'article 2457 C.c.Q. et s'interroge quant au fait que le bénéficiaire, partie étrangère au contrat de rente, puisse déclencher le mécanisme de protection. La Cour s'interroge même à savoir s'il s'agirait là d'une exception aux règles régissant les donations à cause de mort (art. 1819 C.c.Q.). La juge Deschamps indique toutefois que ces arguments n'ont pas été abordés et elle n'en fait pas une analyse plus poussée.

Sur cette dernière question, nous partageons les commentaires de M^e^ Élyse Lemay qui soulignait qu'il s'agissait en fait d'une stipulation pour autrui ou donation indirecte puisque c'est l'assureur qui est débiteur de la somme assurée et non la succession du titulaire :

> "Les seules façons de disposer de ses biens à titre gratuit sont le don ou le testament. Les dons en vigueur au décès du donataire (donation à cause de mort) ne peuvent être faits que par contrat de mariage ou par testament sous peine de nullité.
>
> Il existe cependant une autre avenue menant à un résultat similaire dans le cas de l'assurance vie, et c'est la possibilité de nommer un bénéficiaire qui récoltera la somme assurée, au décès de l'assuré ou du rentier, dans le cas de la rente. La désignation de bénéficiaire représente une forme de stipulation pour autrui ou de donation indirecte, car c'est l'assureur vie qui est débiteur de la somme assurée au bénéficiaire et non la succession du titulaire. Le bénéficiaire est donc créancier de l'assureur."

Quant à la première question, l'article 2372 C.c.Q. précise que la rente peut être établie selon la durée de vie d'une personne qui ne sera pas nécessairement le titulaire du contrat ni le crédirentier (c'est-à-dire celui qui reçoit les redevances de la rente). Advenant le décès du crédirentier avant la vie assurée, à qui le débirentier devra-t-il payer la rente ? C'est donc dans ce cas précis que l'article 2379 *C.c.Q.* reçoit application : celui-ci permet la désignation d'un autre crédirentier, c'est-à-dire d'une autre personne devant recevoir la rente en service conformément aux règles du contrat d'assurance relatives aux bénéficiaires et aux titulaires subrogés. Dans ce contexte, la désignation d'un bénéficiaire au contrat de rente qui reçoit les sommes accumulées en cas de décès de la vie assurée avant ou après le service de la rente, si le contrat comporte une période garantie, devrait déclencher le mécanisme de protection dans la mesure où il s'agit d'un bénéficiaire privilégié.

Au surplus, compte tenu que les contrats de rente doivent être assimilés à l'assurance sur la vie, les enseignements de la Cour suprême dans l'affaire *Perron-Malenfant c. Malenfant (Syndic de)* devraient recevoir application. Dans cette décision, la Cour suprême précise qu'il faut examiner la relation entre le *titulaire* et le *bénéficiaire* pour déterminer la nature de la désignation du bénéficiaire. M. le juge Gonthier s'exprime comme suit :

> "Le législateur québécois continue de définir la catégorie des polices d'assurance-vie familiale insaisissables en fonction de la relation du

> bénéficiaire avec le preneur et *non pas* en fonction de sa relation avec l'assuré."

Dans la mesure où le titulaire d'une rente désigne un bénéficiaire privilégié, nous ne voyons pas pourquoi la protection de l'article 2457 ou 2458 C.c.Q. ne devrait pas s'appliquer en faisant les adaptations nécessaires.

D'ailleurs, l'intention du législateur serait rencontrée puisque ces articles ont pour but de protéger les membres de la famille et les bénéficiaires à titre irrévocable. Au surplus, aucun des jugements précités ne traite d'une difficulté liée au fait que le titulaire du contrat puisse désigner un bénéficiaire étranger au contrat de rente et ce, bien qu'on ait conclu être en présence d'un contrat de rente. De façon plus précise, la Cour d'appel dans l'affaire *Jobin* reconnaît que nous sommes en présence d'un contrat de rente et ce, même si la rente sera payable au titulaire du contrat :

Jobin a acquis un droit à une rente. Celle-ci lui est payable aux dates et suivant les modalités convenues. Les seules obligations de Monarch sont de lui servir cette rente et de payer éventuellement certains bénéfices au bénéficiaire désigné par Jobin, au cas de décès.

Et plus loin :

Il (législateur) a assimilé les contrats de rente viagère, émis par un assureur, à des contrats d'assurance. Dans la mesure où un bénéficiaire a été désigné pour recueillir un surplus ou des bénéfices après le décès, ce contrat bénéficie du régime d'insaisissabilité prévu à l'article 2552 C.c. Cette disposition déroge alors à l'interdiction de la stipulation d'insaisissabilité au cas de constitution de rente à titre onéreux dans l'article 1911 C.c.

Nous rappelons que la Cour suprême dans l'affaire *Thibault* a cité avec approbation cette décision.

Enfin, la juge Deschamps mentionne dans l'affaire *Thibault* que les règles applicables aux REÉR permettent aux travailleurs autonomes de bénéficier de la protection de l'insaisissabilité tout comme les participants aux régimes de retraite dans la mesure où ils souscrivent une police d'assurance ou une rente :

- Les règles initiales d'investissement des REÉR autorisaient et autorisent toujours l'utilisation des fonds pour l'achat d'une police d'assurance ou d'une rente et permettent en conséquence à un épargnant de se ménager une certaine protection contre les saisies. Ainsi, les travailleurs autonomes peuvent bénéficier de la protection de l'insaisissabilité et ne subissent pas de discrimination par rapport aux employés ayant accès aux régimes de pension couverts par la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*.

Or, le crédirentier est toujours, dans le cas des REÉR, le constituant à l'exception, peut-être, du REÉR de conjoint. Si c'était le crédirentier qui devait faire partie de la catégorie des bénéficiaires privilégiés, il reviendrait à dire,

dans le cas des REÉR, que le contrat ne profiterait presque jamais du bénéfice de l'insaisissabilité. Cela ne nous apparaît pas être en ligne avec la proposition de la juge Deschamps que nous venons de citer. »

DÉFINITION D'UN CONTRAT DE RENTE ET LES CRITÈRES DE L'ARTICLE 2367 *C.C.Q.*

- Afin de déterminer si un REÉR est, ou non, saisissable, il nous faut déterminer s'il s'agit d'un contrat constitutif de rente. Une étude détaillée des différentes caractéristiques du REÉR sera alors nécessaire.

- Selon le ministre de la Justice, le nouvel article 2367 *C.c.Q.* reflète l'état de la jurisprudence :

> « Cet article nouveau s'inspire en partie de l'article 1787 *C.c.B.C.* et de l'article 1968 du *Code civil français*. Il vise à circonscrire clairement la nature du contrat constitutif de rente sur la base des éléments que fournissaient les dispositions éparses du *Code civil du Bas Canada*, et à partir aussi des enseignements de la doctrine et de la jurisprudence. »

- La juge Deschamps dans l'affaire *Thibault*, énumère les cinq (5) critères nécessaires à la formation d'un contrat de rente :

> « [**16**] Pour former un contrat de rente à titre onéreux, il faut donc un débirentier, un crédirentier, une aliénation de capital, une obligation de payer et l'établissement d'un montant périodique déterminé dans le temps. Devant la Cour d'appel et devant la Cour, les parties ont principalement traité de la condition liée à l'aliénation du capital et j'insisterai sur cet argument. Je ferai cependant plus tard un commentaire sommaire concernant les autres conditions. […]
>
> (2) Autres conditions préalables à une déclaration d'insaisissabilité
>
> [**27**] J'ai mentionné au début de l'analyse que cinq conditions doivent être remplies pour la formation d'un contrat de rente. En raison de ma conclusion concernant l'absence d'aliénation du capital, je n'ai pas à analyser les autres conditions. Il serait cependant incorrect de conclure, comme le juge dissident à la Cour d'appel, que le contrat pourrait être qualifié de rente sans même que le Régime soit scruté à la lumière de ces autres éléments.
>
> [**28**] Ainsi, il n'est pas clair qu'aux termes du Régime, la Fiducie puisse être qualifiée de débirentier ou qu'elle se soit obligée à payer des redevances. Même si la réponse est affirmative, il n'est pas acquis que le montant auquel se serait engagée la Fiducie soit déterminable. De plus, pour bénéficier de la protection, et ainsi pouvoir faire annuler la saisie, encore faudrait-il que le crédirentier ait été désigné conformément aux règles du contrat d'assurance relatives aux bénéficiaires et aux titulaires subrogés (art. 2379, al. 2 C.c.Q.). […] »

- Dans l'affaire *Gervais*[23], le juge Mayrand réitère les cinq (5) critères de l'article 2367 *C.c.Q.* nécessaires à la qualification d'une rente :

> « [**14**] En vertu du *Code civil du Québec*, tous les biens patrimoniaux d'un débiteur sont le gage commun de ses créanciers et l'insaisissabilité d'un bien est l'exception qui doit découler d'un texte législatif. Voir arts. 2644 et 2645 C.c.Q. et 553 C.p.c. et l'article 2367 C.c.Q.
>
> [**15**] La Cour Suprême, dans *Thibault* déjà cité, déclare qu'une rente à titre onéreux doit comprendre 5 éléments essentiels, soit :
>
> (I) un crédirentier
>
> (II) un débirentier
>
> (III) une aliénation de capital
>
> (IV) une obligation de payer
>
> (V) l'établissement d'un montant périodique déterminé dans le temps. »

- Selon la décision *Gervais*[24], l'enregistrement d'un régime d'épargne retraite au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu* n'a aucune incidence sur la qualification à titre de rente selon la définition de l'article 2367 *C.c.Q.* :

> « [**39**] L'intimée plaide aussi que Revenu Canada a implicitement reconnu, en acceptant l'enregistrement de la rente comme un contrat admissible à recevoir des REÉRS, que le présent régime se qualifiait de rente viagère.
>
> [**40**] Nous partageons la position de l'intervenant à l'effet que l'enregistrement d'un régime d'épargne retraite au sens de la L.I.R. n'a aucune incidence, sa qualification à titre de rente selon la définition de l'article 2367 du C.c.Q.
>
> [**41**] C'est d'ailleurs le principe retenu par l'honorable Deschamps dans *Thibault* déjà cité, au paragraphe 53.
>
> > Les REÉRS sont assujettis aux lois sur les impôts fédérales et provinciales mais ils sont toujours régis par les règles du droit des contrats applicables au véhicule utilisé. »

---

[23] B.E. 2005BE-1105 (C.S.).

[24] *Pascal Gervais c. Appel & Cie Inc.*, AZ-50332986 (C.S.).

- Dans *Lacroix (Syndic de)*, le juge Gosselin de la Cour supérieure pose deux conditions pour la formation d'un contrat constitutif de rente : soit l'aliénation du capital et la périodicité de la prestation :

> « [**45**] Comme c'était le cas pour l'article 1787 *C.c.B.c.,* son successeur, l'article 2367 *C.c.Q.* pose deux exigences pour la formation d'un contrat constitutif de rente : l'aliénation du capital par le crédirentier en faveur du débirentier, et la périodicité de la prestation.
>
> [**46**] En l'espèce, la périodicité de la prestation est établie. Dès son adhésion au régime, le participant se voit conférer un droit personnel lui permettant d'exiger que SSQ-VIE lui verse, à l'expiration de la période d'accumulation, une rente viagère périodique dont la quotité sera fonction du capital et des intérêts accumulés.
>
> [**47**] Le débat ne porte pas sur cette première condition mais sur la deuxième : l'aliénation du capital. »

- Les REÉR comportent deux périodes distinctes : soit la période d'accumulation et, après échéance, la période du paiement du revenu de retraite sous forme de rente viagère ou à terme fixe. En se basant sur cette distinction, dans *Pierre Roy & Associés inc. c. Bagnoud*[25], la Cour a refusé de qualifier un REÉR comme contrat de rente car le juge conclut que ce n'est qu'à l'échéance du REÉR qu'il y aura liquidation de l'actif en vue de constituer une rente et que les éléments requis pour la constitution d'une rente sont absents :

> « [**25**] Lorsque la constitution d'une rente se fait dans le cadre d'un contrat à titre onéreux, il faut donc satisfaire les cinq éléments suivants énoncés par la Cour suprême dans *BNE* c. *Thibault* :
>
> (i) Un crédirentier (une personne bénéficiaire de la rente);
>
> (ii) Un débirentier (une personne qui s'est engagée à payer une rente);
>
> (iii) Une aliénation du capital au profit du débirentier (par exemple, le transfert définitif d'une somme d'argent au comptant ou par versements périodiques);
>
> (iv) Une obligation de payer par le débirentier à partir d'un moment prédéterminé;

---

[25] [2005] R.J.Q. 1378 (C.A.).

(v) Une périodicité de paiements (par exemple, mensuellement ou hebdomadairement).

Ces éléments sont analysés par M^e^ Jean-François Michaud, « L'insaisissabilité de certains contrats émis par des assureurs : une mise à jour », *Développements récents en droit des assurances*, vol. 222, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Éd. Yvon Blais, 2005, aux pages 135 à 141.

[**26**] En l'instance, il appert qu'il y a eu aliénation du capital en faveur d'une société de fiducie. En effet, la somme remise a cessé d'être sous le contrôle de l'intimée qui ne peut la revendiquer ou la reprendre, hormis la résiliation du contrat ou encore la présence d'une maladie grave qui réduit son espérance de vie. Il demeure cependant que ce n'est qu'à l'échéance du REÉR qu'il y aura liquidation de l'actif en vue de constituer une rente. De plus, le montant pourra plutôt être transféré dans un autre véhicule autorisé. En d'autres mots, on ne trouve pas encore un débirentier, ni une obligation de payer une rente et encore moins une périodicité de paiements.

[**27**] J'en conclus que les éléments requis pour la constitution d'une rente sont absents. Le juge de première instance aurait sans doute conclu en ce sens s'il avait été en possession de l'arrêt *BNE c. Thibault*. »

LE CONCEPT D'« ALIÉNATION DU CAPITAL »

Jurisprudence et doctrine précédant l'affaire *Thibault*

- En 2005, M^e^ Jean-François Michaud résume l'état du droit en matière d'insaisissabilité des REÉR avant l'affaire *Banque de Nouvelle-Écosse c. Thibault*[26] :

« État du droit avant l'affaire *Banque de Nouvelle-Écosse* c. *Thibault*

Il y a bien sûr l'affaire *Jobin, Blais, Fortier, Touche & Ross Limitée* c. *Monarch Life Assurance Co*. 12 où la Cour d'appel a déclaré insaisissable un REÉR au motif qu'il s'agissait d'un contrat de rente viagère bénéficiant des règles d'insaisissabilité du chapitre des assurances. Le contrat ne prévoyait aucun droit de rachat et un bénéficiaire avait été désigné pour recueillir le surplus en cas de décès du crédirentier. La Cour d'appel constate que le législateur, par l'adoption de l'article 2473 C.c.B.C. (art. 2393 C.c.Q.), a assimilé les contrats de rente aux contrats d'assurance et a prononcé, en l'espèce, que le REÉR était insaisissable. La Cour suprême dans *Thibault* a fait référence à cette décision sans remettre en cause son bien-fondé.

---

[26] J.-F. MICHAUD, *op. cit*., note 22.

Il y a également le jugement de la Cour d'appel dans *In Re : Les Coopérants ; Firstcliff Development Inc. et Raymond Chabot Fafard Gagnon Inc.* 14 où on a clairement distingué les sociétés d'assurance des autres institutions financières en raison du fait que les cotisations servant à la capitalisation de la rente appartenaient à l'assureur :

> "En versant les cotisations qu'elle reçoit à son fonds général, la société d'assurance aliène à son profit un capital qu'elle devra, en vertu des contrats de rente qu'elle a conclus, remettre aux participants lors de leur retraite. Pour garantir cette obligation, la *Loi sur les assurances* impose à toute société d'assurance de maintenir les réserves suffisantes. La réserve actuarielle des sociétés d'assurance constitue l'élément essentiel qui distingue les sociétés d'assurance des autres institutions financières lorsqu'il s'agit de souscrire particulièrement un contrat de gestion de dépôt."

Même s'il y a eu abandon des cotisations au profit de l'assureur, la Cour ajoute que rien n'empêche les parties, par ailleurs, de convenir d'un rachat de la rente :

> "Le fait qu'un crédirentier qui possède un droit absolu et inaliénable à la prestation d'une rente puisse se faire rembourser la valeur de sa rente avant qu'elle ne lui soit servie n'affecte pas la nature du contrat de rente. Le contrat est simplement résilié par la mise en œuvre d'un mode d'extinction commun à toutes les obligations."

Certains, à l'époque, y ont vu un jugement d'équité puisqu'en qualifiant de rente les contrats en litige, la Cour d'appel permettait aux détenteurs de ces contrats de bénéficier de la priorité accordée par la *Loi sur les liquidations*. Toutefois, comme nous le verrons ci-après, la Cour suprême, dans l'affaire *Thibault*, réitère que la faculté de retirer la totalité ou une partie du capital ne s'oppose pas à la notion d'aliénation de ce capital.

Puis, dans *Lacroix (Syndic de)*, la Cour supérieure a conclu qu'un contrat d'assurance collective enregistré comme REÉR ne constituait pas un contrat de rente puisque le contrat prévoyait deux situations où le participant pouvait effectuer des retraits partiels sans pour autant mettre fin au contrat :

> "Le tribunal estime que ces possibilités de retraits partiels sans résiliation du contrat s'opposent à la notion d'aliénation du capital et empêchent ainsi de considérer le régime du débiteur comme un contrat constitutif de rente au sens de l'article 2367 C.c.Q."

Il y a eu ensuite l'affaire *In Re : Bélanger* où la Cour supérieure a déclaré saisissable un REÉR au motif qu'il n'y avait pas eu aliénation du capital. La Cour supérieure a constaté que la faculté de rachat du capital n'entraînait pas la résiliation du régime :

> "Cette faculté de retrait *sans résiliation* s'oppose à la notion d'aliénation du capital et empêche de considérer le régime du débiteur

> comme un contrat constitutif de rente au sens de l'article 2367 C.c.Q. Par conséquent, le REÉR du débiteur ne peut être assimilé à l'assurance sur la vie (art. 2393 C.c.Q.) et bénéficier de l'insaisissabilité prévue à l'article 2457 C.c.Q." (Notre italique)

Plus récemment, dans l'affaire *Marché Bernard Lemay Inc.* c. *Beljaars*, la Cour supérieure a eu l'occasion de confirmer la non-saisissabilité d'un REÉR au motif que le crédirentier ne pouvait reprendre son capital, en partie ou en totalité, sauf dans certains cas d'exception qui étaient hors de son contrôle. La Cour a donc conclu qu'il y avait eu aliénation du capital, de sorte que le REÉR remplissait les conditions de constitution d'une rente et, par conséquent, était insaisissable.

Ce sont là les seules décisions que nous avons répertoriées et qui traitent de la saisissabilité des REÉR des assureurs. D'autres décisions ont été rendues concernant les REÉR des institutions financières. À l'exception d'une seule décision, nos tribunaux ont conclu à la saisissabilité des REÉR au motif que le client avait la faculté de retirer une partie ou la totalité de son actif sans entraîner une réduction des obligations de l'institution financière, démontrant par le fait même qu'il n'y avait pas eu aliénation du capital.

On observe que la jurisprudence majoritaire concluait que les REÉR sont saisissables. Soulignons cependant que seuls les jugements dans *In Re : Bélanger* et *Lacroix* ont conclu à la saisissabilité d'un REÉR souscrit auprès d'un assureur. »

- Dans *Croft (Syndic de)*[27], voici comment la Cour explique la logique derrière ce critère de l'aliénation du capital :

> « Conclure autrement aurait pour conséquence de permettre à quiconque de souscrire à un contrat qui profiterait d'une protection légale d'insaisissabilité en faveur des bénéficiaires désignés alors que, dans les faits, l'adhérent ne chercherait qu'à soustraire temporairement des sommes qui demeurent, par ailleurs, sous son entier contrôle et dont il peut utiliser le produit à sa guise et sans formalité, alors que le rachat implique, selon le C.c.B.-C., l'abandon des relations contractuelles et la volonté des parties, et non d'une seule, de mettre fin au contrat. »

- Dans un texte intitulé « Mise à jour sur l'insaisissabilité »[28], M^e^ Roger P. Simard prétend qu'il faudrait regarder plus loin que la simple rédaction des clauses et analyser si des représentations verbales ou écrites permettent un privilège de retrait :

---

[27] J.E. 98-1531 (C.S.).

[28] R. P. Simard, *loc. cit.*, note 4, 346-347.

> « Il faut toutefois regarder plus loin que la simple rédaction des clauses du REÉR pour déterminer si nous sommes réellement en présence d'un contrat de rente. En effet, qu'en est-il si le contrat de REÉR ne prévoit aucun droit de retrait, mais que dans les faits et systématiquement, les épargnants exercent le choix de récupérer des sommes et que systématiquement le fiduciaire consent à de telles demandes? Par exemple, si le débiteur-failli a effectué plusieurs retraits avant sa faillite, et ce, toujours avec le consentement du fiduciaire, comment justifier qu'on empêche le syndic d'exercer le même droit, même s'il n'est pas écrit dans le contrat? La question est très pertinente, puisqu'il sera extrêmement difficile de convaincre des épargnants de geler leurs épargnes de retraite, parfois pour plusieurs dizaines d'années, leurs épargnes de retraite pour le seul motif qu'on veut les protéger contre une éventuelle saisie. Qu'en est-il si la clause d'immobilisation se trouve au contrat, mais que des représentations verbales ou écrites laissent entendre qu'un «privilège» de retrait existe tout de même?
>
> C'est l'affaire *Croft* qui a mis le feu aux poudres. Bien que le litige ait été décidé en vertu du *Code civil du Bas-Canada*, la présence d'une clause de retrait a suffi pour qu'on refuse de qualifier de rente le contrat de REÉR, et cela, selon le juge Barakett, en raison, de l'absence d'une clause d'aliénation du capital en faveur du débirentier. »

- Dans l'affaire *Bagnoud*[29], le juge Guthrie conclut que malgré la faculté de retrait ou de rachat prématuré, le critère de l'aliénation du capital est satisfait étant donné que ledit retrait ou rachat ne dépend pas de la volonté du constituant mais plutôt d'une tierce personne :

> « [**23**] De l'avis du Tribunal, la décision Poulin n'est pas déterminante dans le cas présent, principalement pour deux raisons. Premièrement, monsieur Poulin avait la possibilité de retirer à n'importe quel moment, en tout ou en partie, les fonds investis dans son REÉR. En l'espèce, l'actif du REÉR de madame Bagnoud "ne peut faire l'objet d'un retrait ni d'une conversion ni d'un rachat" sauf "si un médecin certifie qu'une invalidité physique ou mentale du participant risque de réduire considérablement son espérance de vie". En d'autres termes, le retrait ou rachat prématuré ne dépend pas de la volonté du constituant mais plutôt de la décision d'une tierce personne. »

- Dans *Banque de la Nouvelle-Écosse c. Thibault*[30], voici comment la Cour suprême s'est exprimé concernant le critère d'aliénation du capital comme critère primordial à la constitution d'une rente :

> « [**20**] Selon ce paragraphe, ce n'est qu'à la date d'échéance du Régime que le produit de liquidation de l'actif est affecté à une rente. Avant l'échéance, selon la clause 3, "la seule obligation du fiduciaire [...] consiste à exécuter les

---

29 [2002] R.J.Q. 2055 (C.S.).

30 [2004] 1 R.C.S. 758.

directives du [propriétaire-rentier] et conserver les placements". Pendant cette première étape qui nous occupe ici, les droits du propriétaire-rentier sont quasi absolus. Selon la clause 4, il peut "demander au fiduciaire de lui verser la totalité ou toute partie de l'actif" sans que ces retraits n'emportent de conséquence sur la survie partielle ou totale du contrat ou sur les bénéfices rattachés à la rente. Le seul droit du fiduciaire est de refuser un placement, notamment s'il ne respecte pas ses exigences administratives (clause 3). À aucun endroit le Régime ne prévoit qu'avant la date d'échéance, le propriétaire-rentier se départit de la propriété ou de la valeur des fonds en faveur de la Fiducie. Non seulement la propriété des fonds n'est pas transférée, mais le propriétaire-rentier en conserve l'entière maîtrise.

[**21**] En somme, tant que l'actif n'est pas liquidé par la Fiducie, il est traité comme un bien dont M. Thibault est propriétaire, et c'est d'ailleurs ainsi qu'il est décrit au formulaire d'adhésion. Si une rente est constituée, cette opération juridique ne peut être complétée qu'à la deuxième étape du contrat, soit après l'échéance du Régime. Ce n'est qu'à ce moment que l'actif passe sous le contrôle de la Fiducie et qu'il est affecté à un revenu de retraite.

[**22**] L'intimé plaide que dans l'affaire *In re Les Coopérants; Firstcliff Development Inc. c. Raymond, Chabot, Fafard, Gagnon Inc.* [1994] R.L. 268 ("*Coopérants*"), la Cour d'appel a accepté que le contrat ne perde pas son caractère de rente malgré le fait que des retraits étaient autorisés. Cet argument doit être nuancé. Dans cette affaire, il s'agissait d'une remise de la valeur de rachat de la rente mettant fin au contrat. Le droit de mettre fin au contrat équivalait à une clause résolutoire. Tel n'est pas le droit prévu par le Régime. Selon la clause 4 qui concerne les retraits, le Régime peut subsister, quoique vidé de son actif. La possibilité de retirer l'actif ne peut être ici assimilée à une résolution consensuelle de contrat comme c'était le cas pour les polices émises *dans l'affaire Coopérants*.

[**23**] Scotia soutient aussi que l'évolution de la formulation de l'art. 2367 C.c.Q. permet de conclure que les retraits sont autorisés. L'article 1787 du *Code civil du Bas Canada*, traitant du mode de constitution de la rente, faisait expressément mention du caractère *permanent* de la détention par le débiteur de la rente :

> "**1787**. La constitution de rente est un contrat par lequel les parties conviennent du paiement par l'une d'elles de l'intérêt annuel sur une somme d'argent due à l'autre ou par elle comptée, pour demeurer permanemment entre les mains de la première comme un capital qui ne doit pas être demandé par la partie qui l'a fourni, excepté dans les cas ci-après mentionnés." [Je souligne.]

Elle est assujettie quant au taux de la rente aux mêmes règles que les prêts à intérêt.

Scotia signale que l'art. 2367 C.c.Q. (cité ci-dessus au par. 15) ne comporte pas cette exigence. Elle déduit que l'omission du mot "permanemment" indique la volonté du législateur de faire place à une reprise de l'actif.

[**24**] Cet argument ne peut être retenu. Bien que le mécanisme de constitution d'une rente n'ait pas été modifié, la formulation de l'article a été complètement revue. L'article 1787 C.c.B.C. n'utilisait pas le mot "aliénation" comme le fait l'art. 2367 C.c.Q. L'acte d'aliénation a, en droit civil, une portée précise. Cet acte incorpore la notion de permanence. Lorsque qu'un bien est aliéné, le transfert de patrimoine est définitif, permanent. Cette portée est d'ailleurs conforme au concept de droit romain (Justinien, Digesta, livre L, titre XVI, p. 608, par. 67) qui a fortement imprégné le droit civil français et faisait partie de la tradition juridique du Bas-Canada au moment de l'adoption du *Code civil du Bas-Canada* (J.E.C. Brierley et R.A. Macdonald, *Quebec Civil Law, An Introduction to Quebec Private Law* (1993), nos 9 et 130). Dans ce contexte, nul besoin d'ajouter au mot "aliénation" un adverbe qui, par surcroît, en français, est d'un usage douteux.

[**25**] En assurance-vie, les paiements faits par le preneur sont acquis à l'assureur, à charge par ce dernier de s'acquitter du paiement convenu lors de la survenance de l'événement prévu au contrat, comme c'était le cas dans les affaires *In re Jobin : Blais, Fortier, Touché, Ross Ltée c. Monarch Life Assurance Co.* [1986] R.J.Q. 1755 C.A. , et *Coopérants*, précitée. Ce n'est qu'en mettant un terme au contrat ou en contrepartie d'une réduction des avantages qui en découlent que le preneur peut, lorsqu'une stipulation le prévoit, se voir remettre une partie ou la totalité de la valeur de rachat : D. Lluelles, *Précis des assurances terrestres* (3e éd. 1999), p. 407 et 413. Tel n'est pas le mécanisme envisagé par le Régime et l'analogie avec l'affaire *Coopérants* ne peut être d'aucune utilité pour Scotia.

[**26**] J'en conclus qu'avant la date d'échéance du Régime, période qui nous intéresse ici, le Régime ne prévoit pas la constitution d'une rente. Cette conclusion est fondée sur trois composantes. D'abord, un contrat qui réserve à l'épargnant la propriété et le contrôle de son capital ne correspond pas aux objectifs historiques de l'insaisissabilité des polices d'assurance et des rentes. La famille ne bénéficie en rien de l'actif qui est laissé à l'entière disposition de M. Thibault. Ensuite la formulation des dispositions concernant les rentes ne permet pas de conclure à une modification du droit prévalant en vertu du *Code civil du Bas Canada*. Enfin, l'analyse de l'ensemble des droits des parties au Régime, depuis la remise des fonds à Scotia jusqu'à leur liquidation, révèle une absence d'aliénation des fonds. Cette absence d'aliénation, jointe à la maîtrise réservée au propriétaire, fait voir que la relation ainsi établie est étrangère à celle protégée par le législateur. »

Jurisprudence et doctrine ayant suivi l'affaire *Thibault* et l'adoption de l'article 187 de la *Loi modifiant la Loi sur les assurances et d'autres dispositions législatives* :

- Dans son ouvrage intitulé *La faillite et l'insolvabilité au Québec*[31], le professeur Deslauriers mentionne qu'un régime ne peut pas être qualifié de rente en l'absence d'une aliénation véritable du capital :

> « La décision *In re Croft* a marqué le début d'une saga judiciaire sur l'insaisissabilité des REÉR quand le juge Frank Barakett de la Cour supérieure a déclaré que tous les REÉR contractés auprès de ces institutions n'étaient pas nécessairement des rentes véritables. Pour qu'un REÉR soit considéré comme une rente, il doit y avoir un dessaisissement ou aliénation du capital en faveur du constituant de la rente qui s'avère généralement être une institution financière. En l'absence d'un tel dessaisissement, le contrat sera qualifié de simple dépôt ou prêt d'argent avec intérêts. Si un contrat de rente intitulé "Régime d'épargne-retraite autogéré protégé..." contient la clause suivante: "En tout temps avant l'établissement de la rente, la valeur accumulée peut, sur demande du rentier, lui être payée comptant en totalité ou en partie", il ne s'agit pas d'une véritable rente et ce REÉR sera saisissable, vu l'absence de dessaisissement véritable. Cette absence d'aliénation ne permettrait pas au contrat de se qualifier comme contrat de rente selon l'article 2367 C.c.Q. Peu après, la Cour d'appel a affirmé les mêmes principes dans l'affaire *Scotia McLeod*. »

- Dans la décision *Legault*[32], l'honorable Dionysia Zerbisias explique que le principe dans l'affaire *Thibault* doit s'appliquer lorsque les faits sont identiques à ceux de cette affaire :

> « [**20**] This matter was pleaded after leave to appeal to the Supreme Court of Canada had been granted in Scotia McLeod, now Scotia Capital Inc. (hereinafter "Scotia Capital") vs Bank of Nova Scotia.
>
> [**21**] Since the facts in the present matter are almost identical to those in Scotia Capital, judgment was reserved pending the decision of the Supreme Court. The decision was rendered by the Supreme Court of Canada on May 14, 2004.
>
> [**22**] Although some distinctions can be drawn between the facts in the present matter and those in Scotia Capital i.e., that:
>
> a. no sums were ever withdrawn from their RRSP plans by Legault and Paquin notwithstanding their right to do so;

---

31 J. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 9.

32 J.E. 2004-1555 (C.S.).

> b. subscribers to the present plan had limited rights of direction over their investments within the funds offered, rather than unlimited rights of self-direction;
>
> c. the terms of the plan refer to the constituents as participants or subscribers or retirees (rentier), rather than owners;
>
> these distinctions are not sufficient to derogate from the decision of the Supreme Court to the effect that, under the laws of Quebec, a self-directed retirement savings plan in which the constituent maintains the right of withdrawal does not create a valid trust exempt from seizure. This applies to the present RRSP plan under the applicable laws in effect from the moment the plan was revised until the bankruptcy of Legault and Paquin. »

- Le critère le plus important pour la constitution d'un contrat de rente est celui de l'aliénation du capital. Dans l'affaire *Gervais*[33], le juge Mayrand a élargi la notion de contrôle :

> « [**16**] L'examen de la jurisprudence qui fut citée par les parties nous amène à conclure que le facteur le plus important est celui de l'aliénation du capital.
>
> [**17**] Cette aliénation doit être complète, permanente, voire absolue. C'est ce qui fait que le bien revendiqué fait ou ne fait plus partie du patrimoine du débiteur.
>
> [**18**] Selon nous, le fait que le débiteur puisse effectuer des retraits partiels ou totaux sans résiliation de contrat démontre qu'il n'y a pas aliénation totale et permet au débiteur de conserver la propriété des sommes investies. (Voir clauses 4, 5 et 6).
>
> [**19**] De plus, le débiteur conserve une forme de contrôle sur ces argents. Certes, il ne s'agit pas d'un contrôle aussi absolu que dans l'arrêt *Thibault*.
>
> [**20**] Mais il n'en demeure pas moins que le débiteur peut demander à l'intimée de procéder à des virements selon une série d'options de fonds de placements disponibles auprès de l'intimée.
>
> [**21**] Selon nous, la forme de contrôle est un élément secondaire par rapport à la question d'aliénation du patrimoine car dans l'arrêt *Pierre Roy* déjà cité, le juge de première instance avait retenu que le montant ne pouvait être retiré à la seule demande du débiteur, comme c'est le cas dans le dossier. »

- Même si aucune clause spécifique de retrait n'est prévue au contrat, lorsqu'aucune interdiction n'est faite non plus à cet égard, le contrat qui

---

[33] *Pascal Gervais c. Appel & Cie Inc.*, AZ-50332986 (C.S.).

laisse un large pouvoir de direction et de décision en faveur du failli-rentier tout au long de l'existence du contrat sera jugé saisissable[34] :

> « [**13**] Le "tendon d'Achille" du REÉR souscrit par le failli est le fait qu'il n'y a pas aliénation du capital au profit du fiduciaire car celui-ci est toujours sujet aux "directives" du rentier quant aux placements à effectuer.
>
> [**14**] Même si, comme l'a soulevé le procureur de la mise en cause il n'est pas expressément prévu que le rentier pouvait retirer son capital (une différence avec l'affaire Scotia McLeod) le Tribunal doit quand même conclure que par le présent contrat il n'y a pas eu aliénation complète du capital investi au profit du fiduciaire.
>
> [**15**] En effet, même si aucune clause spécifique de retrait n'est prévue au contrat, force nous est de constater qu'aucune interdiction n'est faite non plus à cet égard, le contrat laissant toujours un large pouvoir de direction et de décision en faveur du failli-rentier tout au long de l'existence du contrat.
>
> [**16**] La situation aurait pu être différente si effectivement le débiteur s'était porté acquéreur de la rente fixe prévue au contrat avant sa faillite survenue l'âge de 64 ans. Le contrat semble en effet prévaloir cette possibilité avant l'âge de 71 ans révolu. Cependant, aucune preuve n'a été offerte indiquant que le failli s'était prévalu de cette option il n'y a pas lieu alors d'en discuter davantage.
>
> [**17**] Pour ces raisons, je suis d'avis que le REÉR détenu par le failli au moment de sa faillite le 19 novembre 1999 est suivant les paramètres fixés par notre Cour Suprême sujet à une prise de possession de la part du syndic pour être liquidé au profit de la masse des créanciers. »

- Dans l'affaire *Plamondon*[35], qui a été portée en appel, il ressort de l'examen des différentes clauses du contrat d'adhésion que le contrôle que détenait le failli sur les sommes détenues par la société de fiducie affecte le caractère d'aliénation complète et permanente de ces sommes :

> « [**13**] Il ressort notamment des clauses 3 et 13 du contrat d'adhésion, que les sommes sont déposées dans un compte d'épargne retraite d'une caisse choisie par le rentier, que ce dernier a la faculté d'autoriser le transfert de la totalité ou une partie des sommes, d'une caisse à une autre, qu'il choisit le compte dans lequel les cotisations seront déposées, qu'il est appelé à prendre certaines décisions à l'égard de ces sommes et qu'il exerce une responsabilité sur ces sommes quant à l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu du Canada.*

---

34 *Ma-Hive (Syndic de)*, B.E. 2005BE-389 (C.S.).

35 *Plamondon (Syndic de)*, J.E. 2005-1514 (C.S.). Cette décision a été portée en appel.

> [**14**] Le contrôle qu'exerce encore monsieur Plamondon sur les sommes détenues par Fiducie Desjardins affecte certes le caractère d'aliénation complète et permanente de ces sommes. Dans l'affaire *Banque de Nouvelle-Écosse c. Thibault*, précitée, la Cour suprême retient cet élément de la maîtrise des fonds par le rentier dans son évaluation du critère de l'aliénation de capital.
>
> [**15**] En outre, la combinaison des clauses 4 et 9 du contrat d'adhésion démontre que des versements, autres que des versements à titre de revenus de retraite, peuvent être effectués au rentier avant l'échéance du terme, et que ce n'est qu'à l'échéance du terme que le produit est affecté à une rente.
>
> […]
>
> [**20**] À cet égard, le tribunal est d'avis que pour décréter l'insaisissabilité des sommes affectées à un régime de rente, il faut être en présence d'une aliénation complète et permanente des sommes en faveur du fiduciaire, selon l'enseignement de la Cour suprême. Il n'y a pas aliénation complète et finale, lorsque subsistent dans le contrat d'adhésion une ou des clauses laissant au rentier un certain contrôle sur les sommes investies. Il n'est pas nécessaire, selon l'avis du Tribunal, de démontrer que le rentier exerce un contrôle absolu de toutes les sommes qu'il investit, comme le prétend Fiducie Desjardins. »

- Dans *Lacroix (Syndic de)*[36], étant donné que des retraits partiels pouvaient être effectués sans mettre fin au contrat, cela s'opposait à la notion d'aliénation du capital et empêchait ainsi de considérer le régime du débiteur comme un contrat constitutif de rente au sens de l'article 2367 *C.c.Q.* :

> « [**51**] Dans notre affaire, le régime collectif permet au participant de retirer ses contributions, avec les intérêts courus, dans certaines circonstances. S'il quitte son emploi, il peut opter entre le retrait ou l'établissement d'une rente viagère. Le retrait signifiera toutefois la résiliation du contrat. Le même choix s'offre au participant à l'âge normal de la retraite. Ici encore, le retrait emportera résiliation du contrat. Il est alors assimilable à un rachat.
>
> [**52**] Il existe cependant deux situations où le participant pourra opérer des retraits partiels sans pour autant mettre fin au contrat. C'est d'abord le cas des contributions additionnelles qui peuvent être retirées en tout temps. C'est aussi le cas où, par exception, le participant pourra retirer des contributions régulières pour un montant n'excédant pas 1 000 $ lors d'une fermeture d'une durée minimum de six mois.
>
> […]

---

36 [2001] R.J.Q. 400 (C.S.).

[**54**] Le tribunal estime que ces possibilités de retraits partiels sans résiliation du contrat s'opposent à la notion d'aliénation du capital et empêchent ainsi de considérer le régime du débiteur comme un contrat constitutif de rente au sens de l'article 2367 *C.c.Q.*

[**55**] Partant, le REÉR du débiteur ne peut être assimilé à l'assurance sur la vie (2393 *C.c.Q.*) et bénéficier de l'insaisissabilité offerte par l'article 2457 *C.c.Q.* »

- Lorsque les actifs du failli sont détenus dans un compte ou un fonds distincts et que ce dernier en a la gérance et décide des véhicules de placement, il n'y a pas aliénation en vertu de l'article 2367 *C.c.Q.*[37] :

« [**36**] Comment peut-on prétendre que, en vertu de R-4A, il y a eu aliénation du capital, alors que le rentier, soit l'intimé, donne les instructions de placement au fiduciaire. D'ailleurs, dans *l'arrêt Thiffault*, on dit :

> "J'en conclus qu'avant la date d'échéance du Régime, période qui nous intéresse ici, le Régime ne prévoit pas la constitution d'une rente. Cette conclusion est fondée sur trois composantes. D'abord, un contrat qui réserve à l'épargnant la propriété et le contrôle de son capital ne correspond pas aux objectifs historiques de l'insaisissabilité des polices d'assurance et des rentes."

[**37**] De plus, les actifs de l'intimé sont détenus dans un compte distinct, ne sont pas fondus à l'intérieur des fonds consolidés des mises en cause, tel que nous l'enseigne la Cour d'appel, qui mentionne :

> "Dans les contrats sous étude, il y a aliénation du capital par le crédit rentier en faveur de la débitrice. Les cotisations aux primes qui ont été payées périodiquement à la société débitrice ont été placées dans ces fonds généraux. Elles ont été alors confondues avec les actifs de la société. Le crédit rentier n'a plus droit sur ces sommes. Il n'a qu'un droit de créance envers le patrimoine de la débitrice."

[**38**] Les actifs sont détenus dans un fonds distinct et l'intimé en avait la gérance, c'est lui qui décidait des véhicules de placement.

[**39**] Ces seuls points sont suffisants en eux-mêmes pour décréter qu'il n'y a pas eu aliénation dans le cas du contrat R-4A et que les clauses sont tout à fait similaires au contrat étudié par la Cour suprême dans *l'arrêt Thibault*. Donc, les actifs détenus en vertu du contrat R-4A sont saisissables. »

---

[37] *Rivard (Syndic de)*, J.E. 2005-1158 (C.S.).

- Dans *Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Gosselin*[38], la juge Moreau applique l'affaire *Scotia* et déclare que si le REÉR est toujours soumis aux décisions et/ou directives du saisi alors celui-ci n'a en aucun temps été aliéné au profit de la banque :

> « [**11**] Depuis l'arrêt *Scotia McLeod inc.* c. *Banque de Nouvelle-Écosse et Guy Thibault et al* la question de saisissabilité ou non d'un Reér a été réglée.
>
> [**12**] Le Reér souscrit par le défendeur et détenu par la tierce-saisie est toujours soumis aux décisions et/ou directives de M. Gosselin et n'a en aucun temps été aliéné au profit de la banque.
>
> [**13**] L'honorable juge Marie Deschamps de la Cour suprême disait dans cet arrêt :
>
> > "Lorsqu'un bien est aliéné, le transfert du patrimoine est définitif et permanent."
>
> [**14**] Dans le cas qui nous occupe, la lecture de quelques articles du contrat nous convainc que M. Gosselin a encore le contrôle sur le bien. En effet, au paragraphe 4, on édicte que le rentier décide de la date d'échéance du régime sur simple avis écrit. Au paragraphe 8, il peut transférer ses actifs du régime chez le même fiduciaire ou un autre émetteur et il peut à tout moment demander au fiduciaire de résilier le contrat.
>
> [**15**] Compte tenu de ces faits et des enseignements précités de la Cour suprême du Canada, les mêmes principes s'appliquent et le bien est donc saisissable. »

- Dans *Bélanger (Syndic de)*[39], la Cour d'appel conclut que le REÉR est saisissable étant donné que les clauses du contrat de REÉR autorisent le retrait de l'argent investi sans provoquer la résiliation du contrat :

> « [**12**] D'abord, il s'agit de décider si le REÉR du débiteur constitue un contrat de rente, au sens de l'article 2367 C.c.Q., ce qui le rendrait insaisissable.
>
> [**13**] Selon la jurisprudence de la Cour, pour être qualifié de contrat de rente, celui-ci doit satisfaire deux exigences : l'aliénation du capital et la périodicité de la rente.
>
> [**14**] En l'espèce, le premier juge a analysé les clauses du REÉR et conclu que le contrat ne comporte pas une aliénation du capital parce qu'il autorise le retrait de l'argent investi sans provoquer la résiliation du contrat. Je partage sans

---

38 REJB 2005-92298 (C.S.).

39 J.E. 2004-114 (C.A.).

réserve l'analyse et la conclusion du premier juge qui a appliqué les principes dégagés par la Cour dans les affaires précitées.

[**15**] Ne s'agissant pas de contrat de rente, les dépôts du débiteur sont saisissables. »

L'AFFAIRE *BANQUE DE NOUVELLE-ÉCOSSE C. THIBAULT*[40]

- En 2004, pour la deuxième fois, la Cour suprême du Canada, dans l'affaire *Banque de Nouvelle-Écosse c. Thibault*, a été saisie de la délicate question de l'insaisissabilité des REÉR assujettis aux lois québécoises. Voici une brève description des faits de cette affaire, les questions en litige et un résumé de la décision de la Cour suprême. Ensuite, une analyse critique de cette décision sera présentée.

LES FAITS DE L'AFFAIRE *THIBAULT*

- Entre 1963 et 1998, M. Guy Thibault investit auprès de nombreuses institutions qui utilisent des véhicules financiers variés.

- En 1998, il souscrit à un Régime d'épargne-retraite autogéré. M. Thibault est le propriétaire inscrit (rentier) et sa conjointe est nommée bénéficiaire révocable dans l'éventualité du décès son décès. L'actif du régime était stipulé insaisissable. En fait, M. Thibault est client du courtier en valeurs mobilières Scotia McLeod et le fiduciaire du REÉR autogéré est la Société de fiducie de la Banque de Nouvelle-Écosse.

- M. Thibault bénéficie de deux droits importants en vertu de son REÉR. En effet, il était entièrement responsable de choisir les placements du régime et conservait le droit de retirer les fonds, en tout ou en partie, jusqu'à ce que la rente soit établie à sa retraite. Il s'agit donc d'un REÉR autogéré auprès d'une société de fiducie avec droit de retrait.

- La société de fiducie mandate le courtier Scotia McLeod pour détenir les fonds et ce dernier reçoit les instructions de placement de M. Thibault.

---

40 [2004] 1 R.C.S. 758.

- Un des créanciers de M. Thibault, la Banque de la Nouvelle-Écosse, saisit les sommes auprès de Scotia McLeod, soit 126 613 $, et ce, malgré la clause d'insaisissabilité présente dans le contrat de REÉR.

- M. Thibault, avec l'appui de son courtier, présente une requête en Cour supérieure pour faire annuler la saisie.

DÉCISION DE LA COUR SUPÉRIEURE

- La requête présentée devant la Cour supérieure est rejetée principalement pour le motif que les fonds détenus dans le cadre du régime n'étaient pas insaisissables.

- En effet, le juge Trudeau conclut que le régime ne peut être qualifié comme contrat de rente puisqu'il n'y a pas eu aliénation des sommes versées au fiduciaire du régime. De plus, il conclut que le REÉR ne constitue pas une fiducie au sens du droit civil.

- Le juge Trudeau se rallie donc au raisonnement du juge Barakett dans l'affaire *Croft*, en appliquant cependant le *Code civil du Québec* plutôt que l'ancien droit.

DÉCISION DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

- Scotia McLeod a porté ce jugement en appel. Mentionnons que le Regroupement des assureurs de personnes à chartes du Québec a alors agi comme intervenant. La Cour d'appel, dans un jugement partagé, a finalement confirmé le jugement de première instance. En effet, les Juges Chamberland et Fish représentant la majorité ont conclu que l'existence d'une clause permettant à M. Thibault de retirer le capital investi faisait en sorte qu'il n'y avait pas eu aliénation au sens de l'article *2367 C.c.Q.* et que, par conséquent, le REÉR autogéré en question ne pouvait pas être qualifié comme étant un contrat de rentes.

- Dans son analyse, le juge Chamberland, rédigeant les motifs de la majorité, s'est référé à l'article 178 de la *Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne* en vertu duquel les fonds constituant une rente à terme fixe sont insaisissables entre les mains de la société de fiducie. Le juge Chamberland a souligné qu'avant de conclure à l'applicabilité de ladite disposition, on doit pouvoir notamment démontrer que le régime d'épargne satisfait, même

avant son échéance, les critères du contrat de rente énoncés à l'article 2367 du *C.c.Q.*

- La Cour a rappelé le principe en vertu duquel l'aliénation du capital par le constituant au profit du débirentier constitue le fondement de l'existence du contrat de rente pour conclure ensuite, à l'instar du juge de première instance, que le REÉR autogéré en question ne remplissait pas cette condition. En effet, selon le juge Chamberland l'existence d'une clause discrétionnaire de retrait du capital investi faisait en sorte qu'il n'y avait pas eu d'aliénation, ce qui rendait le REÉR autogéré saisissable, nonobstant la mention contractuelle d'insaisissabilité.

- Pour sa part le juge Rothman, dans une dissidence fort bien motivée, a conclu à l'insaisissabilité des fonds détenus dans le REÉR autogéré. Il a souligné que l'article 2367 *C.c.Q.*, définissant le contrat de rente, n'exigeait nullement une aliénation permanente, mais plutôt une simple « aliénation de capital » aux fins de la rente. Selon le juge Rothman, le transfert de capital à une fiducie en vue de constituer une rente en l'espèce correspondait parfaitement à une aliénation de capital au sens de l'article 2367 *C.c.Q.*

- Le juge Rothman a ensuite souligné que la création d'une fiducie valide au sens du *Code civil du Québec* n'exige pas le transfert de propriété au fiduciaire, ni l'aliénation permanente. Par ailleurs, le juge Rothman a énoncé qu'une clause permettant au constituant de retirer le capital avant la constitution de la rente n'empêche pas la création d'une fiducie pas plus qu'elle ne la rend invalide. Bref, selon lui, une fiducie valide avait été créée en l'espèce et les sommes y étant détenues étaient insaisissables.

DÉCISION DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA

- Dans son jugement du 14 mai 2004, la Cour suprême a entériné les conclusions de la majorité de la Cour d'appel du Québec quant à la saisissabilité du REÉR autogéré de M. Thibault, tout en apportant des précisions quant aux conditions nécessaires pour qu'un REÉR soit insaisissable. Il y avait alors trois principales questions en litige : (1) le régime se qualifie-t-il comme rente?, (2) le régime se qualifie-t-il comme fiducie? et (3) la modification apportée par la *Loi modifiant la loi sur les assurances et d'autres dispositions législatives* s'applique-t-elle? La Cour a donc analysé ces trois questions avant de rendre sa décision.

- La juge Deschamps, rédigeant les motifs pour la Cour, a amorcé son analyse en résumant le cadre législatif régissant l'insaisissabilité des biens. La Cour a d'abord rappelé le caractère exceptionnel de l'insaisissabilité qui ne peut résulter que de la loi et non pas de l'unique volonté des parties. Ainsi la Cour a conclu que la stipulation d'insaisissabilité figurant dans la déclaration de fiducie ne pouvait avoir d'effet à l'égard des tiers.

- La juge Deschamps a énoncé que l'insaisissabilité des REÉR est une question particulièrement complexe, susceptible de varier au cas par cas, de sorte qu'il était primordial de se référer aux règles applicables aux contrats constitutifs desdits régimes, énoncées dans le *Code civil du Québec* afin de pouvoir y répondre convenablement.

- En l'espèce, la Cour a jugé qu'avant sa date d'échéance, le REÉR autogéré ne pouvait être qualifié de contrat de rente au sens du *Code civil du Québec*, car il y avait absence d'aliénation du capital investi, un élément essentiel à la formation du contrat de rente.

- Ainsi, considérant le pouvoir de contrôle de M. Thibault sur les fonds avant l'échéance du régime, la Cour a conclu que la propriété des fonds n'avait pas été transférée.

- La Cour a souligné ensuite qu'un contrat qui réserve à l'épargnant la propriété et le contrôle de son capital ne correspond pas aux objectifs historiques de l'insaisissabilité des polices d'assurance et des rentes. La famille ne bénéficie en rien de l'actif qui est laissé à l'entière disposition de M. Thibault.

- De plus, la Cour a écarté la prétention selon laquelle les dispositions du *Code civil du Québec* concernant les rentes auraient modifié le mécanisme de constitution d'une rente élaboré au *Code civil du Bas-Canada.*

- La Cour a donc été d'avis que le régime ne satisfait pas les conditions nécessaires à la constitution d'une rente.

- La Cour s'est attardée ensuite à la qualification du régime en tant que fiducie, pour conclure que la constitution d'une fiducie suppose trois conditions et que dans le cas du présent REÉR autogéré, aucune de ces conditions n'est remplie.

- En effet, la Cour a noté qu'en raison de la clause de retrait du capital investi, le propriétaire-rentier ne s'était pas dessaisi de son actif en faveur d'un patrimoine d'affectation et que l'actif n'est pas, avant l'échéance du régime, affecté à une fin particulière, c'est-à-dire à la rente. Par ailleurs la Cour a conclu que puisque les décisions quant aux investissements revenaient au propriétaire-rentier, cela avait comme effet de dénaturer le contrat de fiducie du *Code civil du Québec* où la pleine administration du patrimoine fiduciaire doit être exercée par le fiduciaire.

- Enfin, à titre *d'obiter*, la Cour s'est penchée sur la *Loi modifiant la Loi sur les assurances et d'autres dispositions législatives* où le législateur québécois a édicté à l'article 187 qu'une faculté de retrait total ou partiel n'empêche pas un contrat constitutif de rente d'être considéré comme tel. Bien que cette modification, ayant été adoptée postérieurement aux faits litigieux, ne s'appliquait pas à la cause en l'espèce, la Cour a tenu à spécifier, en se fondant sur la nature déclaratoire de la disposition, qu'elle ne changeait nullement l'exigence de l'aliénation du capital pour la constitution d'un contrat de rente.

- Cependant, de nouvelles modifications sont récemment entrées en vigueur. Ainsi, nous référons le lecteur à la section concernant la *Loi modifiant la Loi sur les assurances et la Loi sur les sociétés de fiducie et d'épargne*.

ANALYSE CRITIQUE DE L'AFFAIRE *THIBAULT*

- Dans son texte intitulé *L'affaire Thibault et la saisissabilité des fonds détenus dans un régime enregistré d'épargne-retraite*[41], M^e^ Haghgouyan critique le jugement de la Cour suprême dans l'affaire Thibault :

> « Comme on peut facilement le constater, les règles législatives établissant les économies de retraites pouvant bénéficier d'une protection à l'encontre des saisies constituent un ensemble disparate et labyrinthique qui appelle à une clarification on ne peut plus immédiate.
>
> Il est par ailleurs évident que l'intervention législative en décembre 2002 peu de temps après le jugement de la Cour d'appel, via l'article 187 de la *Loi modifiant*

[41] K. NAGHGOUYAN, « L'affaire Thibault et la saisissabilité des fonds détenus dans un régime enregistré d'épargne-retraite », dans *Fiducies personnelles et successions (2005)*, Cowansville, Yvon Blais, 2005.

la Loi sur les assurances et d'autres dispositions législatives, avait comme louable objectif de remédier à cette incertitude et d'élargir le champ de protection des REÉR à l'encontre de saisies des créanciers.

Le fait que le législateur n'ait pas exprimé son intention de façon plus explicite, bien que regrettable, n'excuse en rien l'approche ultra-restrictive de la Cour suprême dans cette cause. En effet, son analyse vague, qu'elle s'est contentée de qualifier de "réponse nuancée", ne sert qu'à dissimuler le formalisme de cette décision qui fait de ce jugement une barrière à l'évolution progressiste du droit. Ainsi, bien que la Cour souligne que la nature variée des REÉR empêche un étiquetage unique et que chaque cas constitue un cas d'espèce, il serait difficilement concevable d'imaginer un REÉR qui remplit toutes les conditions énumérés au C.c.Q., tant l'inflexibilité dont la Cour suprême fait preuve dans son interprétation semble contraignante.

Par ailleurs, la conclusion de la Cour, selon laquelle tout contrat qui réserve à l'épargnant la propriété et le contrôle de son capital irait automatiquement à l'encontre de la philosophie de protection de la famille qui sous-tend l'insaisissabilité des polices d'assurance et des rentes, souffre d'une faiblesse certaine puisqu'elle se fonde sur une vision très antagoniste de la cellule familiale. En effet, suivant cette rhétorique, les intérêts d'un individu, en l'espèce l'épargnant, sont toujours opposés et en conflit direct avec ceux de sa famille, et poussée à son extrême, cette approche assimile la famille à une entrave à l'épanouissement d'un individu. Or cette approche à la fois individualiste et simpliste ignore le fait que même aujourd'hui, la majorité des familles ont des projets, des intérêts et des buts communs et que par conséquent, le fait que l'actif soit laissé à l'entière disposition de l'épargnant ne signifie pas nécessairement qu'il l'est au détriment des membres de sa famille.

Préconisant la primauté des institutions du droit civil au détriment de considérations d'équité, la Cour fait ainsi fi des véritables enjeux économiques en cause. En effet, lorsqu'elle traite de la question des enjeux économiques, la Cour ne semble pas avoir voulu vraiment répondre à la critique du traitement inéquitable sur la question de la saisissabilité, optant de discuter plutôt des règles de retrait d'argent avant la retraite qui sont très strictes dans le cadre des régimes de retraite enregistrés. Bien que la conclusion de la Cour qui suit soit véridique, elle ne répond en rien à l'accusation d'un traitement défavorable réservé aux REÉR en matière de saisissabilité :

> "[55] Scotia plaide tout de même que les travailleurs autonomes font l'objet d'un traitement défavorable par rapport aux employés parce que les règles régissant les régimes de retraite seraient très souples. Cet argument n'est, à mon avis, pas fondé. Les régimes de retraite assujettissent les transferts de fonds à des règles strictes pendant toute la période où un participant est actif. Ces règles ne sont pas globalement plus favorables que celles s'appliquant aux travailleurs autonomes."

Ce qui est d'autant plus regrettable, c'est la tentative de la Cour de légitimer son approche en se fondant sur le principe de bijuridisme, notion qui puise sa source

> dans un positivisme juridique prônant une flexibilité diamétralement opposée à la vision restrictive du droit que la Cour suprême adopte en l'espèce.
>
> La décision décevante de la Cour suprême dans la présente affaire, qui n'a nullement dissipé les incertitudes engendrées par le contexte législatif actuel, nécessite plus que jamais une intervention par le législateur québécois. Rappelons que depuis 1992, l'Île-du-Prince-Édouard confère à tous les REÉR et fonds enregistrés de revenu de retraite (FERR) une protection contre les saisies.
>
> […]
>
> Ces deux lois provinciales peuvent ainsi servir d'exemple au Québec afin qu'on puisse mettre le REÉR sur un pied d'égalité avec les régimes complémentaires de retraite auxquels cotise un employeur qui sont insaisissables en vertu du paragraphe 553 (7) C.p.c.
>
> En effet, favoriser l'employé au détriment du travailleur autonome, dans le contexte de notre régime fiscal qui a toujours fait de la valorisation de l'entrepreneurship une de ses pierres angulaires, constitue une aberration qu'il faut tâcher d'éliminer.
>
> […]
>
> Finalement, nous souhaitons que les sociétés de fiducie et les compagnies d'assurance exercent leur force de lobby afin qu'elles s'assurent d'obtenir les amendements législatifs nécessaires pour pouvoir recommencer à offrir sur le marché des REÉR insaisissables. »

- En 2005, M[e] Jean-François Michaud[42] mentionne qu'étant donné que tous les REÉR sont différents, chacun doit faire l'objet d'une analyse afin de déterminer la nature réelle du véhicule juridique utilisé. Ainsi, bien que chaque contrat doit être examiné à la lumière des critères établis par la Cour suprême, l'affaire *Thibault* ne constitue pas nécessairement un précédent pour tous les REÉR. Il soumet ensuite une liste des arguments que les assureurs sont susceptibles de soumettre en vue de faire qualifier leurs produits REÉR comme des contrats de rente :

> « Comme le mentionnait la juge Deschamps dans l'affaire *Thibault*, tous les REÉR ne sont pas semblables et chacun doit faire l'objet d'une analyse afin de déterminer la nature réelle du véhicule juridique utilisé. Ainsi, il serait inexact de prétendre que l'affaire *Thibault* constitue un précédent pour tous les REÉR. Chaque contrat doit être examiné à la lumière des critères établis par la Cour suprême.

---

42 J.-F. MICHAUD, *op. cit*., note 22.

Voici quelques arguments que les assureurs sont susceptibles de soumettre en vue de faire qualifier leurs produits REÉR comme des contrats de rente. Nous les présentons selon les cinq conditions nécessaires à la constitution d'un contrat de rente.

Débirentier

Évidemment, il s'agit de l'assureur. Cette condition ne pose pas de difficulté dans la mesure où l'assureur s'engage à payer des redevances.

Crédirentier […]

Aliénation du capital

Contrairement à une société de fiducie, les assureurs deviennent propriétaires de la prime reçue de leurs assurés. Il en va de même des placements qui sont faits dans le cadre d'un contrat de rente. Les sommes perçues sont investies dans les fonds généraux de l'assureur ou sont maintenues dans des fonds distincts. Dans l'un et l'autre cas, il s'agit d'éléments d'actif qui appartiennent aux assureurs 47 et qui sont investis en leur nom.

En conséquence, le titulaire d'un contrat de rente perd la propriété des sommes investies. Il est raisonnable de considérer que le crédirentier et le bénéficiaire ne possèdent désormais qu'un droit de créance. C'est à cette conclusion qu'arrive la Cour d'appel dans l'affaire *Les Coopérants* :

> "Dans les contrats sous étude, il y a aliénation du capital par le crédirentier en faveur de la débitrice. Les cotisations ou primes qui ont été payées périodiquement à la société débitrice ont été placées dans des fonds généraux. Elles ont été alors confondues avec les actifs de la société. Le crédirentier n'a plus de droit sur ces sommes. Il n'a qu'un droit de créance envers le patrimoine de la débitrice."

Même si les fonds distincts ne sont pas confondus avec les fonds généraux de l'assureur, le même raisonnement devrait s'appliquer. D'ailleurs, en cas d'insolvabilité de l'assureur, les titulaires de contrat n'ont qu'un droit de créance à faire valoir.

Comme nous l'avons vu précédemment, le fait que le titulaire se voie accorder des droits de rachat (retrait) partiel ou total ne change pas le fait qu'il aurait aliéné son actif dans la mesure où il y a une réduction des obligations du débirentier. Bien que le jugement de la Cour suprême n'ait pas précisé ce qu'on entendait par modification des obligations, on doit néanmoins comprendre qu'en présence d'un retrait d'une partie du capital, le montant de la rente qui sera en service sera nécessairement réduit en conséquence.

Par ailleurs, les contrats de rente individuelle à capital variable (fonds distincts) des assureurs comportent un volet d'assurance vie garantissant au moins 75 % des primes placées au décès et à l'échéance selon les termes du contrat. On

pourrait voir dans ces contrats un risque qui est assumé par l'assureur et qui fait généralement l'objet de réserves, ce qui en ferait également un contrat d'assurance vie. La protection contre les saisies devrait donc s'appliquer dans ces circonstances.

Reste que les contrats de rente des assureurs accordent généralement une certaine discrétion au titulaire quant au placement des primes dans le contrat de rente. Il faut cependant souligner que le titulaire va choisir des fonds garantis ou des fonds distincts mis sur pied par l'assureur, mais à l'intérieur desquels le titulaire n'a aucun droit de regard. Parfois, l'assureur confie la gestion de certains fonds à des gestionnaires externes, mais la décision ultime sur la composition des fonds offerts en vertu du contrat de rente revient à l'assureur. Par ailleurs, en cas de doute, les tribunaux ne devraient-ils pas respecter l'intention du législateur d'étendre aux rentes la pratique des assureurs, comme l'a souligné la Cour d'appel :

> "Par cette fiction légale, le législateur québécois a étendu la portée de l'assurance-vie aux rentes pratiquées par les assureurs. Il ne pouvait ignorer alors l'évolution constante des diverses formes de rentes offertes par les assureurs-vie et plus particulièrement l'usage de ces contrats pour les régimes enregistrés d'épargne-retraite et les régimes collectifs de retraite. En utilisant la technique du renvoi à la pratique des assureurs, le législateur a ouvert la voie à une interprétation évolutive et dynamique de cette pratique que les tribunaux doivent respecter."

Une obligation de payer

Cette condition ne devrait également pas poser de difficulté puisque les contrats prévoient une obligation de l'assureur de payer des redevances à un moment déterminé au contrat.

Une périodicité de paiement

Dans l'examen des contrats de rente des assureurs, il faut également éviter de rechercher une rente dûment quantifiée. Il suffit que cette rente soit déterminable. Cela ne veut pas dire qu'elle ait été déterminée.

La Cour d'appel dans l'affaire *Les Coopérants* a bien précisé que les modalités de paiement de la rente n'avaient pas à être déterminées au moment de la constitution de la rente. Cela pouvait attendre au moment où la rente serait mise en service :

> "Dans plusieurs contrats, il n'est pas possible de déterminer, au moment de la signature du contrat, le montant en capital qui sera disponible dans le futur pour servir la rente. La prestation variera en fonction du rendement obtenu par l'assureur pendant la période d'accumulation. L'absence de quotité, par ailleurs déterminable à tout moment par des actuaires de la débitrice, en fonction de calculs ou de

> tables de mortalité bien établis, n'empêche pas la création d'une obligation valide.
>
> Le report du choix des modalités de paiement de la rente à la fin de la période d'accumulation et la pratique de la débitrice d'émettre, au moment de la mise en service de la rente, un nouveau certificat accessoire au contrat et décrivant les modalités de paiement à la rente ne sauraient non plus modifier la nature du contrat de rente ni opérer novation. Le droit d'acheter une rente au terme de la période d'accumulation découle essentiellement de la relation juridique entre la société débitrice et le détenteur du contrat de rente et n'opère aucun changement de l'objet ou de la cause du contrat."
>
> Cette condition devrait normalement être remplie par les contrats des assureurs. »

On remarque que M^e^ Jean-François Michaud fait souvent référence à l'affaire Les Coopérants rendue par la Cour d'appel et semble parfois sous-estimer l'importance de l'affaire Thibault rendue par la Cour suprême.

JUGEMENTS AYANT SUIVI LA DÉCISION *BANQUE DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE C. THIBAULT*

Pierre Roy & Associés inc. c. Bagnoud, [2005] R.J.Q. 1378 (C.A.).

Castonguay (Syndic de), J.E. 2005-1623 (C.S.).

Gervais (Syndic de), [2005] J.Q. no 12715 (C.S.).

Capitale (La), Assureur de l'administration publique inc. c. 99955 Canada ltée, J.E. 2005-1579 (C.S.).

Plamondon (Syndic de), J.E. 2005-1514 (C.S.).

Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Gosselin, J.E. 2005-1605 (C.S.).

Cloutier c. Société Canada Trust, J.E. 2005-1011 (C.S.).

Rivard (Syndic de), J.E. 2005-1158 (C.S.).

Ma-Hive (Syndic de), [2005] B.E. 2005BE-389 (C.S.).

Dans l'affaire de la faillite d'Alain Bouchard c. Trust Banque Nationale, [2004] J.Q. n^o^ 11232 (C.S.).

Doughan c. Abitibi-Consolidated Inc., J.E. 2004-1864 (C.S.).

Legault c. Bernard Chabot inc., [2004] R.J.Q. 2170 (C.S.).

DOCTRINE AYANT SUIVI LA DÉCISION *BANQUE DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE C. THIBAULT*

Bernard BOUCHER et Jean-Yves FORTIN, *Faillite et insolvabilité – une perspective québécoise de la jurisprudence canadienne*, Scarborough, Carswell, 2006.

Jean-François MICHAUD, « L'insaisissabilité de certains contrats émis par des assureurs : une mise à jour », dans *Développements récents en droit des assurances (2005)*, Cowansville, Yvon Blais, 2005.

K. NAGHGOUYAN, « L'affaire Thibault et la saisissabilité des fonds détenus dans un régime enregistré d'épargne-retraite », dans *Fiducies personnelles et successions (2005)*, Cowansville, Yvon Blais, 2005.

Jacques DESLAURIERS, *La faillite et l'insolvabilité au Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004.

Mélanie BEAULIEU, « *Banque de Nouvelle-Écosse c. Thibault* : Précisions concernant la fiducie selon le *Code civil du Québec* », (2004), vol. 25, n° 3 *Revue de planification fiscale et successorale* 517-528.

ADOPTION DE L'ARTICLE 187 DE LA *LOI MODIFIANT LA LOI SUR LES ASSURANCES ET D'AUTRES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES*

- Le 19 décembre 2002, peu après que la décision *Scotia McLeod Inc. c. Banque de Nouvelle-Écosse* ait été rendue par la Cour d'appel, le législateur québécois a adopté l'article 187 de la *Loi modifiant la Loi sur les assurances et d'autres dispositions législatives*[43] :

> « 187. Une faculté de retrait total ou partiel du capital stipulée dans un contrat constitutif de rente n'empêche pas celui-ci d'être considéré comme un contrat de rente au sens de l'article 2367 du Code civil dans la mesure où la rente est constituée auprès d'une société de fiducie conformément à l'article 178 de la *Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne* ou auprès d'un assureur.

[43] L.Q. 2002 c. 70.

> Cet article est déclaratoire, mais il ne porte pas atteinte aux droits des parties dans les causes pendantes devant les tribunaux le 16 décembre 2002. Cependant, les assureurs et les sociétés de fiducie qui ont conclu un contrat de rente comportant une faculté de retrait total ou partiel du capital doivent indemniser le contractant, ou selon le cas, le crédirentier, le titulaire ou le bénéficiaire de ce contrat, sur demande, pour toute saisie dans une instance commencée ou terminée avant la date ci-dessus mentionnée et effectuée sur le capital constitutif de la rente, jusqu'à concurrence des sommes saisies. »

La provenance de cette modification

- Dans la décision *Croft c. Trust La Laurentienne du Canada inc.*[44], la juge Tessier-Couture cite un extrait du *Journal des débats* afin de démontrer les inquiétudes qu'a provoquées l'adoption de l'article 187 de la *Loi modifiant la Loi sur les assurances et d'autres dispositions législatives* :

> « [**23**] On doit comprendre que particulièrement suite à l'arrêt de la Cour d'appel du 28 août 2001, l'inquiétude était grande tant chez les investisseurs que chez les sociétés de fiducie et les assureurs.
>
> [**24**] Cette situation devait être clarifiée, ce qui a été fait par l'adoption de la Loi dont le texte précise, à l'article 187 : "Cet article est déclaratoire". Le législateur n'a pas apporté de modification au texte législatif alors en vigueur. Il a choisi de procéder par un texte le qualifiant lui-même de déclaratoire.
>
> [**25**] L'extrait suivant du Journal des débats est éloquent quant aux inquiétudes ressenties et à l'effet déclaratoire voulu :
>
> > "**Mme Papineau** : Il y a un amendement, M. le Président. Dans l'article 175.2 [6], l'amendement a pour objet de permettre aux assureurs de continuer à vendre des rentes viagères…
> >
> > **Mme Jérôme-Forget** : Ça, c'est important.
> >
> > **Mme Papineau** : … ou à terme fixe dont le capital est insaisissable et de valider les contrats de rentes déjà conclus. L'une des conditions requises par l'article 2367 du Code civil est que le capital versé par le preneur soit aliéné au profit du débirentier, c'est-à-dire l'assureur. Selon une jurisprudence récente, cette exigence a eu pour effet de disqualifier comme contrat de rentes les contrats comportant une faculté de retrait total ou partiel du capital. Les sommes constituant le capital ont donc pu être saisies par les créanciers du preneur du contrat de rentes entre les mains de l'assureur.

---

[44] J.E. 2005-1399 (C.S.).

L'amendement vise à permettre une telle faculté de retrait dans les contrats de rentes. Il est déclaratoire et ne s'applique pas aux causes pendantes. Cependant, il oblige les assureurs et les sociétés de fiducie à indemniser les consommateurs impliqués dans ces causes si le capital de la rente qui devait être insaisissable a été saisi. Ça, c'est pour l'article 175.2.

(…)

Mme Jérôme-Forget : 175.2, là, par ailleurs, si je lis bien, dans les commentaires, il ne s'applique pas aux causes pendantes devant les tribunaux. Donc, c'est à partir de … Tout ce qui était dans le passé, c'était l'ancienne loi qui s'appliquait, mais toute … Autrement dit, ceux qui sont devant les tribunaux, la justice suit son cours.

M. Legault (André) : C'est ça.

Mme Jérôme-Forget : O.K. Mais c'est pour les nouvelles causes, là, potentielles. Les potentiels recours collectifs, à partir de l'adoption de la loi.

M. Legault (André) : Attendez. C'est que tout le monde, tous ceux qui ont acheté ces produits-là, s'ils ne sont pas déjà dans une instance judiciaire, ça va les couvrir. Il y a deux ou trois procès, dans ces cas là seulement, il y en a un qui a été réglé, c'est qu'on vient dire : On n'appliquera pas cette clause déclaratoire-là à ces deux, trois là.

Mme Jérôme-Forget : De façon rétroactive.

M. Legault (André) : Mais si jamais l'individu se fait saisir sa rente ou le rentier se fait saisir sa rente, parce qu'en disant que le tribunal considère que, effectivement, ce n'était pas une rente, à ce moment-là, il y a un engagement: les assureurs doivent dédommager la personne qui va avoir été saisie, ce montant-là. On a eu … C'est ça.

Mme Jérôme-Forget : Vous en auriez eu un cas là?

M. Legault (André) : Il y a un cas qui, actuellement, est au niveau de la Cour d'appel et qui a été accepté d'être entendu en Cour suprême, puis un autre cas qui est en première instance, un premier jugement."

(soulignements ajoutés)

[**26**] Selon le témoignage d'André Legault, sous-ministre responsable notamment des relations avec les institutions financières, le législateur répondait ainsi aux préoccupations des sociétés de fiducie et des assureurs, mais il a voulu que les personnes qui avaient acquis de tels contrats soient protégées d'où la décision de prévoir dans la Loi une indemnisation pour les contractants dont le

capital aurait été réduit suite à une saisie. Le texte de l'article 187 précise les conditions pour qu'une personne soit indemnisée :

> "**187**. (…)
>
> … pour toute saisie dans une instance commencée ou terminée avant la date ci-dessus mentionnée et effectuée sur le capital constitutif de la rente, jusqu'à concurrence des sommes saisies." (la date mentionnée étant le 16 décembre 2002) (soulignements ajoutés)

[**27**] Selon André Legault, "le dossier réglé" dont il a fait état tel qu'il est rapporté au Journal des débats serait le présent dossier. »

L'interprétation donnée à cette modification

- Dans *Cloutier c. Société Canada Trust*[45], le juge Bernard énonce les trois éléments que doit prouver le demandeur en vertu de l'article 187 de la *Loi modifiant la Loi sur les assurances et d'autres dispositions législatives* pour rencontrer son fardeau de preuve :

> « [**3**] Pour réussir dans son action, le demandeur a donc le fardeau de prouver qu'il a contracté avec la société de fiducie défenderesse un contrat de rente comportant une faculté de retrait du capital, qu'une saisie a été effectuée sur le capital constitutif de cette rente, et que cette saisie s'est effectuée dans une instance commencée ou terminée avant le 16 décembre 2002. »

- Dans l'affaire *Croft c. Trust La Laurentienne du Canada inc*.[46] les termes « instance commencée ou terminée » sont définis et, après un examen de la législation et la jurisprudence aux paragraphes 44 à 61, il est décidé qu'en utilisant les termes « instance commencée ou terminée », l'intention du législateur n'était pas d'inclure l'instance terminée par une transaction au sens de l'article 2631 *C.c.Q.*

> « [**55**] Une instance à laquelle il est mis fin par une transaction est une instance terminée. Le législateur, dans le cadre précis de la Loi, en utilisant les termes "instance commencée ou terminée", a-t-il voulu aussi inclure l'instance terminée par une transaction? Le Tribunal en doute d'autant que selon le témoin Legault et tel que rapporté au Journal des débats, le présent dossier était réglé. »

---

45 J.E. 2005-1011 (C.S.).

46 J.E. 2005-1399 (C.S.).

- Dans l'affaire *Croft c. Trust La Laurentienne du Canada inc*.[47] les termes « saisie et saisine » sont également définis aux paragraphes 63 à 73. Dans cette affaire, le demandeur a volontairement décidé d'effectuer le retrait sur le capital constitutif de sa rente au montant requis pour le règlement de sa faillite et ne pouvait donc pas prétendre que le syndic avait saisi une somme sur le capital constitutif de la rente :

> « [**63**] Peut-on conclure qu'il y a eu saisie?
>
> […]
>
> [**69**] Même en voulant soutenir que l'article 187 de la Loi adoptée doit recevoir une interprétation large et libérale, interpréter le texte de cet article en rendant applicable l'indemnisation alors que le contractant a lui-même volontairement autorisé un retrait, bien que ce soit dans le cadre du règlement d'une faillite, mène à une aberration. Le législateur n'a certes pas voulu imposer aux sociétés de fiducie et aux assureurs un tel fardeau.
>
> [**70**] René Croft a choisi d'exercer son droit de retrait. Il n'était pas tenu de l'exercer. Il a témoigné qu'il n'avait pas de liquidités. Il aurait pu choisir de liquider lui-même des immeubles. René Croft avait au moins une autre alternative. Il a décidé volontairement d'effectuer le retrait d'une somme sur l'argent détenu par Trust La Laurentienne. »

L'*obiter* de la Cour suprême

- La Cour suprême, dans l'affaire *Banque de la Nouvelle-Écosse c. Thibault*[48], affirme que la modification législative ne change pas la règle imposant l'aliénation du capital, élément central du contrat de rente et que, pour demeurer cohérent avec l'état du droit, il fallait situer le retrait partiel dans un contexte de modification des bénéfices et la faculté de rachat dans un contexte de cessation du contrat :

> « La modification apportée par la *Loi modifiant la Loi sur les assurances et d'autres dispositions législatives*
>
> [**42**] Le 19 décembre 2002, après l'arrêt de la Cour d'appel, le législateur québécois a déclaré, à l'art. 187 de la Loi modifiant la Loi sur les assurances et d'autres dispositions législatives, L.Q. 2002, ch. 70, qu'une faculté de retrait partiel ou total n'empêche pas un contrat constitutif de rente d'être considéré comme tel. Cet article fut introduit sans grande consultation, selon ce que

---

47 *Id*.

48 [2004] 1 R.C.S. 758.

plaident les parties, lors d'une séance d'une commission parlementaire tenue deux jours avant l'adoption de la loi. L'article se lit :

> "**187**. Une faculté de retrait total ou partiel du capital stipulée dans un contrat constitutif de rente n'empêche pas celui-ci d'être considéré comme un contrat de rente au sens de l'article 2367 du Code civil dans la mesure où la rente est constituée auprès d'une société de fiducie conformément à l'article 178 de la Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne (L.R.Q., chapitre S-29.01) ou auprès d'un assureur."

Cet article est déclaratoire, mais il ne porte pas atteinte aux droits des parties dans les causes pendantes devant les tribunaux le 16 décembre 2002. Cependant, les assureurs et les sociétés de fiducie qui ont conclu un contrat de rente comportant une faculté de retrait total ou partiel du capital doivent indemniser le contractant, ou selon le cas, le crédirentier, le titulaire ou le bénéficiaire de ce contrat, sur demande, pour toute saisie dans une instance commencée ou terminée avant la date ci-dessus mentionnée et effectuée sur le capital constitutif de la rente, jusqu'à concurrence des sommes saisies.

[**43**] Conformément au deuxième alinéa, cet article n'est pas censé porter atteinte aux droits des parties à l'instance. Il ne revient donc pas à la Cour de se fonder sur cet alinéa pour déterminer les droits des parties. Cependant, comme la disposition est déclaratoire, il y a lieu de la situer dans l'ensemble des règles régissant les assurances et les rentes. Scotia a, de plus, plaidé que cette loi permet d'éliminer la discrimination entre les régimes de pension dont les employés peuvent bénéficier et les REÉR, seuls véhicules auxquels les travailleurs autonomes ont accès. M. Thibault a produit un mémoire dans lequel il souligne que, comme dirigeant d'une petite entreprise, il a justement cherché à investir dans un véhicule protégé. Il est donc utile de replacer l'intervention législative dans le contexte plus général du droit régissant l'insaisissabilité des régimes de retraite.

(1) La nature déclaratoire de la loi

[**44**] Le législateur peut intervenir pour dire le droit. Lors d'une telle intervention, il ne change pas le droit. L'auteur Pierre-André Côté, Interprétation des lois (3e éd. 1999), p. 651, explique clairement la règle :

> "La Constitution ne s'oppose pas formellement à ce que le législateur exerce, à l'occasion, le pouvoir d'interpréter ses propres lois, pouvoir normalement dévolu à l'ordre judiciaire. On qualifie de déclaratoires (ou d'interprétatives, dans la tradition du droit civil) les lois ayant pour objet 'de dissiper les doutes qui existent quant à la common law ou quant au sens ou à la portée d'une loi quelconque'." (Voir Craies on Statute Law (7e éd. 1971), p. 58 (traduction).)

[**45**] Par l'article 187, le législateur a donc précisé le droit : une faculté de retrait total ou partiel n'empêche pas un contrat de rente d'être considéré comme tel.

> La faculté de retrait total avait déjà fait l'objet d'un prononcé judiciaire. En effet, l'arrêt Coopérants, précité, avait déjà décidé qu'une faculté de rachat, dans le contexte de la cessation du contrat, ne changeait pas la nature du contrat de rente. Il s'agissait là d'une application de la règle régissant le contrat d'assurance-vie, pour lequel l'existence d'une faculté de rachat ne modifie pas la nature du contrat. En assurance-vie, il est admis que l'assuré peut, lorsque le contrat contient une stipulation à cet effet, mettre un terme au contrat en exerçant son droit à la valeur de rachat. Par la prise d'effet du rachat, il y a extinction des obligations de l'assureur (Lluelles, op. cit., p. 407-408). Ce que la déclaration législative précise, c'est qu'une faculté de retrait partiel n'empêche pas non plus que le contrat se qualifie comme rente. Pour demeurer cohérent avec l'état du droit et conserver la nature déclaratoire de la loi, il faut cependant situer le retrait partiel dans un contexte de modification des bénéfices. En assurance-vie, l'assuré peut aussi, lorsqu'il existe une stipulation à cet effet, obtenir une avance sur sa police, ce qui entraîne une réduction des obligations de l'assureur (Lluelles, op. cit., p. 413). La déclaration législative dissipe donc toute ambiguïté pour les retraits partiels en énonçant que les rentes bénéficient de la même flexibilité que celle autorisée pour les contrats d'assurance-vie.
>
> [**46**] La modification ne change pas la règle imposant l'aliénation du capital, élément central du contrat de rente qui fait défaut en l'espèce. La déclaration du législateur ne permet donc pas de modifier la conclusion de l'analyse déjà faite. Dans le cas des assurances, le capital demeure acquis à l'assureur, sous réserve de la cessation du contrat ou de la réduction des obligations de l'assureur. La même règle prévaut pour le contrat de rente.
>
> [**47**] Pour ce qui est de l'effet plus large de la disposition, le contexte du présent litige ne nécessite pas qu'on en analyse la formulation sibylline. Le législateur sera sûrement appelé à se pencher sur le concept même des retraits pour l'intégrer avec cohérence au mécanisme de constitution de la rente. »

- En 2005, M[e] Jean-François Michaud[49] résume l'essentiel de l'*obiter* de la juge Deschamps dans l'affaire *Banque de Nouvelle-Écosse c. Thibault*[50] en précisant que selon la Cour suprême le contrat en demeure un de rente dans la mesure où le retrait entraîne une réduction des obligations du débirentier (tel que nous le retrouvons maintenant dans les dispositions modifiées des *Loi sur les assurances* et *Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne* dont nous traitons à la section suivante) :

> « En bref, que l'on parle de rachat ou de retrait et que celui-ci soit partiel ou total, cela ne modifie pas la nature d'un contrat de rente. La Cour suprême précise que le contrat en demeure un de rente dans la mesure où le retrait

---

49 J.-F. MICHAUD, *op. cit*., note 22.

50 [2004] 1 R.C.S. 758.

> entraîne une réduction des obligations du débirentier. À notre connaissance, c'est la première fois qu'un tribunal au Québec reconnaît qu'il y a eu aliénation du capital bien que le crédirentier ait eu la faculté d'effectuer des retraits partiels de ce capital. Désormais, la simple faculté de racheter une partie du capital ne saurait justifier la conclusion qu'un REÉR ne constitue pas un contrat de rente. Les tribunaux devront examiner les autres composantes du régime. »

LA *LOI MODIFIANT LA LOI SUR LES ASSURANCES* ET LA *LOI SUR LES SOCIÉTÉS DE FIDUCIE ET LES SOCIÉTÉS D'ÉPARGNE*

- Cette loi, mieux connue sous le nom du Projet de loi 136 est entrée en vigueur en totalité le 1er mars 2006.

- Bien que peu de documentation existe la concernant en raison de son entrée en vigueur toute récente, il est clair qu'elle a été édictée dans le but précis de « neutraliser les effets de l'arrêt Thibault quant aux contrats déjà émis »[51].

- En effet, cette loi a pour but, selon les notes explicatives qui y sont insérées, « de préciser les règles applicables, […], aux contrats constitutifs de rente offerts par les compagnies d'assurance et les sociétés de fiducie. Il confirme notamment les conditions d'insaisissabilité du capital accumulé pour le service de la rente ».

- Voici les dispositions les plus pertinentes de cette loi :

> « (**Loi sur les assurances**)
>
> **33.4.** Dans un contrat constitutif de rente, le fait qu'une compagnie d'assurance offre des choix de placement n'empêche pas cette compagnie d'avoir la maîtrise du capital accumulé pour le service de la rente.
>
> Une faculté de retrait partiel ou total du capital accumulé pour le service de la rente peut être stipulée, mais son exercice a pour effet de réduire de façon corrélative les obligations de la compagnie d'assurance.
>
> De plus, le montant de la rente qui sera servie périodiquement doit être, au moment de la conclusion du contrat, sinon déterminé, du moins déterminable en fonction de variables et selon un mode de calcul indiqués au contrat.

---

[51] Michel BENOÎT et Anne-Marie LIZOTTE, « L'insaisissabilité des REÉR au Québec : le projet de loi 136 règle-t-il tous les problèmes? », *Actualité Osler*, 27 février 2006 : http://www.osler.com/ressources.

> **33.5.** L'insaisissabilité du capital accumulé pour le service d'une rente demeure subordonnée à la désignation, conformément aux articles 2457 ou 2458 du Code civil, d'une personne habilitée à recevoir le capital ou la rente en découlant au décès du créditrentier ou de la personne qui fournit le capital.
>
> (**Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne**)
>
> **178.** La capital accumulé pour le service d'une rente non viagère est insaisissable entre les mains de la société de fiducie comme s'il s'agissait d'une rente non viagère pratiquée par un assureur.
>
> L'insaisissabilité du capital demeure subordonnée à la désignation conformément aux articles 2457 ou 2458 du Code civil, d'une personne habilitée à recevoir le capital ou la rente en découlant au décès du créditrentier ou de la personne qui fournit le capital.
>
> **178.1.** Dans un contrat constitutif de rente, le fait qu'une société de fiducie offre des choix de placement n'empêche pas cette société d'avoir la maîtrise du capital accumulé pour le service de la rente.
>
> Une faculté de retrait partiel ou total du capital accumulé pour le service de la rente peut être stipulée, mais son exercice a pour effet de réduire de façon corrélative les obligations de la société de fiducie.
>
> De plus, le montant de la rente qui sera servie périodiquement doit être, au moment de la conclusion du contrat, sinon déterminé, du moins déterminable en fonction de variables et selon un m ode de calcul indiqué au contrat. »

- Ainsi, tel qu'il est possible de le constater à la lecture desdites dispositions, il y a neutralisation de la décision *Thibault* quant à l'aliénation du capital (choix des placements et retrait du capital accumulé).

2. INSAISISSABILITÉ DÉCOULANT DES CONTRATS DE RENTE PRATIQUÉS PAR DES SOCIÉTÉS DE FIDUCIE

- L'article 178 de la *Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne* énonce que les fonds entre les mains d'une société de fiducie sont insaisissables comme s'il s'agissait de rentes non viagères pratiquées par les assureurs :

> « **178.** La capital accumulé pour le service d'une rente non viagère est insaisissable entre les mains de la société de fiducie comme s'il s'agissait d'une rente non viagère pratiquée par un assureur. »

- Lorsque les fonds sont détenus par une société de fiducie et que l'article 178 de la *Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne* s'applique, la question en litige demeure la satisfaction des critères de l'article 2367 *C.c.Q.* concernant la constitution d'un contrat de rente. Les sections précédentes concernant les contrats pratiqués par des assureurs s'appliquent donc également aux cas où on est en présence d'une société de fiducie. Voir les jugements : *Rivard (Syndic de)*[52], *Pierre Roy & Associés inc. c. Bagnoud*[53], *Legault (Syndic de)*[54], *Gagné c. Deschênes*[55] et *Croft (Syndic de)*[56].

- C'est d'ailleurs la façon dont le juge Barakett s'exprime dans *Croft (Syndic de)*[57] :

> « [**22**] […] Vu cette contravention aux prescriptions de l'article 1787, il ne peut donc s'agir d'un contrat de rente à terme fixe et le Tribunal n'a pas, alors, à se prononcer sur l'application ou l'interprétation de l'article 178 de LSFSE. De toute façon, cette dernière disposition qui vise à rendre insaisissables les fonds constituant les rentes à terme fixe entre les mains de la société de fiducie comme s'il s'agissait de rentes à terme fixe pratiquées par les assureurs n'affecte que les créanciers du bénéficiaire. En ce qui concerne la protection desdites sommes à l'encontre des créanciers du rentier ou de l'adhérent au contrat de rente, il faut plutôt référer à la législation applicable (art. 1787 C.c.B.-C., etc.). »

- L'article 180 de la *Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne* empêche la société de fiducie de confondre les biens administrés avec ses propres biens :

> « **180.** La société de fiducie ne doit pas confondre les biens administrés pour autrui avec ses propres biens. Elle doit tenir, dans ses livres, un compte distinct pour chaque administration.
>
> Elle doit identifier et tenir dans un compte distinct des éléments d'actif pour un montant égal au total des fonds reçus en dépôt.

---

52 J.E. 2005-1158 (C.S.).

53 [2005] R.J.Q. 1378 (C.A.).

54 [2004] R.J.Q. 2170 (C.S.).

55 REJB 2004-52612 (C.S.).

56 J.E. 98-1531 (C.S.).

57 *Id*.

Elle peut effectuer des placements sous son seul nom, sans indiquer sa qualité. »

- Dans *Plamondon*[58], qui a été portée en appel, la société de fiducie prétend, qu'étant donné les exigences de l'article 180 de la *Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne* de ne pas confondre les sommes administrées avec ses propres biens, elle n'a pas à respecter les critères d'aliénation pour émettre un REÉR qui soit insaisissable. Cet argument fut rejeté par la Cour :

  « [**21**] À titre d'argument subsidiaire et sans préjudice à leurs prétentions, Fiducie Desjardins allègue qu'une société de fiducie peut émettre un REÉR-RTF insaisissable, sans avoir à respecter les critères d'aliénation prévus à l'article 2367 du *Code civil du Québec*.

  [**22**] Ce nouvel argument, qui n'aurait pas été plaidé auparavant, est basé principalement sur l'article 180 de la *Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne* qui prévoit :

  > "180. La société de fiducie ne doit pas confondre les biens administrés pour autrui avec ses propres biens. Elle doit tenir, dans ses livres, un compte distinct pour chaque administration.
  >
  > Elle doit identifier et tenir dans un compte distinct des éléments d'actifs pour un montant égal au total des fonds reçus en dépôt.
  >
  > Elle peut effectuer des placements sous un seul nom, sans indiquer sa qualité."

  [**23**] Il faut concilier, selon Fiducie Desjardins, cette disposition de la loi qui empêche la société de confondre les biens administrés avec ses propres biens, avec la nécessité qu'il y ait aliénation des biens de l'administré au profit de la société en vertu de l'article 2367 du *Code civil du Québec*.

  [**24**] Comme Fiducie Desjardins peut en vertu de l'article 170 de la *Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne* "conclure des contrats pour le versement de rentes à terme fixe", il faut nécessairement, selon leur opinion, concilier les articles contradictoires de cette loi et ceux du *Code civil* quant à la disposition des biens. Fiducie Desjardins suggère même que le *Code civil du Québec* doit céder devant cette loi particulière qu'est la *Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne*, de telle sorte que l'aliénation ne serait donc pas requise dans le cas d'une société de fiducie pratiquant la vente de rentes à terme fixe.

---

[58] *Plamondon (Syndic de)*, J.E. 2005-1514 (C.S.). Cette décision a été portée en appel.

[**25**] Sur cet aspect, le Tribunal ne voit pas, à première vue, de contradiction entre ces dispositions. La *Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne* permet à la société de conclure des contrats pour le versement de rentes à terme fixe et la restriction prévue à l'article 180 de cette même loi, l'oblige à ne pas confondre les biens administrés pour autrui avec ses propres biens et à tenir ses biens dans un compte distinct.

[**26**] Toutefois, en agissant ainsi et en se conformant à ces dispositions de la *Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne*, la société de fiducie administre un régime de rentes qui diffère de celui prévu à l'article 2367 du *Code civil du Québec*. Une des conséquences de cette distinction, est que ce régime ne peut bénéficier de la déclaration d'insaisissabilité car il ne possède pas toutes les caractéristiques de la rente insaisissable selon les dispositions du *Code civil du Québec*. »

3. INSAISISSABILITÉ RÉSULTANT DE LA CONSTITUTION D'UNE FIDUCIE ET D'UN PATRIMOINE D'AFFECTATION

- Le patrimoine fiduciaire, formé des biens transférés en fiducie, constitue un patrimoine d'affectation autonome et distinct (1261 *C.c.Q.*) :

> « **1261.** Le patrimoine fiduciaire, formé des biens transférés en fiducie, constitue un patrimoine d'affectation autonome et distinct de celui du constituant, du fiduciaire ou du bénéficiaire, sur lequel aucun d'entre eux n'a de droit réel. »

- L'article 1260 *C.c.Q.* définit les éléments constitutifs d'une fiducie :

> « **1260.** La fiducie résulte d'un acte par lequel une personne, le constituant, transfère de son patrimoine à un autre patrimoine qu'il constitue, des biens qu'il affecte à une fin particulière et qu'un fiduciaire s'oblige, par le fait de son acceptation, à détenir et à administrer. »

- Les commentaires du ministre de la Justice, publiés à l'occasion de l'entrée en vigueur du nouveau *Code civil du Québec*, indiquent que les REÉR sont régis par les règles de la fiducie :

> « Le champ d'application de la fiducie, auparavant limité au domaine des libéralités faites pour le bénéfice de personnes déterminées ou pour une fin de bienfaisance d'intérêt public ou général, est élargi. Le code permet expressément désormais la constitution de fiducies à titre onéreux ou pour des fins purement privées, telles les fiducies pour obligataires, pour les employés d'une entreprise, pour l'établissement de régimes enregistrés d'épargne-retraite ou autres, les fiducies d'investissement, voire les fiducies constituées pour l'érection ou l'entretien d'une chose, comme un monument funéraire à la mémoire du constituant. »

- En 1999, dans *Marleau (Syndic de)*[59], la Cour supérieure est d'avis que le contrat de REÉR est de la nature d'une fiducie d'utilité privée.

- En 2004 et 2005, la Cour supérieure, la Cour d'appel et la Cour suprême ont de nouveau abordé cette question dans *Legault*[60], *Pierre Roy & Associés inc. c. Bagnoud*[61] et *Banque de Nouvelle-Écosse c. Thibault*[62].

L'affaire *Banque de Nouvelle-Écosse c. Thibault*

- La Cour suprême dans *Banque de Nouvelle-Écosse c. Thibault*[63] s'est demandé si une fiducie pouvait être constituée par l'établissement d'un REÉR. La juge Deschamps a étudié les trois conditions nécessaires à la constitution d'une fiducie : (1) le transfert de biens du patrimoine d'une personne à un patrimoine d'affectation, (2) l'affectation des biens à une fin particulière et (3) l'acceptation par un fiduciaire.

- Quant à la première condition la Cour suprême conclut qu'il n'y a pas eu transfert de biens à un patrimoine d'affectation car, comme l'actif peut être retiré en tout ou en partie avant l'échéance du régime, le failli ne s'est pas dessaisi de son actif en faveur d'un patrimoine d'affectation. L'effet juridique du transfert doit être complet et, comme pour un contrat de rente, il doit y avoir aliénation :

> « *(1) Transfert de biens à un patrimoine d'affectation*
>
> [**32**] La clause 3 du Régime énonce que le fiduciaire détient les cotisations. La détention n'est pas qualifiée, mais, comme noté ci-dessus, l'absence de toute clause prévoyant le transfert, combinée avec la formulation de la clause 4 traitant des retraits, permet de conclure que les biens ne sont pas transférés à un patrimoine d'affectation et ce, à tout le moins, avant la date d'échéance du Régime. En effet, comme l'actif peut être retiré en tout ou en partie jusqu'à l'échéance du Régime, il faut conclure que le propriétaire-rentier, pendant cette première étape du Régime, ne s'est pas dessaisi de son actif en faveur d'un patrimoine d'affectation.

---

59 J.E. 99-969 (C.S.).

60 *Legault (Syndic de)*, J.E. 2004-1555 (C.S.).

61 [2005] R.J.Q. 1378 (C.A.).

62 [2004] 1 R.C.S. 758.

63 *Id*.

[**33**] Se fondant sur une comparaison des art. 1256 et 1260 C.c.Q., Scotia plaide que le transfert n'a pas à être irrévocable. Elle souligne que, pour les fondations, le législateur, à l'art. 1256 C.c.Q., a exigé l'affectation irrévocable des biens alors que, selon elle, l'art. 1260 C.c.Q. ne pose pas comme exigence que le transfert des biens à la fiducie soit irrévocable. Cet argument ne peut être retenu. D'abord, dans le cas d'une fondation, l'utilisation du verbe "affecte" à l'art. 1256 C.c.Q. nécessite une qualification puisqu'en lui-même, il n'emporte pas un dessaisissement comme c'est le cas pour le mot "transfert" utilisé à l'art. 1260 C.c.Q. De plus, dans le cas d'une fondation, l'actif ne peut jamais être récupéré par le constituant, ce qui rend pertinente l'utilisation du mot "irrévocable". Pour une fiducie, non seulement le constituant peut-il stipuler qu'à la fin de la fiducie, le capital lui soit retourné (art. 1281 C.c.Q.), mais il y a droit lorsqu'il n'a pas nommé de bénéficiaire (art. 1297 C.c.Q.). En conséquence, le mot "irrévocable" n'est ni nécessaire ni approprié dans le contexte d'une fiducie alors qu'il prend tout son sens dans le cas d'une fondation.

[**34**] L'effet juridique du transfert doit être complet. Il s'agit, comme pour un contrat de rente, d'une aliénation de biens, opération juridique qui ne survient que lors de la liquidation de l'actif à la date d'échéance du Régime. »

- Quant à la deuxième condition exigeant une affectation à une fin particulière, la Cour conclut que l'affectation à une fin particulière ne survenait qu'à l'échéance du régime puisque ce n'était qu'au moment où le produit de la liquidation de l'actif était affecté à une rente :

« *(2) Affectation à une fin particulière*

[**35**] La clause 6 du Régime mentionne bien que le fiduciaire affecte le produit de liquidation de l'actif de manière que le propriétaire-rentier reçoive un revenu de retraite. Cette affectation ne survient cependant qu'à la date d'échéance :

> "À la date d'échéance, le fiduciaire liquide l'actif du régime et affecte le produit, déduction faite des coûts, frais, dépenses et débours applicables, de manière que le rentier reçoive un revenu de retraite sous forme de rente..."

[**36**] Ainsi, pour la période qui nous occupe, soit avant la date d'échéance, l'actif n'est pas affecté à la rente. Il demeure à l'entière disposition du propriétaire-rentier. »

- Enfin, la Cour conclut que la troisième condition d'existence d'une fiducie, soit l'acceptation par le fiduciaire, n'était pas remplie puisque les clauses du régime ne donnaient pas au fiduciaire la maîtrise et l'administration exclusive du patrimoine fiduciaire :

« *(3) Acceptation par un fiduciaire*

> [**37**] Selon la clause 3 du Régime, les décisions quant aux investissements sont l'apanage exclusif du propriétaire-rentier. Les seules contraintes du propriétaire-rentier sont liées à des formalités administratives. Cette même clause précise que la seule obligation de Scotia est d'exécuter les directives de placement et de conserver l'actif. Ce rôle limité diffère de celui incombant au fiduciaire en vertu du C.c.Q. En effet, dans une fiducie, le fiduciaire a la maîtrise et l'administration exclusive du patrimoine fiduciaire (art. 1278 C.c.Q.). Si l'acte de constitution peut délimiter le cadre d'action du fiduciaire, dès le moment de l'acceptation de la fiducie par le fiduciaire, le constituant perd la maîtrise et l'administration de l'actif. L'étendue des pouvoirs accordés à un fiduciaire ne peut être limitée au point d'en dénaturer la charge (M. Cantin Cumyn, *Traité de droit civil : L'administration du bien d'autrui* (2000), p. 241). L'acceptation de la fiducie dessaisit donc le constituant et charge le fiduciaire de l'administration des biens (art. 1265 C.c.Q.). La seule restriction imposée au fiduciaire est une surveillance de son administration par le constituant et le bénéficiaire (art. 1287 C.c.Q.). Le constituant ou le bénéficiaire peuvent agir comme fiduciaire, mais dans ce cas, ils doivent agir conjointement avec un tiers (art. 1275 C.c.Q.), condition qui n'est pas respectée par le Régime.
>
> [38] En somme, aux termes du Régime, les droits et responsabilités du fiduciaire et du propriétaire-rentier sont inversés par rapport à ceux prévus au C.c.Q. pour le fiduciaire et le constituant. Le détenteur de l'actif du Régime n'a de fiduciaire que le nom. »

- Pour toutes ces raisons, la Cour conclut que le REÉR n'était pas constitutif d'une fiducie et ce, malgré l'élargissement du concept de fiducie en vertu du *Code civil du Québec* par rapport à ce qui prévalait sous l'empire du *Code civil du Bas-Canada*. De plus, la juge Deschamps affirme, en concluant, que l'argument voulant que le régime constitue une fiducie est incompatible avec la notion même du patrimoine d'affectation et que, de toute façon, les droits patrimoniaux du constituant sont saisissables comme tout droit patrimonial personnel :

> « [**39**] L'argument voulant que le Régime constitue une fiducie semble plus dicté par des considérations d'opportunité que par un lien avec la structure du Régime ou par une recherche de cohérence juridique. En fait, l'argument fondé sur la fiducie s'intègre mal à celui de la rente plaidé à la Cour supérieure. Les deux qualifications juridiques sont incompatibles puisque, dans un contrat de rente, le débirentier est obligé personnellement au paiement alors que, dans une fiducie, le fiduciaire n'a aucune obligation personnelle envers le bénéficiaire, les redevances devant être prélevées à même l'actif de la fiducie. En conséquence, même si les deux contrats ont en commun l'exigence d'une aliénation de capital, les obligations qui en découlent sont loin d'être similaires.
>
> [**40**] L'argument de la fiducie constitue d'ailleurs, jusqu'à un certain point, un mirage. Le patrimoine de la fiducie ne peut être saisi pour les dettes du constituant ou du bénéficiaire parce que les biens ne leur appartiennent pas. Par contre, les droits patrimoniaux que le bénéficiaire ou le constituant détiendraient

> en vertu du contrat de fiducie sont saisissables comme tout droit patrimonial personnel.
>
> [**41**] Au surplus, prêter une oreille favorable à un élargissement de la fiducie pour inclure un contrat par lequel une partie se réserve le droit de conclure des opérations touchant l'actif constituerait, à mon avis, une erreur. En 1991, le législateur a voulu intégrer un mécanisme plus flexible que celui prévu au C.c.B.C., mais il n'a sûrement pas voulu créer un véhicule où le constituant peut à son gré utiliser l'actif du patrimoine d'affectation, allant même jusqu'à se l'approprier. La notion même de patrimoine d'affectation serait minée et n'aurait plus de raison d'être. La réforme de la fiducie de droit civil répondait à un besoin réel. Le code permet maintenant d'utiliser ce mécanisme en dehors du contexte des libéralités, carcan imposé par le C.c.B.C. Le modèle de la fiducie ne peut cependant être travesti pour incorporer des contrats où le constituant conserve tous les droits sur le patrimoine. Je conclus donc que le Régime n'a pas les caractéristiques d'une fiducie. »

La décision *Legault (Syndic de)*

- Dans *Legault (Syndic de)*[64], la Cour supérieure a d'abord jugé que les distinctions factuelles entre cette affaire et l'affaire *Thibault* ne sont pas assez significatives pour empêcher d'appliquer l'arrêt *Thibault*.

- En citant intégralement plusieurs paragraphes du jugement de la Cour suprême, le tribunal en vient à la conclusion que le régime ne pourrait pas constituer une fiducie.

La décision *Pierre Roy & Associés inc. c. Bagnoud*

- Dans *Pierre Roy & Associés inc. c. Bagnoud*[65], qui a suivi l'affaire *Thibault*, la Cour d'appel conclut que le régime se qualifie comme une fiducie et, par conséquent, est insaisissable :

> « [29] La constitution d'une fiducie est régie par l'art. 1260 C.c.Q. :
>
> > "**1260.** La fiducie résulte d'un acte par lequel une personne, le constituant, transfère de son patrimoine à un autre patrimoine qu'il constitue, des biens qu'il affecte à une fin particulière et qu'un fiduciaire s'oblige, par le fait de son acceptation, à détenir et à administrer."
>
> [**30**] Trois conditions sont donc nécessaires pour la constitution d'une fiducie :

---

64 J.E. 2004-1555 (C.S.).

65 [2005] R.J.Q. 1378 (C.A.).

(i) Un transfert de bien du patrimoine du constituant à un autre patrimoine;

(ii) L'affectation du bien transféré à une fin particulière;

(iii) L'acceptation par un fiduciaire de l'obligation de détenir ce bien et de l'administrer.

[**31**] L'aliénation est le seul point commun entre la constitution d'une rente et la constitution d'une fiducie. Tel qu'indiqué précédemment, les documents contractuels révèlent que l'intimée a transféré en juillet 1998, un capital de plus de 68 000 $ à la Compagnie de Fiducie du Groupe Investors Ltée, une société de fiducie au sens de la LSFSE.

[**32**] L'affectation du capital est clairement pour une fin particulière, bien indiquée dans le document de constitution, à savoir l'achat d'une rente ou d'un autre véhicule assurant une sécurité à la retraite (REÉR, RPA, …).

[**33**] Finalement, il ressort des documents que le fiduciaire a accepté de détenir le montant qui lui a été confié et de l'administrer.

[**34**] En résumé, il y a eu constitution d'une fiducie. Le capital transféré ne fait donc pas partie du patrimoine de l'intimée car il est devenu un patrimoine distinct (art. 1261 C.c.Q.). »

- La Cour d'appel, dans *Pierre Roy & Associés inc. c. Bagnoud*[66], conclut que l'existence d'un droit limité de donner des instructions en matière d'investissements n'est pas incompatible avec l'existence d'une véritable fiducie :

« [**35**] Le syndic fait cependant valoir que ce capital demeure saisissable car le fiduciaire n'a pas la complète administration du montant qui lui a été confié puisque l'intimée peut préciser les investissements qui peuvent être faits par lui.

[**36**] Il ressort de la preuve que l'intimée ne peut indiquer qu'une préférence parmi des véhicules d'investissement préalablement choisis par Investors. Une fois cette préférence manifestée, le fiduciaire agit en conséquence. En tout temps le montant transféré demeure sous le contrôle du fiduciaire qui en détient les titres et autres manifestations d'administration. De plus, l'intimée ne peut décider du moment de la vente des biens investis; cela reste la responsabilité du fiduciaire conseillé par Investors.

[**37**] L'existence de ce droit limité de donner des instructions en matière d'investissements est compatible avec l'existence d'une véritable fiducie. Sur ce

---

66 [2005] R.J.Q. 1378 (C.A.).

point, je fais miens les commentaires suivants de Me John B. Claxton, « The Quebec R.R.S.P. and *Bank of Nova Scotia* v. *Thibault* », (2003) 63 R. du B. 255, à la p. 274 :

[…]

[**38**] À mon avis, la situation s'apparente à celle où, au moment de la constitution de la fiducie, le constituant précise les investissements autorisés. Par la suite, personne ne met en doute que le fiduciaire a la pleine gestion et l'administration du montant qui lui est confié, tout en reconnaissant qu'il doit respecter les contraintes imposées.

[**39**] En l'instance, au lieu d'avoir des véhicules d'investissement désignés à l'avance, ceux-ci sont précisés en cours de fiducie. Il importe cependant de mentionner que ces véhicules sont organisés ou choisis par Investors, le conseiller financier du fiduciaire, et que l'intimée ne peut qu'indiquer une préférence à l'intérieur de ces véhicules. En d'autres mots, le véritable choix est fait par Investors.

[**40**] En résumé, ce droit limité de donner des instructions en matière d'investissements me semble ne pas remettre en cause l'existence de la fiducie ni le fait que le contrôle et l'administration de celle-ci sont l'apanage du fiduciaire. »

- De plus, pour une analyse de l'impact de l'arrêt *Thibault* sur les fiducies, nous référons le lecteur à l'article de M[es] Julie LORANGER et Diane BRUNEAU, « La fiducie de droit civil à la lumière de l'arrêt *Thibault* »[67].

- Le texte de M[e] John B. Claxton[68], précédant la décision de la Cour suprême, est également pertinent :

« **(4) Right to Direct Investments**

34. In *Scotia McLeod*, the Supreme Court of Canada noted that decisions respecting investments were the exclusive prerogative of Mr. Thibault (para. 37). One is tempted to infer from this, although the Court did not expressly hold, that this limitation on the role of the trustee impeded his essential control and exclusive administration. The Court made no reference to the significant Quebec Court of Appeal decision of 1996 in *Darling et al*. v. *Le Sous-ministre du Revenu du Québec*. It held that, in an *inter vivos* gratuitous

---

67 Diane BRUNEAU et Julie LORANGER, « La fiducie de droit civil à la lumière de l'arrêt *Thibault* », dans *Colloque – Les fiducies*, 147, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2005, pp. 1:1-23.

68 John B. CLAXTON, « The Quebec R.R.S.P. and *Bank of Nova Scotia* v. *Thibault* », (2003) 63 *R. du B.* 255, p. 274.

trust under article 981a of the C.C.L.C., the reservation of the right to direct the trustee to make the investments did not impede the characterization of the gift as a trust. In it Mr. Justice Biron said:

> "On ne nous a cité aucun autre auteur qui a soutenu la proposition que la réserve, par le constituant, d'un certain contrôle sur l'administration du fiduciaire empêche la formation du contrat de fiducie, et mes recherches ne m'ont pas permis d'en trouver non plus. Il ne me semble pas que les auteurs aient porté leur attention sur cet aspect de la question et les tribunaux en seraient saisis pour la première fois."[1]

35. Where a transfer of property has taken place, nothing in the text of the new law of trusts would suggest that this is no longer sound law. The trust under both the C.C.L.C. and the C.C.Q. involved a divestiture by the settlor of the trust property. Mr. Justice Biron added that any direction to be given by the settlor to the trustee would be subordinate to the obligation of the trustee to act as a *bon père de famille*, and that in consequence could be refused by the trustee. In a given case the cautious practitioner could ensure that there is not impediment to *control and exclusive administration*, by framing an investment clause with words like "the trustee shall seek the advice, and consistent with prudent administration, endeavour to follow, the investment suggestions of the settlor or his professional adviser approved by the trustee", etc. »

4. INSAISISSABILITÉ DÉCOULANT DE LA PROVENANCE DES FONDS

LES FONDS DE PENSION OU AUTRES PRESTATIONS INSAISISSABLES

- Le REÉR peut également être insaisissable si les sommes détenues y ont été versées à même des sommes provenant d'un fonds de pension insaisissable.

- En vertu du paragraphe 7 de l'article 553 du *Code de procédure civile* du Québec, les prestations accordées au titre d'un régime complémentaire de retraite auquel cotise un employeur sont insaisissables :

> « **553.** Sont insaisissables :
>
> [...]
>
> **7.** Les prestations accordées au titre d'un régime complémentaire de retraite auquel cotise un employeur pour le compte de ses employés, les autres sommes déclarées insaisissables par une loi régissant ces régimes ainsi que les cotisations qui sont ou doivent être versées à ces régimes; »

- En effet, plusieurs lois particulières déclarent insaisissables les régimes de pensions et les caisses de retraites ou autres prestations :

- *Loi sur le régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics*[69];

- *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*[70];

- *Loi sur les régimes de retraite des enseignants*[71];

- *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*[72];

- *Loi sur le régime de rentes du Québec*[73];

- *Régime de pensions du Canada*[74];

- *Loi sur les allocations d'aide aux familles*[75];

- *Loi sur l'assurance automobile*[76];

- *Loi sur l'assurance-maladie*[77];

- *Loi sur les cités et villes*[78];

- *Loi sur le régime de retraite des maires et des conseillers*[79];

---

69 L.R.Q., c. R-10. L'article 222 se lit comme suit : « Toutes sommes payées ou remboursées en vertu des titres I, IV à IV.2 sont incessibles et insaisissables. »

70 L.R.Q., c. R-15.1, art. 264.

71 L.R.Q., c. R-11, art. 72.4 et 77.

72 L.R. 1985, ch. C-17. Le paragraphe 14 c) énonce que « les prestations visées à la présente partie ou aux parties I.1 ou III sont, en droit ou en équité, exemptes d'exécution de saisie et de saisie-arrêt ».

73 L.R.Q., c. R-9, art. 145.

74 L.R. 1985, ch. C-8.

75 L.R.Q., c. A-17, art. 16.3.

76 L.R.Q., c. A-25, art. 28.

77 L.R.Q., c. A-29, art. 90.

78 L.R.Q., c. C-19, art. 66.

79 L.R.Q., c. R-16, art. 31.

- *Loi sur les conditions de travail et le régime de retraite des membres de l'assemblée nationale*[80];

- *Loi sur le régime de retraite des fonctionnaires*[81];

- *Loi sur les tribunaux judiciaires*[82];

- *Loi sur le régime de retraite des agents de la paix en services correctionnels*[83].

LES CRITÈRES PERMETTANT DE CONSERVER L'INSAISISSABILITÉ DES FONDS

- Les critères relativement à l'insaisissabilité découlant de la provenance des fonds ont été énoncés par la Cour suprême dans *Poulin c. Serge Morency et Associés inc.*[84].

- Comme le professeur Jacques Deslauriers[85] le mentionne, il n'y a pas d'insaisissabilité résultant de la provenance des fonds à moins qu'un texte spécifique ne le prévoit, ce qui est le cas pour l'article 98 de la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite* :

> « Si, après avoir contribué à la caisse de retraite de l'entreprise où il était employé, un failli quitte l'entreprise et fait transférer l'argent accumulé dans un REÉR, enregistré en vertu de *La Loi sur les régimes complémentaires de retraite*, ces fonds demeurent incessibles et insaisissables, car ils sont accumulés dans un fonds de pension protégé. Cette protection découle de l'article 264 L.r.cr.: elle vise les cotisations des salariés et des employeurs, toute somme remboursée ou toute prestation versée en vertu du régime de retraite ou de la présente loi et qui provient de cotisations salariales ou patronales. Quant à l'article 98 L.r.c.r., il protège le capital de retraite immobilisé retiré.
>
> Il faut cependant être prudent, car la protection résultant des articles 98 et 264 L.r.cr. ne s'applique pas nécessairement de la même façon dans le cas des fonds accumulés dans le régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics (RREGOP). Celui qui retire des sommes accumulées dans

---

80 L.R.Q., c. C-52.1, art. 50.

81 L.R.Q., c. R-12.

82 L.R.Q., c. T-16, art. 244.13, 246.14.5 et 246.19.

83 L.R.Q., c. R-9.2, art. 125.4 et 144.

84 [1999] 3 R.C.S. 351.

85 J. DESLAURIERS, *op. cit*., note 9.

un fonds protégé pour les encaisser peut les rendre ainsi saisissables et fait cesser cette protection. Ainsi en sera-t-il du débiteur qui transfère les sommes de son régime de retraite gouvernemental dans un régime de retraite autogéré: le dessaisissement de son capital permettant l'insaisissabilité a cessé puisqu'il peut dorénavant le retirer en tout ou en partie sans mettre fin au contrat. Selon la Cour suprême dans *Paulin c Morency*, il n'y a pas d'insaisissabilité résultant de la provenance des fonds à moins qu'un texte spécifique ne le prévoie, ce qui est le cas pour l'article 98 L.r.c.r. Pour prolonger cette insaisissabilité, l'employé gouvernemental doit replacer ces fonds dans des fonds protégés contre les saisies.

Les prestations versées après la retraite peuvent être saisissables. Les prestations versées en vertu du Régime des rentes du Québec (L.R.Q., c. R-9, art. 145) ou du Régime des pensions du Canada sont, elles aussi, insaisissables. Cependant, ces prestations feront éventuellement partie du revenu qu'il faudra comptabiliser pour appliquer l'article 68 L.f.i. concernant le revenu excédentaire que le failli devra verser au syndic. Ces revenus seront cependant saisissables dans une proportion de 50 % s'il s'agit de dettes alimentaires (art. 553 *in fine* C.p.c). »

- L'article 264 de la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite* permet aux fonds de conserver leur caractère d'insaisissabilité lors d'un transfert des sommes dans un REÉR :

« **264.** Sauf dispositions contraires de la loi, est incessible et insaisissable:

1° toute cotisation salariale ou patronale versée ou qui doit être versée à la caisse de retraite ou à l'assureur, ainsi que les intérêts accumulés;

2° toute somme remboursée ou toute prestation versée en vertu d'un régime de retraite ou de la présente loi et qui provient de cotisations salariales ou patronales;

3° toute somme attribuée au conjoint du participant à la suite d'un partage ou d'une autre cession de droits visés au chapitre VIII, avec les intérêts accumulés, ainsi que les prestations constituées avec ces sommes.

Sauf dans la mesure où elles proviennent de cotisations volontaires, l'incessibilité et l'insaisissabilité valent également à l'égard des sommes susmentionnées qui ont fait l'objet d'un transfert dans un régime de retraite visé à l'article 98, avec les intérêts accumulés, de tout remboursement de ces sommes et de toute prestation en résultant, ainsi qu'à l'égard de la rente ou du paiement ayant remplacé une rente en application de l'article 92. »

- D'après la Cour suprême, lorsque le législateur québécois a voulu étendre l'insaisissabilité de certaines sommes provenant d'un régime de retraite au REÉR dans lequel elles avaient été transférées, il l'a fait expressément et de façon claire. Par l'effet combiné des articles 264 et 98 de la *Loi sur les*

régimes complémentaires de retraite et de l'article 28 du *Règlement*, le caractère insaisissable de certaines sommes détenues dans un régime de retraite régi par cette loi peut donc être reporté sur un REÉR. Cependant, dans *Poulin c. Serge Morency et Associés inc.*[86], le Régime de retraite auquel l'appelant a cotisé n'est pas régi par la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite* et la *Loi sur le régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics* ne comprend aucune disposition prévoyant le report du caractère insaisissable des sommes remboursées sur un REÉR. Les sommes cotisées par l'appelant dans le REÉR n'ont donc pas conservé leur caractère d'insaisissabilité :

« **E. Insaisissabilité engendrée par la provenance des fonds**

[**35**] L'appelant soutient en outre qu'un REÉR peut acquérir un caractère insaisissable si les fonds qui y ont été versés étaient eux-mêmes insaisissables en vertu d'une loi particulière. Je ne peux accepter cet argument. Cela équivaudrait à étendre arbitrairement le sens de l'expression "sommes payées ou remboursées" et à créer une nouvelle catégorie de biens insaisissables. Cela irait également à l'encontre de la règle selon laquelle on doit interpréter restrictivement les cas d'insaisissabilité qui sont, rappelons-le, des cas d'exception.

[**36**] La position de l'appelant, à savoir qu'il existe des biens insaisissables de par la provenance des fonds ayant servi à les acquérir, pose le problème de circonscrire la protection accordée par une déclaration d'insaisissabilité. En effet, où tirer la ligne? Le caractère insaisissable perdure-t-il à jamais, peu importe l'utilisation qui est faite des sommes déclarées insaisissables? L'opération de reporter sur un REÉR ou sur quelque chose d'autre le caractère d'insaisissabilité de certaines sommes, ainsi que le concept même de "provenance des fonds", font nécessairement appel aux règles de l'emploi et du remploi et même, pourrait-on soutenir, de la subrogation réelle puisque "le bien nouveau prend la place du bien ancien pour être soumis à la même condition juridique" : voir J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 3, *Les biens* (14e éd. 1991), à la p. 118. Le remploi est d'ailleurs décrit comme étant "une application particulière de la subrogation réelle" : voir L. Baudouin, *Le droit civil de la province de Québec* (1953), à la p. 1035. Or, bien qu'il existe une règle générale de subrogation personnelle en droit civil (art. 1154 *C.c.B.C.*, art. 1651 *C.c.Q.*), notre droit ne connaît pas de principe général de subrogation réelle et n'en fait que des applications fragmentaires: voir le par. 450(3) *C.c.Q.* concernant les biens propres des époux et l'art. 2497 *C.c.Q.* portant sur le versement de l'indemnité d'assurance aux créanciers titulaires d'une hypothèque sur le bien endommagé. Voir également Carbonnier, *op. cit.*, à la p. 118; V. Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français* (1985), à la p. 21; F. Terré et P. Simler, *Droit civil — Les biens* (5e éd. 1998), aux pp. 334 à 337. De plus, les cas d'emploi et de remploi sont exceptionnels et prévus expressément dans la loi

[86] [1999] 3 R.C.S. 351.

(voir par exemple l'art. 418 *C.c.Q.* en matière de patrimoine familial, les art. 1230 et 1244 *C.c.Q.* en matière de substitution et les art. 450 et 451 *C.c.Q.* en matière de société d'acquêts). Rien de tel n'est prévu dans le cas qui nous occupe et on ne peut raisonnablement interpréter l'expression «sommes payées ou remboursées» de façon à créer un nouveau cas d'emploi ou de remploi et à protéger contre la saisie toute utilisation de ces sommes.

[**37**] Lorsque le législateur québécois a voulu étendre l'insaisissabilité de certaines sommes provenant d'un régime de retraite au REÉR dans lequel elles avaient été transférées, il l'a fait expressément et de façon claire. Ainsi l'art. 264 de la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite* prévoit :

[…]

Par l'effet combiné des art. 264 et 98 de la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite* et de l'art. 28 du *Règlement*, le caractère insaisissable de certaines sommes détenues dans un régime de retraite régi par cette loi peut donc être reporté sur un REÉR. Comme je l'ai déjà souligné au par. 19 des présents motifs, le Régime de retraite auquel l'appelant a cotisé n'est pas régi par la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite* et la *Loi sur le régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics* ne comprend aucune disposition prévoyant le report du caractère insaisissable des sommes remboursées sur un REÉR. »

- Dans *Doughan c. Abitibi-Consolidated Inc.*[87], la Cour supérieure a appliqué l'article 264 de la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite* et les principes de l'arrêt *Poulin c. Serge Morency et Associés inc.*[88] :

« [**31**] L'argument de Abitibi voulant que, dès le paiement des prestations, celles-ci ne soient plus protégées et deviennent saisissables, doit être rejeté.

[**32**] Les deux arrêts de la Cour suprême du Canada sur lesquels Abitibi prend appui ne lui sont d'aucun secours. Dans l'arrêt Poulin, l'employé avait cessé sa participation à un régime, qui comportait une protection d'insaisissabilité, et obtenu une remise de capital qui a été transférée dans un REÉR. Le véhicule choisi n'étant plus un régime de retraite que la loi déclare insaisissable, la protection ne peut plus être invoquée. Lorsqu'un participant reçoit la valeur des droits accumulés par la remise du capital correspondant, il perd son droit de créance à l'égard de ce régime.

[**33**] Dans l'arrêt Thibault, la Cour suprême confirme que la protection d'insaisissabilité, décrétée pour les droits découlant d'un régime de retraite,

---

87 J.E. 2004-1864 (C.S.).

88 [1999] 3 R.C.S. 351.

cesse lorsque le capital est intégré au patrimoine de l'employé, notamment parce que les fonds ne sont plus immobilisés.

[**34**] Le capital, auquel il est fait référence dans ces deux arrêts, correspond à la valeur des droits que l'employé avait accumulés lors de la cessation de sa participation dans le Régime, et non pas de prestations qui lui sont versées alors qu'il demeure un participant à un régime protégé.

[**35**] Ces situations sont différentes de celle de Doughan qui continue sa participation au Régime de base dont il reçoit les prestations prévues par ce contrat.

[**36**] À l'article 264 de la LRCR, le législateur a clairement spécifié son intention d'accorder une protection d'insaisissabilité aux prestations versées au terme d'un régime visé par la LRCR.

[**37**] Le tribunal conclut que les prestations du Régime de base versées à Doughan sont insaisissables et ne sont pas sujettes à compensation. »

- Dans *Marché Bernard Lemay inc. c. Beljaars*[89], la Cour supérieure a appliqué l'article 264 de la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite* :

« [**41**] Il semble évident que l'article 264 de la LRCR, jumelé à l'article 553.7 C.p.c. qui traite aussi de l'insaisissabilité, conférant ce caractère aux droits accordés au titre d'un régime de retraite, doivent primer sur toutes autres dispositions moins pertinentes ou moins spécifiques parce que plus générales, comme les articles du Code civil sur le sujet et dont nous avons traité.

[**42**] Ainsi, il faut retenir que la seule interprétation logique des deux articles précités, avec égards pour les avis contraires, est que si des fonds ont été accumulés légalement et valablement dans un régime qui jouissait de la protection de la loi contre toute saisie avant qu'il ne soit encaissé, et même peut-être par la suite si l'interprétation de la défenderesse en garantie doit être retenue, ce caractère d'insaisissabilité doit se continuer s'il y a changement de contrat par obligation, comme ici, vu la mise à pied.

[**43**] Le défendeur n'a pas changé de contrat de rente ou de régime de retraite parce qu'il le voulait, mais bien parce qu'il devait le faire, n'étant plus employé de Birks.

[**44**] Il a alors choisi de suivre les conseils d'experts dans le domaine et ces derniers ont supervisé le transfert des sommes dans deux contrats différents au lieu d'un seul, tant parce que les sommes payables au crédirentier par l'ancien fiduciaire ont été versées en deux versements vu la déconfiture de Birks, que par suite d'un changement dans la loi en 1990 (article 295 de la LRCR).

---

89 [2003] R.J.Q. 1557 (C.S.).

[**45**] L'existence de ces deux contrats en apparence différents ne change donc rien !

[**46**] De plus, la preuve révèle que les trois conditions examinées dans la jurisprudence citée se retrouvent dans les deux cas :

- La bénéficiaire est l'épouse du crédirentier ;

- La tierce saisie est une compagnie d'assurance sur la vie ;

- Sauf dans certains cas d'exception limités, le capital ne peut être repris, a été aliéné ;

[**47**] Ainsi, le soussigné est d'avis que les fonds du défendeur n'ont jamais perdu leur caractère d'insaisissabilité entre chez le fiduciaire de Birks (compagnie du Trust Royal) et L'Industrielle qui les détient encore pour le compte du bénéficiaire, la conjointe du crédirentier.

[**48**] Ces argents sont donc insaisissables et la saisie pratiquée en l'instance par la demanderesse est sans fondement et doit donc être cassée. »

- Voici comment le professeur Deslauriers résume l'insaisissabilité provenant de la provenance des fonds[90] :

« Une somme accumulée à l'abri des créanciers, dans un véhicule financier auquel la loi accorde le bénéfice d'insaisissabilité, et transférée dans un REÉR saisissable peut conserver son caractère insaisissable seulement si la loi créant le régime prévoit, clairement et sans équivoque, que en cas de transfert dans un tel véhicule, la somme conserve son caractère insaisissable. Nous avons vu que c'était le cas pour les fonds accumulés en vertu de la *Loi sur les régimes complémentaires de rente*. Dans le cas contraire, – c'est le cas des sommes accumulées dans le fonds de retraite des fonctionnaires du gouvernement du Québec, créé par la *Loi sur le régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics* – vu que les principes généraux de subrogation réelle ou de remploi n'existent pas en droit québécois en l'absence d'une disposition législative claire, aucune insaisissabilité ne peut découler de la simple provenance des fonds. Les sommes accumulées à l'abri des créanciers et du syndic devront donc être transférées dans un REÉR insaisissable si l'on veut qu'elles conservent leur caractère insaisissable.

L'insaisissabilité d'un REÉR a cependant été reconnue dans l'arrêt *Re Moysey*, où le débiteur avait retiré son fonds de pension des Forces armées canadiennes (ce fonds étant exempt de saisie) et l'avait transféré dans un régime d'épargne-retraite insaisissable. »

---

90 J. DESLAURIERS, *op. cit*., note 9.

- À l'inverse, un créancier qui transférerait un régime saisissable vers un régime insaisissable pourrait faire annuler ce transfert pour le motif qu'il s'agit d'une « disposition » visée par l'article 91 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* :

> « **91.** (1) Est inopposable au syndic la disposition faite au cours de la période allant du premier jour de l'année précédant l'ouverture de la faillite jusqu'à la date de la faillite inclusivement.
>
> (2) Est inopposable au syndic la disposition faite au cours de la période allant du premier jour de la cinquième année précédant l'ouverture de la faillite jusqu'à la date de la faillite inclusivement, si le syndic peut prouver que, sans les biens visés, le disposant ne pouvait, au moment de la disposition, payer toutes ses dettes ou ne s'était pas départi de ses droits sur ces biens.
>
> (3) Le présent article ne s'applique pas à une disposition faite de bonne foi et pour contrepartie valable, en faveur d'un acheteur ou d'un créancier hypothécaire. »

C. LES DROITS DU SYNDIC

DROIT D'EXERCER LA VALEUR DE RACHAT

- Dans *Perron-Malenfant*[91], la Cour suprême a conclu que le syndic avait le droit d'exercer le rachat de la police puisque le bénéficiaire n'était pas l'une des personnes mentionnées aux articles 2552 et 2554 *C.c.B.-C.* (2457 et 2458 *C.c.Q.*) :

> « En conclusion, eu égard à leur libellé, à leur historique législatif et à la politique qui les sous-tend, je crois que le législateur québécois a voulu adopter, aux articles 2552 et 2554 un code complet et exclusif régissant l'insaisissabilité des contrats d'assurance-vie qui supplanteraient les règles plus générales prévues ailleurs dans le *Code civil* ou dans la jurisprudence. Ce code provincial exclusif d'insaisissabilité est visé par l'alinéa 67(1)b) de la *Loi sur la faillite*. Étant donné que la police de l'intimé ne répond pas aux critères de l'une ou l'autre des deux seules dispositions prévoyant l'insaisissabilité, le Syndic a le droit de saisir la police et d'exercer le droit de rachat afin d'en obtenir la valeur de rachat. »

- En 2005, M^e^ Jean-François Michaud résume l'état du droit concernant le droit du syndic d'exercer la valeur de rachat d'une police d'assurance-vie

---

91 [1999] 3 R.C.S. 375.

et il conclut que les principes énoncés dans l'affaire *Perron-Malenfant* rendue par la Cour suprême en 1999 s'appliquent toujours[92] :

> « Le principe veut que le patrimoine du débiteur soit le gage commun de ses créanciers. L'insaisissabilité est l'exception. Les créanciers peuvent donc saisir les actifs faisant partie du patrimoine de leur débiteur. Cela inclut-il le droit de racheter une police d'assurance vie? Les créanciers peuvent-ils exercer au nom de leur débiteur le droit de racheter cette police? Y a-t-il lieu de faire une distinction entre les créanciers ordinaires et le syndic à une faillite?
>
> Il était bien établi, dans le passé, que le rachat d'une police était un droit personnel, que seul le titulaire de la police pouvait exercer, conformément à l'article 1031 du *Code civil Bas-Canada* (C.c.B.-C.), maintenant l'article 1627 du *Code civil du Québec* (C.c.Q.).
>
> Un créancier ordinaire ne pouvait donc jamais exercer la faculté de rachat en lieu et place du débiteur. Est-ce différent pour le syndic à la faillite du titulaire de la police ? En effet, le syndic qui agit pour la masse des créanciers a également la saisine des biens du failli. Ce faisant, peut-il exercer les droits du failli?
>
> La Cour d'appel a répondu par la négative dans l'affaire *Perron - Malenfant* c. *Malenfant (Syndic).* Monsieur le juge Baudouin rappelle le principe que les créanciers ne peuvent jamais exercer à leur profit des droits purement personnels de leur débiteur. Il ajoute :
>
> > "En cas de faillite, comme le syndic ne peut avoir plus de droits que ceux que les créanciers avaient, il m'apparaît clair que le syndic ne peut exercer aux nom et place du failli le droit de demander la valeur de rachat des polices d'assurance-vie. La *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ne saurait, à moins d'une disposition spécifique à cet effet, lui conférer plus de droit."
>
> Ainsi, la Cour d'appel était d'avis qu'un syndic, tout comme les créanciers ordinaires, ne pouvait avoir droit à la valeur de rachat d'une police.
>
> Toutefois, ce jugement a été infirmé par la Cour suprême. Rappelons brièvement les faits. La titulaire intimée avait souscrit une police d'assurance sur la vie de son époux et s'était désignée bénéficiaire révocable. La titulaire et son époux furent mis en faillite. Le syndic voulut exercer le droit de racheter la police au nom de la titulaire. Le juge Gonthier, qui a rendu les motifs au nom de la Cour, analyse l'historique législatif des articles 2552 et 2554 C.c.B.-C., maintenant 2457 et 2458 C.c.Q., pour conclure que le législateur a voulu créer un régime exhaustif, de par l'adoption de ces articles, des règles relatives à l'insaisissabilité des contrats d'assurance vie. Il écrit :

---

92 J.-F. MICHAUD, *op. cit*., note 22.

> "Il est donc clair que le législateur voulait que les dispositions empêchent la saisie de *tous* les droits conférés par les contrats qui en relèvent, *particulièrement* le droit de rachat. En même temps, le législateur a expressément prévu que seuls les droits conférés par les deux catégories de police décrites étaient insaisissables. À l'inverse, il est normal de conclure que les droits conférés par toutes les autres polices, y compris le droit à leur valeur de rachat son saisissables."

Comme la titulaire s'était désignée bénéficiaire révocable, elle ne pouvait bénéficier de la protection accordée par les articles 2552 et 2554 C.c.B.-C. (2457 et 2458 C.c.Q.). La Cour suprême a donc conclu que le syndic avait le droit d'exercer le rachat de la police puisque le bénéficiaire n'était pas l'une des personnes mentionnées aux articles 2552 et 2554 C.c.B.-C.

Ainsi, le jugement de la Cour suprême a mis de côté, en ce qui concerne la saisissabilité des polices d'assurance vie, toute référence à l'article 1031 C.c.B.-C. (1627 C.c.Q.). Dorénavant, les créanciers et le syndic ne peuvent plus se faire opposer l'article 1627 C.c.Q. au motif qu'ils exerceraient un droit personnel du débiteur. Depuis ce jugement, la seule question en cette matière est de déterminer si le bénéficiaire de la police est une personne mentionnée aux articles 2457 et 2458 C.c.Q. Si nous ne sommes pas en présence d'un bénéficiaire qui est le conjoint marié ou uni civilement, l'ascendant ou le descendant du titulaire, ou le bénéficiaire désigné de façon irrévocable (ci-après « bénéficiaire privilégié »), la police sera saisissable autant par un créancier ordinaire qu'un syndic. De la même façon, si le preneur a fait défaut de désigner un bénéficiaire, les créanciers de même que le syndic pourront racheter la police.

Depuis l'affaire *Perron-Malenfant*, le droit sur cette question apparaît clair et c'est ce qui expliquerait probablement le peu de décisions rendues en cette matière au cours des dernières années. »

- Dans deux décisions où la police comportait la désignation d'un bénéficiaire révocable[93], le créancier était en droit de forcer le débiteur à exercer la valeur de rachat de la police, la Cour supérieure a autorisé le syndic à réclamer la valeur d'emprunt de la police.

DROIT DE RÉVOQUER UN BÉNÉFICIAIRE

- Depuis l'affaire *CIBC c. Meltzer*[94], suivi par *Re Proulx*[95], il a été reconnu que l'exception prévue à l'article 67 (1) (b) de la *Loi sur la faillite et*

---

93 *Dans l'affaire de la faillite de : Claude Tousignant et al*., REJB 2003-41652 (C.S.) et *Langlois c. Jean*, [2002] R.L. 273 (C.S.).

94 (1991) 6 C.B.R. (3d) 1.

95 J.E. 93-1293 (C.S.).

l'insolvabilité doit primer sur les droits généraux conférés au syndic par l'article 67 (1) (d). De plus, le syndic ne peut révoquer un bénéficiaire pour rendre saisissable un REÉR. Depuis, l'état du droit n'a pas changé à ce sujet et le texte de Me Hubert Sibre[96] s'applique toujours.

D. LE PROJET DE LOI C-55

- Depuis les dernières années, l'insaisissabilité des REÉR a fait couler beaucoup d'encre et plusieurs demandent que le législateur intervienne afin de clarifier le droit à ce sujet.

- Voir la conclusion de M[e] Jean-François Michaud dans son article intitulé « L'insaisissabilité de certains contrats émis par des assureurs : une mise à jour »[97] :

> « L'affaire *Thibault* a apporté plusieurs éléments de réponse quant à la saisissabilité des REÉR autogérés souscrits auprès d'une société de fiducie. Par contre, ce jugement crée une incertitude importante quant à l'avenir pour les consommateurs qui ont souscrit des REÉR auprès des autres institutions financières. De plus, certaines institutions financières font déjà face à un recours collectif et il faut s'attendre à ce que les tribunaux considèrent que le jugement de la Cour suprême constitue un précédent à leur égard. Pour leur part, les assureurs voudront sûrement distinguer leurs produits de ceux des autres institutions financières et plaider que leurs contrats sont de véritables contrats de rente. Évidemment, les conséquences sont importantes pour les consommateurs. Par exemple, si un contrat de REÉR souscrit auprès d'un assureur n'est pas un véritable contrat de rente, on peut imaginer que cela entraînera des difficultés dans les règlements de successions puisque la désignation de bénéficiaire pourrait être contestée par les héritiers légaux ou testamentaires au motif qu'il s'agit en fait d'une désignation irrégulière. De plus, si ces contrats ne sont ni des contrats de rente ni des contrats d'assurance, que sont-ils ? Bref, les questions entourant la saisissabilité des REÉR ne sont pas réglées et il serait opportun que le législateur intervienne afin d'éviter une autre saga judiciaire. »

- M[e] Haghgouyan demande également une intervention du législateur dans son texte intitulé *L'affaire Thibault et la saisissabilité des fonds détenus dans un régime enregistré d'épargne-retraite*[98] :

---

96 Bernard BOUCHER et Hubert SIBRE, « Analyse de l'étendue des pouvoirs d'un syndic sur le REÉR d'un failli », (1995) n[o] 2 *La revue trimestrielle Assurances*, Montréal, Sodarcan.

97 J.-F. MICHAUD, *op. cit*., note 22.

98 K. NAGHGOUYAN, *op. cit*., note 41.

> « La décision décevante de la Cour suprême dans la présente affaire, qui n'a nullement dissipé les incertitudes engendrées par le contexte législatif actuel, nécessite plus que jamais une intervention par le législateur québécois. Rappelons que depuis 1992, l'Île-du-Prince-Édouard confère à tous les REÉR et fonds enregistrés de revenu de retraite (FERR) une protection contre les saisies. »

- Dans son texte intitulé « *Banque de Nouvelle-Écosse* c. *Thibault* : Précisions concernant la fiducie selon le *Code civil du Québec* »[99], M^e^ Beaulieu remarque que, malgré l'intervention de la Cour suprême, plusieurs questions demeurent sans réponse en matière d'insolvabilité :

> « Plusieurs questions demeurent donc en matière d'insaisissabilité des REÉR régis par les lois québécoises, et ce, malgré l'intervention du législateur en décembre 2002 et deux jugements récents de la Cour suprême. Les cas où un tel REÉR peut être clairement stipulé insaisissable semblent désormais encore plus limités. Les institutions financières devraient donc faire preuve d'une prudence accrue à ce chapitre. De même, les épargnants devraient être conscients du caractère potentiellement saisissable de leur REÉR. »

- Dans son ouvrage intitulé *La faillite et l'insolvabilité au Québec*[100] le professeur Deslauriers fait état de la situation d'inquiétude dans laquelle l'affaire *Thibault* a placé les personnes qui se pensaient protégées par l'insaisissabilité des REÉR :

> « En rendant incertaine l'insaisissabilité des fonds placés dans des REÉR, les décisions *Croft* et *Scotia McLeod* ont suscité de grandes inquiétudes chez les personnes qui se pensaient protégées par l'insaisissabilité des fonds qu'elles avaient placés dans des régimes d'épargne-retraite. Elles appréhendaient de graves difficultés si jamais leurs fonds d'épargne-retraite étaient saisis. Elles se sont considérées induites en erreur en étant ainsi privées d'une protection sur laquelle elles comptaient. Les personnes qui souscrivent à de tels régimes devraient être invitées à renoncer à la clause leur permettant de retirer des sommes avant leur retraite, et les contrats devraient être modifiés en conséquence. Par ailleurs, les personnes dont les fonds ont été saisis pourraient réclamer des dommages. »

- Aujourd'hui, cet état d'inquiétude est amoindri par l'entrée en vigueur de la *Loi modifiant la Loi sur les assurances et la Loi sur les sociétés de fiducie et d'épargne*.

---

[99] Mélanie BEAULIEU, « *Banque de Nouvelle-Écosse* c. *Thibault* : Précisions concernant la fiducie selon le *Code civil du Québec* », (2004), vol. 25, n^o^ 3 *Revue de planification fiscale et successorale* 517-528, p. 528.

[100] J. DESLAURIERS, *op. cit*., note 9.

LA MODIFICATION DE L'ARTICLE 67 DE LA *LOI SUR LA FAILLITE ET L'INSOLVABILITÉ*

- Le Projet de loi C-55 devenue la *Loi édictant la Loi sur le programme de protection des salariés et modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*.

- Avant l'entrée en vigueur du Projet de loi C-55, l'article 67 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* se lit comme suit :

> « **67. (1)** Les biens d'un failli, constituant le patrimoine attribué à ses créanciers, ne comprennent pas les biens suivants :
>
> […]
>
> **67. b)** Les biens qui, à l'encontre du failli, sont exempts d'exécution ou de saisie sous le régime des lois applicables dans la province dans laquelle sont situés ces biens et où réside le failli. Par ces dispositions, c'est le rôle de chaque province d'établir des règles afin de déterminer quels sont les biens insaisissables. »

- Le paragraphe 57 (1) du Projet de loi C-55 modifie l'article 67 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et les règles d'insaisissabilité des REÉR :

> « **57. (1) Les alinéas 67(1) *b*) et *b.1*) de la même loi sont remplacés par ce qui suit :**
>
> *b*) les biens — autres que les biens qui sont détenus dans un régime enregistré d'épargne-retraite ou un fonds enregistré de revenu de retraite, au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu* — qui, selon le droit applicable dans la province dans laquelle ils sont situés et où réside le failli, ne peuvent faire l'objet d'une mesure d'exécution ou de saisie contre le failli;
>
> *b.1*) dans les circonstances prescrites, les paiements faits au failli au titre de crédits de taxe sur les produits et services;
>
> *b.2*) dans les circonstances prescrites, les paiements prescrits qui sont faits au failli relativement aux besoins essentiels de personnes physiques et qui ne sont pas visés aux alinéas *a*) et *b*);
>
> *b.3*) sous réserve des conditions et restrictions prescrites, les biens détenus dans un régime enregistré d'épargne-retraite ou un fonds enregistré de revenu de retraite, au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, à l'exception des cotisations au régime ou au fonds effectuées au cours des douze mois précédant la date de la faillite ou de la période plus longue précisée par le tribunal,
>
> **(2) L'alinéa 67(1)*c*) de la même loi est remplacé par ce qui suit :**

> *c*) tous les biens, où qu'ils soient situés, qui appartiennent au failli à la date de la faillite, ou qu'il peut acquérir ou qui peuvent lui être dévolus avant sa libération, y compris les remboursements qui lui sont dus au titre de la *Loi de l'impôt sur le revenu* relativement à l'année civile — ou à l'exercice lorsque celui-ci diffère de l'année civile — au cours de laquelle il a fait faillite, mais à l'exclusion de la partie de ces remboursements qui sont soustraits à l'application de la présente loi; »

- Les conditions à respecter pour qu'un REÉR soit insaisissable sont : (1) les biens doivent être détenus dans un régime enregistré d'épargne-retraite (REÉR) ou un fonds enregistré de revenu de retraite (FERR) au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et (2) les sommes protégées doivent avoir été versées au régime ou fonds plus de douze mois avant la date de la faillite ou de la période plus longue précisée par le tribunal.

- Mentionnons que cette modification de la *Loi sur la faillite et insolvabilité* s'appliquera au cas où il y a « faillite ». Ainsi, dans toutes les autres situations, les règles d'insaisissabilité du *Code civil du Québec* continueront de s'appliquer.

L'HISTOIRE DU PROJET DE LOI C-55 ET SON ENTRÉE EN VIGUEUR

- Quant au REÉR et FERR, le Projet de loi C-55 vise à empêcher la liquidation au nom des créanciers de tous les régimes enregistrés d'épargne-retraite et de tous les FERR, advenant qu'un investisseur déclare une faillite personnelle. Actuellement, de nombreux produits de REÉR fondés sur l'assurance-vie, comme les fonds distincts et les régimes de retraite enregistrés offerts par l'employeur, sont protégés, alors que les REÉR réguliers sont complètement accessibles aux créanciers. Cela crée une différence énorme entre les employeurs qui obligent leurs employés à épargner en vue de la retraite et les personnes qui décident de le faire eux-mêmes.

- La Chambre des communes a adopté le Projet de loi C-55 en première lecture en date du 3 juin 2005 en réaction au Projet de loi C-281 déposé plus tôt par le Nouveau Parti Démocratique.

- Le Projet de loi C-55 a été adopté en deuxième lecture le 5 octobre 2005. Ledit Projet a été étudié les 1er et 17 novembre 2005 au Comité des Industries, des Ressources naturelles, des Sciences et de la Technologie en vue de son adoption devant la Chambre des communes en troisième lecture le 21 novembre 2005.

- Le Projet de loi C-55 a cheminé à très grande vitesse devant le Sénat en raison du contexte exceptionnel qui existe compte tenu de la dissolution imminente du Gouvernement fédéral libéral, qui a d'ailleurs été dissous le 28 novembre 2005.

- Ledit Projet a obtenu la sanction royale le même jour pour devenir la Loi édictant la *Loi sur le programme de protection des salariés et modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*.

- Rapport sur la mise en application de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* :

> « Actuellement, les REÉR détenus par les banques, par les maisons de courtage ou dans des comptes de REÉR autogérés ne sont pas exempts de saisie en cas de faillite. À l'opposé, les sommes investies dans des régimes de pension agréés font l'objet d'une exemption aux termes des législations fédérales et provinciales sur les prestations de pension alors que les REÉR détenus par des compagnies d'assurances sont exemptés en vertu de la législation sur les assurances.
>
> Certains intervenants ont dit estimer que l'on devrait accorder la même protection contre la saisie à toutes les sommes déposées dans des comptes d'épargne-retraite, qu'elles soient déposées dans des comptes de régimes de pension, des comptes REÉR d'une compagnie d'assurances ou d'autres types de comptes REÉR. Si l'esprit de la politique gouvernementale est d'inciter les Canadiens à verser une partie de leurs revenus dans des REÉR pour obtenir un niveau de vie raisonnable à la retraite, alors il serait logique d'accorder aux REÉR conventionnels la même protection que celle dont bénéficient les REÉR de compagnies d'assurances et les régimes de pension agréés.
>
> Certaines personnes se sont toutefois opposées à l'exemption des REÉR. Elles ont fait valoir d'une part qu'en cas de faillite, cette exemption réduirait les sommes que pourraient recouvrer les créanciers, y compris la Couronne. D'autre part, elles ont mentionné que les REÉR pouvaient être utilisés à d'autres fins que la retraite et que la plupart d'entre eux pouvaient être encaissés en tout temps. On se questionne donc sur la façon dont on devrait les considérer par rapport aux régimes à prestations déterminées, pour qu'il n'y ait pas d'abus. Enfin, les détenteurs de REÉR disposent déjà d'un mécanisme pour protéger leurs investissements en cas de faillite. Ils peuvent avoir recours aux régimes immobilisés des compagnies d'assurances qui sont insaisissables en cas de faillite.
>
> Le Groupe de travail a recommandé une exemption des REÉR afin d'équilibrer les intérêts des créanciers et des débiteurs et de dissuader les comportements stratégiques en matière d'investissement. Les éléments essentiels de cette recommandation sont les suivants :

- pour faire l'objet d'une exemption, un REÉR devrait être immobilisé au moment de la faillite et devenir accessible uniquement à l'âge de la retraite;

- les cotisations au titre d'un REÉR versées par le débiteur au cours des trois années précédant la faillite ne seraient pas exemptées;

- les revenus tirés d'un REÉR par une personne à la retraite seraient traités comme les autres revenus et seraient assujettis aux normes de la LFI en matière de revenus excédentaires;

- le montant de l'exemption maximale serait fixé par le produit résultant de l'application de la formule suivante : le montant maximal de la cotisation au titre du REÉR pour l'année dans laquelle survient la faillite multiplié par le nombre d'années qui se sont écoulées depuis que le débiteur a franchi l'âge de 21 ans.

Le modèle du Groupe de travail comporte quelques avantages importants. Il garantirait que les économies sont utilisées aux fins de la retraite et non pas pour des raisons stratégiques liées à la faillite. La formule de calcul servant à déterminer le montant maximal de l'exemption du débiteur permettrait aux personnes plus âgées de conserver un montant plus important à l'approche de leur retraite. Le montant maximal de l'exemption serait vraisemblablement moins élevé que la valeur actualisée du montant auquel a droit le débiteur en vertu d'un régime de pension agréé.

Consultations

Au cours des séances de consultation tenues aux quatre coins du pays, un consensus modeste est apparu en faveur de l'exemption des REÉR de la saisie en cas de faillite. Un appui similaire a été accordé à la mise en place de certaines mesures de contrôle à l'égard de cette exemption. Entre toutes, cette question a suscité de nombreux commentaires écrits de la part des intervenants, en faveur de l'exemption.

Il existe deux opinions à l'égard de l'exemption des REÉR. Selon la première, les REÉR devraient être traités comme les régimes de pension agréés (RPA) et faire l'objet d'une protection en raison de l'importance que revêt l'épargne-retraite. Cette opinion est renforcée par le fait que de plus en plus de Canadiens n'ont pas de RPA sur lesquels se rabattre. En revanche, l'opinion contraire voit les REÉR comme n'importe quel investissement. Bien que plusieurs considèrent que l'on devrait traiter les deux régimes sur un pied d'égalité, certains se demandent si l'on ne devrait pas éliminer la protection qui met les RPA à l'abri de la saisie plutôt que d'exempter les REÉR. Voici quelques-unes des inquiétudes soulevées à l'égard de l'exemption des REÉR :

- les débiteurs peuvent déjà choisir un REÉR qui fait l'objet d'une protection contre la saisie. En offrant une protection rétroactive, on

fournirait au failli une protection qu'il a rejetée lorsqu'il a pris sa décision d'investir;

- les consommateurs qui ont placé leurs investissements de retraite ailleurs – dans l'immobilier ou un portefeuille d'actions – devraient peut-être également avoir droit à une protection;

- présentement, les débiteurs utilisent souvent leurs REÉR pour rembourser leurs créanciers; il se peut qu'ils soient moins enclins à le faire si leurs REÉR sont protégés;

- les REÉR sont souvent achetés à d'autres fins que la retraite;

- cette protection offrirait une protection aux riches et ne ferait rien pour aider les personnes dans le besoin;

- des recherches supplémentaires devraient être menées afin de mieux connaître l'incidence d'une telle exemption.

Nombreux sont ceux qui ont accordé leur appui à la proposition du Groupe de travail. Selon eux, elle établit un équilibre raisonnable entre la protection offerte et le maintien de l'intégrité du système. Toutefois, même les limites proposées par le Groupe de travail ont essuyé de nombreuses critiques. En ce qui a trait au plafond de l'exemption, certains jugent que l'on ne devrait pas imposer une telle limite, comme c'est le cas d'une récente loi de la Saskatchewan, ou que ce plafond devrait simplement refléter le montant qui aurait été calculé au chapitre des cotisations permises à la personne par l'Agence des douanes et du revenu du Canada. Un intervenant a même indiqué que le montant de ce plafond ne devrait pas être calculé en fonction de la période au cours de laquelle le failli a cotisé à ses REÉR, mais plutôt en fonction du temps qui lui reste pour épargner en vue de sa retraite. Pour ce qui est de la récupération des récentes cotisations, certains ont déclaré qu'une période de trois ans leur paraissait trop longue, que la récupération devrait refléter le rendement de l'investissement et que cette question pourrait être résolue en vertu de la loi existante si lesdites cotisations ont été versées dans le but de protéger des actifs. Étant donné la possibilité que les déductions fiscales peuvent avoir déjà été accordées, on s'est également interrogé sur l'incidence fiscale d'une telle récupération. La dernière mesure de contrôle abordée a trait à l'obligation d'opter pour des REÉR immobilisés. Certains intervenants estiment qu'une telle mesure serait difficile à mettre en application. Quant à la possibilité d'accorder au débiteur le choix d'immobiliser ses REÉR, c'est une fausse solution, car c'est évident que le débiteur choisira cela plutôt que de perdre son investissement. »

- La Loi édictant la *Loi sur le programme de protection des salariés et modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* sera mise en vigueur au plus tôt le 30 juin 2006.

- Cette modification à l'échelle nationale donnera une meilleure protection quant aux REÉR et FERR dans le cadre d'une faillite.

CONCLUSION

L'insaisissabilité des REÉR est un sujet chaud depuis plusieurs années déjà. En raison des nombreux changements survenus dans ce domaine, cet outil de référence permettra à ceux qui s'y perdent de s'y retrouver plus facilement. Plusieurs lois et plusieurs décisions viennent influencer l'utilisation qui est fait de l'abri fiscal qu'est le REÉR. Dès lors, bien que l'ensemble des questions n'aient pas encore trouvé réponse à ce jour, il sera plus facile de diriger notre clientèle à travers la multitude de véhicules juridiques et financiers existants en plus de nous permettre de les informer correctement quant aux conséquences légales de leurs choix.